

SOCIOLOGIE DE LA
CONNAISSANCE JURIDIQUE

O. Tholozan

MCF HDR

AMU

Bibliographie

F. Audren et J-L. Halpérin, *La culture juridique française Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles*, CNRS éditions, 2013

Th. Delpeuch, L. Dumoulin, Cl. de Galembert, *Sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, 2014

I. Maclean, *Interprétation et signification à la Renaissance Le cas du droit*, Droz, 2016

J. Commaille, *A quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, 2015

M. Garcia Villegas, *Les pouvoirs du droit Analyse comparée d'études sociopolitiques du droit*, Droit et Société/Lextenso, 2015

F. Ost, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant/Penser le Droit, 2016

A. Schiavone, *Ius L'Invention du droit en Occident*, Belin, 2008

A. Schiavone, *Une histoire de l'égalité*, Fayard, 2020

M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF/Quadrige, 2013

Ière PARTIE) LES COMMUNAUTÉS INTERPRÉTATIVES ET LE DROIT

Bibliographie générale :

Ouvrages

S. Fish, *Quand lire c'est faire L'autorité des communautés interprétatives*, Ed. Les prairies ordinaires, 2007

S. Fish, *Respecter le sens commun. Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, Ed. Story-Scientia/LGDJ, 1995

Articles

O. Tholozan, « Les communautés interprétatives et le droit », *Dacoromania litteraria*, 2016, n°3, p. 103-121 (sur le net)

O. Tholozan, « Les communautés interprétatives et la liberté constitutionnelle française d'entreprendre », *Revue de la Recherche Juridique 2016-5, Cahiers de méthodologie juridique* n° 30, p. 2003-2019 (sur le site du laboratoire)

Le concept de communautés interprétatives juridiques permet d'envisager un système juridique comme une entité dynamique qui est le produit d'un **travail intentionnel collectif**. Il permet d'articuler une analyse de ce système à la fois comme :

-un ensemble de **contraintes** extérieures à ses destinataires

-mais aussi comme un réseau **d'obligations** dont la réalisation dépend de la signification conférée à ces dernières par les acteurs sociaux qui leur obéissent.

Le concept de Communautés interprétatives repose sur une épistémologie qui fait des **croyances** un élément déterminant de l'appréhension du réel. Mais tout le travail des Communautés interprétatives relève d'actions collectives visant à confronter ces **croyances** avec une **réalité extérieure** qui s'insinue tant dans le processus législatif qu'au cours du procès judiciaire. L'idée même d'**interprétation** se trouve au cœur de cette façon d'appréhender le droit.

Section1) Une épistémologie sceptique modérée

I) La distinction sociologique croyance/connaissance

Dans *L'empire des croyances*, G. Bronner soutient que les croyances sont des « états mentaux sémantiquement évaluables » dont les contenus sont intentionnels »¹. Aussi les individus ont un « rapport de validation volontaire à des énoncés qui peuvent faire sens pour autrui ». G. Bronner veut éviter l'attribution hâtive de « connaissance » à des « adhésions cognitives » qui restent des « croyances ». Certes le critère de « vérité » est nécessaire à l'établissement d'une connaissance mais il faut aussi que l'individu soit « capable de mobiliser une argumentation complète (et souvent complexe) pour légitimer une adhésion à un énoncé »². En d'autres termes, ceux à qui on a enseigné une connaissance vulgarisée ne détiennent pas un véritable savoir mais une croyance dont la validité repose sur l'autorité de ses dispensateurs.

La force de l'argumentation reste tout aussi déterminante dans l'établissement d'une véritable connaissance. Dans *Sociologie des Sciences*, Y. Gingras écrit qu'« avoir raison » consiste à disposer « d'arguments qui, compte tenu de l'état des connaissances expérimentales et théoriques à ce même moment, ne peuvent être contestés de façon convaincante ou remplacés par d'autres arguments susceptibles d'emporter l'adhésion de la majorité des scientifiques »³. Ainsi l'établissement de la connaissance est un « processus de rectification discursive » donnant naissance à une « « objectivité discursive » soumise au

¹ G. Bronner, *L'empire des croyances*, PUF/Quadrige, 2018, p. 3.

² *Ibid.*, p. 18.

³ Y. Gingras, *Sociologie des Sciences*, PUF, 2017, 2^{ème} éd., p. 120.

contrôle social des membres de la cité savante ». Du point de vue sociologique l'objectivité de la science n'est donc qu'une façon de nommer « l'accord intersubjectif des membres d'une communauté scientifique »⁴. La connaissance dépend donc de la crédibilité du réseau qui fait communiquer les « sachant » entre-eux ainsi qu'avec les profanes.

Cette prééminence de la croyance dans le processus de connaissance prend toute son ampleur dans la constitution des grandes cultures. Il s'agit des grandes représentations du monde qui distinguent les sociétés : la culture occidentale en est une. Dans son *Anthropologie dogmatique*, P. Legendre relève que ces cultures reposent sur des « vérités indémonstrables », « des croyances aspirant au statut d'intouchables ». Leur cohérence et conséquences normatives nécessitent une « authentification en bonne et due forme sociale »⁵. En effet, ces cultures visent à fonder des « assemblages sociaux » précaires. Aussi pour les conforter, elles s'appuient sur un « axe de raison » assurant un « jeu de la représentation causale ». Cet axe de raison se nourrit d'une « Référence » qui irradie tous les domaines « des règles et des savoirs »⁶. En Occident par exemple la Référence est un ensemble de textes aux fondations de la civilisation. La société religieuse aux origines antiques et médiévales de l'Occident est justifiée par la Bible. Avec la laïcisation sociétale plus tardive, le Droit s'appuie par homologie sur un Texte qui peut être le Code législatif ou le dire du juge.

II) Croyance et connaissance au sein des communautés interprétatives

Le concept de communautés interprétatives a été forgé par S. Fish, Professeur de littérature anglaise ayant enseigné le droit. Son but est de nourrir la méthode juridique des apports de la critique littéraire. Cet auteur est **anti-fondationnaliste**. Selon lui, les « représentations des origines » sont inutiles pour produire des assertions, lancer des recherches ou « déterminer le vrai du faux ». De même, l'individu n'est pas « l'origine de ses présuppositions ». Tout au contraire la « disponibilité préalable » de ces dernières délimite la voie que suit la conscience de tout un chacun. Inspiré par le pragmatisme de R. Rorty, S. Fish affirme que nous pouvons travailler avec le vocabulaire dont nous

⁴ *Ibid.*, p. 121.

⁵ P. Legendre, *De la Société comme texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, Fayard, 2001, p. 7.

⁶ *Ibid.*, p. 42.

disposons tout en guettant sans relâche les procédés par lesquels il pourrait être étendu et révisé. Toute réflexion part donc d'un langage naturel que nous offre notre culture.

A la suite de la philosophie pragmatiste américaine de Ch. S. Peirce et de W. James, il fait des croyances le tissu de fond de l'entendement. Selon Fish, la façon dont chacun agit et débat repose sur « la pleine confiance qu'assure la croyance ». Les croyances constituent des normes et valeurs qui habitent la conscience. Lorsqu'elles changent, les anciennes normes et valeurs sont soumises à l'analyse et la critique. De ce fait, les croyances sont « communautaires et conventionnelles ». Les catégories du raisonnement sont celles d'un acteur « à l'intérieur d'une institution ». Chacun est donc le « produit de schèmes de pensée sociaux et culturels ». Les institutions au sein desquelles nous vivons servent « d'espace à l'intérieur » duquel nous appréhendons le réel. L'approche de Fish est donc **holiste**.

III) La dynamique des communautés interprétatives

S. Fish considère qu'une communauté interprétative n'est pas un groupe d'individus partageant un point de vue. Il s'agit d'une « **idée ou une manière d'organiser l'expérience partagée** par ses membres ». Sa notion récuse donc tout **psychologisme** fondé sur l'idée de conscience individuelle. Au sein de cette communauté « idéale »⁷, les cadres intellectuels sont mobilisés dans l'« entreprise communautaire » d'interprètes écrivant un texte ressemblant avec plus ou moins d'harmonie. Cette action collective recherche moins à obtenir une « identité de texte » qu'à accomplir un « acte interprétatif » de « nature communautaire ». La communauté écrit donc une histoire du réel que chacun n'admet pas forcément pour les mêmes raisons, ex : différentes communautés culturelles qui se retrouveraient dans les valeurs exprimées par une Déclaration de droits fondamentaux. S. Fish marque ainsi les limites d'existence d'une communauté interprétative. Sans prétendre à l'uniformité, elle doit se retrouver autour d'une identité plus ou moins ambiguë. La tension même qui anime cette identité détermine l'existence d'une communauté interprétative.

⁷ Sur la notion d'idéal lire : M. Godelier, *L'idéal et le réel*, Fayard, 1984.

La communauté interprétative fonctionne comme « une dimension d'évaluation », « un paradigme », « une textualité », « une épistémè », un « habitus ». C'est-à-dire que les structures discursives mises en œuvre par la communauté ne sont pas des outils extérieurs à la réalité. Elles sont « des données constitutives de tout fait, vérité valeurs ». S. Fish adopte une conception **constructionniste** du réel. Il rejoint le philosophe autrichien L. Wittgenstein qui fondait l'affirmation de la certitude par une personne sur son « appartenance à une communauté dont la science et l'éducation assurent le lien »⁸.

Selon S. Fish, les « contraintes intériorisées » de la communauté ne s'exercent pas « tyranniquement » sur elle. La communauté interprétative est « plus que sociologique ». Elle ne subit pas passivement un strict déterminisme social. En effet ces contraintes n'empêchent pas les membres de percevoir le changement de la réalité extérieure à la communauté. S. Fish indique que la pensée n'est pas une « structure statique ». Elle est constituée d'un ensemble de « croyances apparentées ». Chacune d'entre-elles peut exercer une pression sur l'autre dans un « mouvement qui peut conduire à une auto-transformation ».

La Communauté interprétative apparaît comme un « projet porteur ». Ses modes de fonctionnement sont à la fois contraints et en même temps les « moyens (permettant) d'aliéner ces mêmes contraintes ». La communauté se révèle comme un « **moteur de changement** » dont « les hypothèses » ne cherchent pas à « étouffer le monde mais à l'organiser ». Ces hypothèses permettent de voir les phénomènes comme s'ils étaient « déjà reliés aux intérêts et aux buts de la communauté telle qu'elle est ». La Communauté est formée « **des pratiques institutionnelles ... continuellement transformées par le travail qu'elles effectuent** ». C'est au sein de la continuité de cette pratique autoréflexive que s'inscrit son « identité ».

S. Fish décrit alors le fonctionnement de la machinerie communautaire permettant l'appréhension du réel empirique. Toute description se voit opposer une « description concurrente ». Cette confrontation est résolue grâce aux « normes et modèles et aux procédures compris par la communauté comme ... appropriés à la détermination d'un fait empirique ». Ce travail est continu car la Communauté cherche le « mieux ... en relation avec les faiblesses reconnues dans les circonstances actuelles ». S. Fish peut en déduire que le changement est un fait « irrémédiablement interprétatif ». Il rejoint l'épistémologie naturaliste

⁸ L. Wittgenstein, *De la certitude*, n° 298.

de Quine. Ce dernier voyait dans l'intégralité de notre savoir et de nos croyances un « tissu tissé par l'homme, et dont le contact avec l'expérience » n'a lieu qu'en « bordure ». Dès lors la science totale est assimilée par Quine à un « champ de forces » dont les conditions limites seraient l'expérience. Les conflits avec l'expérience ne peuvent intervenir qu'à la périphérie du savoir. Mais alors des « réajustements » s'opèrent à l'intérieur du champ. Il s'ensuit la nécessité de « redistribuer les valeurs de vérité entre certains de nos énoncés »⁹.

Section 2) Les communautés interprétatives à l'épreuve du phénomène juridique

I) Temporalité du phénomène juridique et communautés interprétatives

Au début du XXème siècle M. Hauriou notait fort justement que les règles de droit ne représentent pas « l'action » mais la « continuité »¹⁰. Le droit vise à s'inscrire dans la « durée » et à s'opposer à l'effet corrupteur du temps. Il veut être un « élément de conservation »¹¹ des situations juridiques en maîtrisant l'effet de l'action des acteurs sociaux. Les règles de droit sont donc des « limites transactionnelles » qui s'imposent aux prétentions des pouvoirs individuels et à celles des pouvoirs des institutions ». Il s'agit de « règles anticipées de conflit »¹². Ainsi la revendication de la protection des droits individuels fondamentaux devant une juridiction visent avant tout à faire cesser une action d'individus ou de pouvoirs publics qui empêchent la liberté. Il est plus difficile pour les tribunaux d'imposer des injonctions de faire pour assurer un droit (ex. : condamnation de l'Etat à trouver des logements sociaux au nom du droit au logement en période de crise des finances publiques).

⁹ W. V. Quine « Deux dogmes de l'empirisme », in du même auteur, *Le mot et la chose*, Flammarion/Champ essais, 2010, pp. 76-77

¹⁰ M. Hauriou, « La théorie de l'Institution et de la Fondation (essai de vitalisme social) », *Cahiers de la nouvelle journée 23, Aux sources du droit le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, reprint, Centre de philosophie politique et juridique Université de Caen, 1990, p. 127.

¹¹ *Ibid.*, p. 93.

¹² *Ibid.*, p. 94

Cette résistance du droit contre le temps qui passe apparait de façon plus évidente lorsque l'on s'interroge sur la question de l'existence des règles juridiques. Le juriste suédois K. Olivecrona relevait qu'il ne peut être reconnu strictement « d'existence permanente » à ces règles. Elles ne sont que « des contenus de représentations surgissant par intermittence ». L'impression de permanence » est suscitée par des « moyens permettant de raviver ces représentations ». Des « principes juridiques » sont « inculqués aux futurs magistrats et fonctionnaires de l'Etat ». Des recueils de lois sont « publiés » dans lesquels « les impératifs légaux sont consignés ». Ainsi les « composantes d'un système donné de propositions impératives sont continuellement rappelées aux personnes exerçant le pouvoir »¹³. De façon plus générale, les citoyens sont « mis en condition » par un « processus d'imprégnation systématique chez les individus de certaines idées et sentiments ... dans le but d'assurer la mise en œuvre d'un système de règles »¹⁴. En d'autres termes la permanence du droit dépend d'un processus de socialisation juridique apte à favoriser la conscience du droit¹⁵. L'existence d'une règle dépend donc d'une véritable lutte contre l'oubli et la désuétude qui ne peut s'effectuer que dans le cadre idoine des communautés interprétatives.

II) Une communauté interprétative juridique

Insistant sur la capacité des communautés interprétatives à affronter le changement, S. Fish n'en nie pas moins leur caractère conservateur. Il affirme que leur rôle est « moins que normatif ». Il contourne habilement la difficile question de la localisation de **l'intention de la communauté interprétative**. Il estime en effet qu'elle se trouve « nulle part et partout ». Il conseille à chacun de « regarder et faire avec ce qu' (il trouve) » et lance le mot d'ordre : « soyons expérimentaux » ! Il rejoint l'inspiration de la philosophie pragmatiste de J. Dewey. La dynamique de la communauté interprétative repose sur une dialectique entre elle et ses membres. Le libre débat nourrit la capacité d'adaptation de la communauté.

¹³ K. Olivecrona, *De la loi et de l'Etat. Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*, traduit et présenté par P. B-G. Jonason, Dalloz, 2011, p. 68.

¹⁴ *Ibid.*, p. 61.

¹⁵ C. Augeven-Kourilsky (dir.), *Socialisation juridique et conscience du droit* LGDJ, 1997.

S. Fish évoque trop rapidement « the enterprise of the law ». Ce terme **d'entreprise du droit** renvoie à la fois à une pratique, un **travail** et une **initiative commune** de la communauté interprétative dans le domaine du droit. Pour S. Fish, les juristes sont des « workers in the field of law ». Ils effectuent une tâche juridique (« legal enterprise »).

Son expression fait écho avec l'idée ambivalente en France et en Angleterre de pratique du droit, practice. Pratique renvoie à l'application effective du discours juridique et à l'activité concrète de l'ensemble des professionnels du droit. S. Fish ne va pas plus loin dans sa description de l'entreprise collaborative de ces travailleurs du droit. Sa notion de travailleurs du droit reste ambivalente. On peut se demander si la communauté interprétative juridique se limite aux seuls professionnels du droit, détenteurs d'un savoir sanctionné par leur corporation ou si elle s'étend au monde des profanes du droit dont les demandes ou les pétitions sont le point de départ de procès, voire du vote d'une loi. Les recherches de sociologie relatives à la culture ou à la conscience du droit¹⁶ militent en faveur d'une conception extensive. Il est au demeurant difficile de distinguer expert et profane en observant les manifestations du phénomène juridique coutumier. Traduisant l'exercice d'une activité, l'œuvre d'une communauté interprétative juridique est le produit des relations de l'ensemble des acteurs contribuant à la production du droit. Il faut alors expliquer la cohérence de cette action commune.

On peut trouver une réponse dans l'ouvrage classique H. L. Hart *Le Concept de droit*. Le juriste anglais remet en cause l'idée de son compatriote du XIX^{ème} s., J. Austin¹⁷. Les destinataires d'une règle sociale ou juridique ne lui obéissent pas mécaniquement, inconsciemment, par habitude. **Obéir** à une règle repose sur un assentiment, une **acceptation consciente, délibérée** de la part des acteurs sociaux. Ces derniers vont donc percevoir la signification de la règle avant de décider de s'y plier. Hart estime que ce comportement concerne non seulement les citoyens soumis aux règles mais aussi les autorités chargées de les appliquer, tels les juges. Le fondement de la règle relève donc en grande partie d'un point de vue. Hart va considérer que deux points de vue sur la règle sont possibles :

¹⁶ Th. Delpuech, L. Dumoulin, Cl. de Galembert, *Sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, 2014, 55-73.

¹⁷ A ne pas confondre avec son compatriote, le philosophe du langage du XX^{ème} s., J. Langshaw Austin, auteur de l'ouvrage classique : *Quand dire, c'est faire (How to do things with words)*.

-Il y a le **point de vue externe** au système juridique. Il s'agit du point de vue d'un observateur extérieur. Sans se conformer aux règles qu'il observe, il enregistre l'existence de ces dernières comme une pratique sociale. Il constate la régularité des comportements d'obéissance de la part des destinataires des règles. Cet observateur peut être un étranger au système juridique observé (un Anglais en France) ou un scientifique qui essaie d'adopter sur lui un point de vue neutre, objectif. Dans tous les cas aux yeux de l'observateur, c'est l'**efficacité** qui caractérise la règle juridique. La règle existe du moment qu'elle est **effectivement** appliquée.

- Le second point de vue sur la règle est un **point de vue interne**. Il s'agit du point de vue des acteurs qui se conforment au modèle de comportement établi par les règles du système de droit. Les citoyens soumis aux règles juridiques ou les autorités chargés de leur application, tel le juge, adoptent un tel point de vue. Les acteurs sociaux ne se contentent pas d'obéir à des règles effectivement appliquées. Ils n'obéissent qu'aux règles **valides**, c'est-à-dire **conformes à d'autres règles** plus fondamentales de l'ordre juridique (Hart évoque les règles secondaires de reconnaissance mais on peut tout aussi bien se référer à la hiérarchie des normes de Kelsen).

Dans la réalité les individus ne peuvent adopter un seul point de vue sur la règle. Ainsi, par exemple, un Anglais qui constate que les Français obéissent au Code civil n'explique pas ce comportement uniquement par le critère de l'effectivité. Il sait qu'en retournant en Angleterre, il sera soumis à des règles et leur obéira en adoptant le point de vue interne. Tout un chacun est soumis à l'expérience de l'obéissance à un système juridique et ne peut jamais prétendre être lui être totalement extérieur. Aussi le point de vue que l'on peut porter sur la règle peut être tout au plus un point de vue **externe modéré**¹⁸. L'Anglais de notre exemple peut parfaitement adopter le double point de vue sur la règle en transposant son expérience anglaise de l'obéissance à la règle pour comprendre l'attitude des destinataires français du Code civil. En s'engageant dans une forme d'observation participante de type ethnographique, favorisant un véritable détour anthropologique¹⁹, il est possible à un membre d'une communauté interprétative de comprendre le fonctionnement d'une autre. La démarche en cause est en grande partie **compréhensive** (au sens de la sociologie compréhensive de Max Weber). Il est nécessaire de comprendre la signification

¹⁸ F. Ost, M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », F. Chazel, M. Commaille (dir.), Normes juridiques et régulation sociale», LGDJ, 1991, p. 67-80.

¹⁹ G. Balandier, *Le détour anthropologique, Pouvoir et modernité*, Fayard, 1985

sociale ou juridique que les destinataires de règles leur confèrent pour comprendre pourquoi ils lui obéissent. Une communauté interprétative est donc capable d'objectiver le sens de ses règles issu d'un processus interprétatif.

III) Le droit comme phénomène interprétatif

Le juriste américain R. Dworkin a proposé une théorie du droit comme interprétation²⁰. Différents éléments qui la constituent permettent de poursuivre notre construction du concept de Communautés interprétatives juridiques. R. Dworkin estime que le droit est formé de **principes**, ou **standards** (modèle) constituant une « exigence de la justice ou de l'équité ou bien d'une autre dimension morale ». Ces principes n'ont pas un sens univoque mais sont sujets à **interprétation**. Le droit est le produit de l'interprétation des juges et donc un **fait interprétatif**. R. Dworkin a parfaitement conscience de l'importance de la fonction judiciaire. Selon lui elle ne peut être remplie que par un véritable « Hercule » chargé de dégager la morale politique d'une communauté. En effet le juge doit respecter **l'unité du droit par une pratique cohérente**. Il va devoir reconstruire l'histoire juridique pour mieux l'adapter aux conditions présentes du litige pendant.

R. Dworkin utilise le parallèle du roman construit par plusieurs auteurs pour expliquer le travail du juge. Il évoque dans les deux cas la nécessité de la **cohérence narrative**. Il dégage la méthode suivie par le juge pour atteindre cet objectif. Pour assurer « **l'intégrité du droit** », le juge doit mettre en jeu la **règle de convenance**. Elle le conduit à rassembler l'ensemble des principes et des solutions juridiques susceptibles de concerner le cas à trancher. Puis le juge observe la **règle de la valeur**. Elle consiste à sélectionner la solution finale en se référant à la morale politique ou à la vision de la justice de la communauté au sein duquel le juge tranche le litige²¹.

Cette tâche est loin d'aller de soi car la conception qu'une communauté se fait de la justice est l'objet de débat. De fait ceux qui réclament devant les tribunaux n'ont pas la même conception du droit et de la justice. On mesure le rôle

²⁰ R. Dworkin, « La théorie du droit comme interprétation », *Droit et Société*, 1985/1, p. 81-92.

²¹ R. Dworkin, « La chaîne du droit », *Droit et société*, n°1, 1985, p. 51-79. Sur la mise en perspective de la théorie du Dworkin au sein du paradigme herméneutique voir : J. Lenoble, « La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin-MacCormick », *Archives de philosophie du droit*, Vol. 33, 1988, p. 121-139.

herculéen du juge. La théorie de l'interprétation proposée par Dworkin est fortement inspirée du système juridique américain dans lequel les avocats peuvent mobiliser le droit pour obtenir un changement politique fondamental, notamment devant le Cour suprême. Ils sont alors considérés comme des « cause lawyers »²². Malgré cette limite culturelle la théorie de Dworkin a le mérite de revaloriser le rôle du juge dans la production du droit.

Surtout elle offre une remise en cause de la conception syllogistique formelle du raisonnement du juge des conceptions juridiques trop légalistes. Ch. Perleman a insisté sur le caractère dialectique de la logique juridique mise en œuvre au cours du procès judiciaire. Il considère que « le raisonnement judiciaire vise à dégager et à justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre des valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à un moment donné »²³. La place du procès dans la production du droit montre à quel point il est un phénomène interprétatif insérant le travail du juriste au sein de sa communauté culturelle.

Toutefois si le droit est envisagé comme le produit de l'interprétation d'une communauté, faut-il en conclure que chaque communauté juridique forme un système clos et reste étanche à toute pénétration du droit étranger ? L'existence même du droit international privé conduit au moins à s'interroger. Il s'agit du droit qui règle des relations juridiques où l'un des éléments est marqué par un caractère d'extranéité. Ainsi soit les parties à la relation, soit les objets mis en cause ou la situation où se déroule l'action impliquant le lien de droit pourraient relever d'un droit étranger à celui du juge du for (juges saisi du litige). Dans ce cas le juge du for doit au moins se demander s'il appliquera son droit national ou la loi étrangère. La solution adoptée dépendra d'une tendance du droit du for à un nationalisme jaloux de l'emprise de ses règles ou au contraire d'une ouverture aux autres systèmes juridiques consécutive à un mouvement d'internationalisation des relations.

IV) Coopération entre communautés interprétatives juridiques : le cas de l'application de la loi étrangère par le juge du for

²² L. Israël, *L'arme du droit*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2009.

²³ Ch. Perelman, *Logique juridique*, Dalloz, 1979, p. 135, n° 71.

Dès 1956 dans *Aspects philosophiques du droit international privé*, H. Battifol faisait remarquer que dans le monde de l'après-guerre, l'« articulation mutuelle » des systèmes juridiques passait par une « coopération » impliquant une « adaptation » réciproque. Il estimait que le nationalisme des systèmes de conflit de lois en droit international privé avait cessé d'être de tendance nationaliste. Tout son ouvrage visait à montrer que cette évolution caractérisait le droit international privé français.

Battifol abordait de plein front ce thème en évoquant le problème de la nature de la loi étrangère appliquée par le juge du for. Selon lui on ne pouvait nier tout caractère juridique à cette source du droit. En réalité, il s'agissait d'une « question de point de vue ... et plus précisément de relativité ». La loi étrangère est un « fait » pour le juge du for. En revanche, elle est du « droit » pour le juge de l'Etat qui l'a édictée. Toutefois aucun de ces juges ne doutait qu'il s'agissait de droit sur le territoire de l'Etat qui l'avait édictée. La loi étrangère ne relevait donc du fait qu'au regard de l'ordre juridique du juge du for. Pour autant ce dernier ne pouvait faire abstraction d'une « réalité » : l'application d'un « ordre juridique étranger » sur le territoire du juge du for.

La question devait prendre une acuité plus prononcée lorsqu'on s'est interrogé sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation relatif à l'application de la loi étrangère par les juges du fond. En effet l'idéologie du droit français fait de cette haute juridiction un juge de l'application du droit, de la qualification juridique des faits et non pas de l'évaluation de purs faits. Dans le cadre de son pouvoir de contrôle des visas et motifs des décisions des juges du fond, elle estime pouvoir censurer la décision qui n'aurait pas indiqué la disposition étrangère sur laquelle elle se fonde. De même, elle casserait la décision de fond qui ne justifierait pas suffisamment le sens qu'elle attribue à la loi étrangère. Depuis sa décision classique *Montefiore* de 1961, la Cour de cassation estime enfin pouvoir censurer le juge du fond qui méconnaît le sens « clair et précis » d'un texte étranger.

Cette limitation du pouvoir des juges de cassation implique-t-il de conclure, en suivant Battifol, que la loi étrangère ne serait qu'un pur fait au regard du juge français ? En 1993, la Cour de cassation a jugé le contraire²⁴. Elle a conclu que malgré l'absence de contrôle de cassation, la loi étrangère est une règle de droit

²⁴ 1^{ère} Ch. Civ., 13/01/ 1993, 91-14-415 *Bull.*, 1993 I n°14, p. 10.

qui ne relève en rien de l'article 7 du Code procédure civile relatif à l'utilisation des faits par le juge. Cette autolimitation que s'impose la Cour de cassation relève de la nécessité. En effet, la haute juridiction ne pourrait logiquement imposer aux juges du fond une interprétation de la loi étrangère qui pourrait être démentie par les juges de l'Etat l'ayant adoptée. Aussi dans les limites de l'ordre public international français, les juges français du fond déterminent pour l'essentiel la signification de la loi étrangère en se conformant aux décisions de l'organe suprême d'une communauté juridique étrangère. La solution ne pose problème que dans les cas de systèmes juridiques dont la culture serait trop différente. On est renvoyé au problème plus général de l'occidentalisation du droit dans le monde et de la résistance des systèmes juridiques d'inspirations culturelles opposées. En filigrane, on retrouve l'antique débat sur l'universalité ou la relativité du droit dans le monde.

IIème PARTIE : RATIONALISATION DU DROIT ET LOGIQUE COLLABORATIVE

Bibliographie générale :

Ouvrages

M. Coutu, *Max Weber et les rationalisations du droit*, LGDJ/Droit et société, 1995

L. Fuller, *La moralité du Droit*, (trad. Fr. de J Van Meerbeeck), Presses de l'Université de Saint Louis, 2017

F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications de Facultés universitaires de Saint Louis, 2002

M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzcyk (dir. de), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant/LGDJ, 2005

M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF/Quadrige, 2013

Articles

J. Van Meerbeeck, « Lon Fuller, le jusnaturalisme procédural », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018/1, vol. 80, pp. 143-145

O. Tholozan, « Formalisme et naturalisme dans le jusnaturalisme procédural de Lon Fuller », *Revue de la Recherche Juridique* 2019/5, *Cahiers de méthodologie juridique* n°33, p. 1889-1902

Parmi les justifications des systèmes juridiques invoquées dans l'histoire, la plus récente à s'imposer dans les sociétés modernes est certainement l'idée de rationalité. Mais le propre de la notion est d'être polysémique et, pour être plus exact, on devrait parler plutôt des rationalités. La rationalité est une justification qui vise à soumettre à l'épreuve de ses critères les croyances d'une communauté. Elle sert de repère d'orientation à la critique épistémique. Comme toute autre croyance, sa valeur de vérité repose sur sa capacité à permettre le travail d'une communauté interprétative. La logique qui sous-tend la rationalité d'une communauté est celle de la coopération.

Section 1) Weber et la rationalisation du droit

I) Une sociologie juridique compréhensive

Max Weber (1864-1922) est l'un des grands fondateurs de la sociologie scientifique. Libéral, il considérait que l'action sociale relève d'abord des individus ou acteurs sociaux. Or pour analyser une action, il faut cerner les intentions et les motivations de l'acteur qui la réalise ; on ne peut se contenter d'une explication en termes de socialisation par le groupe (la contrainte du groupe sur l'un de ses membres agissant). Aussi Weber s'intéresse-t-il au sens donné par les acteurs sociaux à leur action, à leur interprétation, à la compréhension de l'action qu'ils effectuent.

Weber porte donc son attention sur la signification sociale du développement du droit dans sa *Sociologie du droit* rédigée entre 1911 et 1913. Il estime que le développement historique du droit obéit à un processus de rationalisation. L'irrationalité des règles juridiques des sociétés du passé laisse la place au droit moderne d'un Etat en voie de rationalisation bureaucratique.

Pour Weber, cette rationalité juridique moderne peut prendre deux formes. On peut s'attacher au contenu matériel du droit, soit à sa forme :

-La **rationalité matérielle** du droit caractérise des règles juridiques dont l'élaboration est conditionnée par les réalités économiques et sociales. Weber pense au droit du travail largement formé pour satisfaire les intérêts de la classe ouvrière.

-La **rationalité formelle** caractérise les systèmes juridiques fondés sur des procédures judiciaires, voire des règles législatives de plus en plus systématisées. Ces systèmes peuvent tendre vers la cohérence logique et le raisonnement déductif, comme le Code civil de Napoléon Ier en 1804.

II) Rationalisation et raisonnement juridique

Pour Weber, un droit peut être rationnel de différentes manières. Il l'est par la recherche des juristes d'une **généralisation** déclinée sous différents modes.

A) Du cas à la généralisation de la règle

La recherche de généralisation en droit commence dans la réduction par le juriste des motifs d'une décision particulière en un ou plusieurs principes. Ainsi sont dégagées des **prescriptions juridiques (Rechtsätze**, mot allemand formé de RECHT : droit et de SATZ : proposition grammaticale). Cette réduction en propositions linguistiques juridiques de valeur plus générale se fonde sur une analyse des faits jusqu'aux derniers éléments jugés pertinents aux yeux du droit. Inversement Weber fait remarquer que le développement des règles juridiques à portée générale détermine les caractères pertinents aux yeux du juriste pour évaluer, délimiter les faits qui constituent les cas juridiques.

Cette dialectique entre les faits et les mots des prescriptions juridiques anime une **casuistique**. Le raisonnement analogique plus adapté à l'analyse des situations concrètes permet l'élaboration de casuistiques amples. Ces dernières visent à s'adapter aux nouveaux faits et donc au changement. Toutefois, le raisonnement est moins soucieux de soumettre les règles générales à la logique abstraite. Weber doit donc reconnaître que toute casuistique ne conduit pas

forcément à l'établissement de prescriptions juridiques d'une grande cohérence logique.

B) Rationalisation juridique par la logique abstraite

Weber fait remarquer que l'élaboration de prescriptions juridiques générales par une analyse de cas particuliers va de pair avec la construction de **rapports de droit** synthétiques. Les juristes constatent dans l'activité d'une communauté des pratiques concordantes. Celles-ci se déroulent de façon typique en respectant un schéma, un modèle. Ce dernier devient juridiquement important. En élaborant ce schéma, les juristes décomposent cette activité en ordonnant logiquement ses éléments importants pour en faire un rapport de droit ex : la propriété, le contrat etc... . Cette conceptualisation n'est pas forcément fondée sur une analyse très développée des cas particuliers relevant de la solution juridique envisagée. En effet une analyse trop poussée des faits peut s'avérer incompatible avec l'idéal de systématisation.

La **systematisation** est une mise en relation des prescriptions juridiques générales en un système logique et donc non contradictoire. Le système de droit prétend alors que tous les faits imaginables peuvent être subsumés par une de ses règles, assurant ainsi la sécurité juridique. La systématisation moderne, amorcée depuis le Droit romain, impose un schéma extérieur en vue d'ordonner les données juridiques. Elle s'appuie sur une « interprétation logiquement signifiante » des prescriptions et comportements juridiques importants.

III) Formalisme juridique et logique

A) Economie de marché et raisonnement juridique

Max Weber a eu l'occasion d'explicitier les relations entre le formalisme juridique et la logique en étudiant les rapports entre le système économique et le système juridique. Il estime que ces systèmes sont séparés car le premier fait reposer son ordre sur « l'évènement réel » et l'autre sur la norme idéalement

applicable. Pour Weber les deux ordres se rencontrent si l'on envisage l'ordre juridique en son sens sociologique, c'est-à-dire son application réelle.

Pour Weber l'extension universelle de l'économie de marché implique que le droit soit appliqué d'une manière prévisible. Il utilise le terme allemand fort de KALKULIERBAR : « susceptible d'être calculé ». Pour les intéressés au marché, la rationalisation et la systématisation du droit signifient en général la prévisibilité croissante du fonctionnement des juridictions. Cette condition est des plus importantes pour l'existence d'entreprises économiques devant fonctionner de manière permanente. Les entreprises capitalistes ont besoin de « sécurité juridique du commerce ».

B) Intérêt du marché et logique formelle

Weber admet que l'intérêt de la Bourgeoisie à un droit « prévisible » ne joue pas un très grand rôle dans la mise en forme logique du droit. Celle-ci est le fruit de la réflexion de juristes formés à l'Université. En réalité les intérêts bourgeois sont mieux assurés par un droit formel, empirique et lié à des antécédents comme le droit de Common law ou la lex mercatoria. Weber ira même jusqu'à soutenir que les conséquences des constructions logiques sont souvent irrationnelles et hétéroclites par rapport aux attentes des intérêts commerciaux. Weber voit là l'origine du reproche fait au droit purement logique de ne pas « correspondre aux besoins de la vie courante ».

Weber distingue ainsi le formalisme juridique issu des procédures judiciaires et la logique du système qui prétendrait les ordonner. Il va même plus loin, estimant que les intérêts du commerce peuvent aller jusqu'à faire refluer le formalisme juridique lui-même. Il fait justement remarquer que le système de la libre évaluation de la preuve a fait des progrès sous l'influence de facteurs économiques.

Section 2) L'interprétation juridique collaborative

I) Le droit comme entreprise intentionnelle

Dans sa *Théorie pure du droit*, Kelsen avait soutenu que la norme juridique était un « cadre ouvert à plusieurs possibilités » et que la « sécurité juridique » n'était donc qu'« une illusion ». C'est contre la radicalité d'un tel scepticisme que le théoricien du droit américain Lon Fuller (1902-1978) s'est élevé. Pour Fuller le droit est avant tout un « art pratique ». Il consiste en l'élaboration et l'application de règles générales pour gouverner le comportement humain.

Or pour être efficace tout en demeurant ce qu'il prétend être, un système juridique doit obéir à une « moralité interne ». Elle ne relève pas du fond des règles mais de la façon dont les règles sont créées et appliquées. Pour Fuller un système juridique doit être constitué de règles claires, cohérentes entre elles, connues de ses destinataires et jamais rétroactives. Ces règles constantes au cours du temps ne doivent pas requérir l'impossible de la part de ses destinataires. Les autorités chargées de leur application, tels les tribunaux ou la police, doivent scrupuleusement les observer. Ces finalités déterminent l'art de la fabrication du droit. Ce dernier est envisagé de façon dynamique comme une « entreprise intentionnelle ». Le mot intentionnel ici vise des buts. Si le droit obéit à des finalités, le législateur et les autorités d'application des règles doivent s'y plier.

II) L'interprétation juridique fruit de la coopération du législateur et du juge

Si le droit est une entreprise intentionnelle, l'interprétation du droit devient une opération fondamentale. Elle effectue la réalisation des objectifs communs au législateur et aux autorités d'application des règles. Fuller souligne que la logique formelle reposant sur le principe d'identité, A ne peut être non A, est impuissant en la matière. En droit, les lois peuvent s'opposer sans entraîner la disparition de l'une ou l'autre. Simplement dans certaines circonstances l'application d'une loi devient « **inopportune** » car elle ne s'articule pas avec les autres lois. L'appréciation dépend d'une série de « considérations extrinsèques aux termes de la loi » dont celles issues du « cadre institutionnel » du problème posé. Ex : l'interdiction de travailler le Dimanche ne saurait

concerner les pompiers ou les hôpitaux. Dans le cas contraire, on contreviendrait aux lois établissant la mission de ces institutions. On permettrait également la perpétration de l'infraction de non-assistance à personne en danger.

Interpréter la loi nécessite aussi d'adopter une conception de l'intention du texte juridique. Pour Fuller l'intention d'un texte législatif ne vise pas « des choses particulières ...des situations de fait spécifiques ». Elle vise des « idées générales », des « situations » en général. L'intention du législateur n'est pas un phénomène de « psychologie individuelle » mais un « acte collectif ». Fuller préfère parler d'« intention de la loi » plutôt que d'« intention du législateur ». L'interprétation devient un **acte d'intelligence collective**.

Cette dimension transparaît très clairement lorsque Fuller indique que le législateur doit anticiper des « modes d'interprétation rationnels et relativement stables » de son texte en préparation. En effet il ne saurait imposer aux destinataires des règles des « tâches dépourvues de sens ». L'intelligence collective inspire également les règles d'interprétation que prône Fuller :

- 1-L'interprète prendra connaissance du droit antérieur à la loi à appliquer.
- 2-L'interprète se demandera quel était le problème ou défaut sans solution dans ce droit antérieur.
- 3-L'interprète s'efforcera de déterminer la solution choisie par le législateur.
- 4-L'interprète devra dégager le « vrai motif » de la solution.
- 5-L'interprète devra établir comment « ceux qui doivent s'orienter à l'aide des termes de la loi peuvent raisonnablement en comprendre l'intention ». En effet la loi ne doit pas devenir un « piège » pour ceux qui ne peuvent en connaître les motifs aussi bien qu'un juge.

Fuller préconise une conception collaborative de l'interprétation. Il l'illustre en utilisant l'exemple d'un inventeur trop tôt disparu qui meurt avant d'achever son invention. Dans son testament, il demande à son fils de terminer son œuvre en respectant son intention. Selon Fuller, l'interprète de la loi est confronté à un problème analogue. Il doit se demander quel est le vrai motif de la solution adoptée par la loi. Il doit aussi déterminer si la solution prescrite est de nature à remédier à l'affaire pendante, manifestation particulière du problème général visé. Avec bon sens, Fuller rappelle que l'entreprise visant à soumettre le comportement humain à des règles générales ne saurait « concentrer » en un seul

endroit « l'intelligence, la connaissance ou la bonne volonté ». Fuller adopte une conception du droit inspiré à la fois par le jusnaturalisme de Saint Thomas d'Aquin et la sociologie interactionniste de son époque. Sa conception dynamique du droit incite à réinterroger la forme de l'ordre juridique.

III) Une division collaborative du pouvoir

Lorsque Montesquieu envisageait la distribution des pouvoirs dans *De l'esprit des lois*, il s'interrogeait sur la signification de l'expression « arrêter » le pouvoir pour éviter ses abus. Il aborde la question en envisageant les rapports entre puissance législative et « exécutive » de la loi. Il soutient qu'un pouvoir peut « arrêter » un autre par l'exercice de la faculté de « statuer ». Il s'agit « d'ordonner par soi-même ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre (pouvoir) ». Mais une puissance peut aussi « empêcher ». Il s'agit de « rendre nulle une résolution prise par quelque autre (puissance) »²⁵. Dans ce dernier cas l'ensemble de la décision d'un autre pouvoir est totalement supprimée. La puissance judiciaire est considérée par Montesquieu comme « nulle » en ce sens qu'elle ne fait « qu'appliquer « un texte précis de la loi ». Elle est donc une force d'inertie qui résiste en opposant à un autre pouvoir des règles préexistantes. Si l'on utilise la métaphore d'un mécanisme d'horlogerie, la justice occupe la place des axes qui tiennent les pièces et résistent sans bouger à la force induite par leur mouvement.

Pour autant cette puissance opère bien une action de résistance. Elle consiste à qualifier les faits. Cette « opération du droit » (Yan Thomas) ne consiste pas en une simple description de la réalité factuelle. Comme l'a souligné Ch. Perelman, la qualification ne va pas de soi « lorsque les notions, sous lesquelles il s'agit de subsumer les faits peuvent être plus ou moins vagues, plus ou moins imprécises ». Au demeurant, « la qualification des faits peut dépendre de la détermination d'un concept, résultant d'une appréciation ou d'une définition préalable ». Perelman cite l'exemple caricatural de l'application de l'interdiction, dans l'Allemagne impériale (1871-1917), de défiler sous un drapeau rouge le premier mai. Il souligne l'embarras des juristes face à une Cour

²⁵ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, L. XI, VI, éd Gallimard, 1995, p. 326-334.

d'appel annulant la condamnation des premier juges au motif qu'aux yeux des juges d'appel, le drapeau n'est pas rouge mais lilas (violet pale)²⁶.

Cette distribution des pouvoirs ne se pense pas forcément sur le mode de l'affrontement. Dans l'Antiquité et sous l'Ancien régime, les penseurs politiques évoquait un régime politique mythique idéal, le régime mixte. Il s'agissait d'un « alliage » fait des meilleurs éléments de la Monarchie, l'Aristocratie et la Démocratie²⁷. L'esprit de cette institution largement imaginaire ne visait pas à opposer les régimes mais à en associer leurs divers bienfaits. On peut parfaitement admettre que différents pouvoirs qui visent à permettre le bon fonctionnement d'un seul régime doivent coopérer. La conception collaborative de l'interprétation juridique entre les pouvoirs proposée par Fuller ne manque pas de cohérence.

Section 3) De la pyramide à la Trame : souplesse structurale de l'ordre juridique

I) L'enrichissement du critère de validité des normes juridiques

Dans leur ouvrage, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, deux théoriciens du droit belges, F. Ost et M. Van de Kerchove, ont enrichi la théorie de la validité des normes juridiques (normes : signification d'un acte de volonté). Ils insistent sur la pluralité des sources et autorités juridiques, la gradualité de la force obligatoire et de la sanction des normes. Ils ajoutent enfin l'idée de récursivité normative. Ils veulent par-là rendre compte des effets de retour des modalités de réception de la règle sur sa reformulation ainsi qu'à l'inverse l'influence des prétentions des autorités juridiques sur les attitudes des sujets de droit.

F. Ost et M. Van de Kerchove revisitent aussi la notion de validité des normes en dégageant 3 critères de validité :

²⁶ Ch. Perelman, *Logique juridique*, Dalloz, 1979, p. 34, n° 24.

²⁷ H. Morel, « Le régime mixte ou l'idéologie du meilleurs régime politique », *Mélanges Henri Morel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 489-506.

- 1- La légalité ou conformité formelle de la norme à un ordre juridique
- 2- L'effectivité de la norme ou conformité aux attitudes, comportements, représentations des acteurs juridiques
- 3- La légitimité de la norme ou conformité à des valeurs, à l'Éthique.

Ceux qui séparent droit et morale peuvent discuter de l'existence d'un mécanisme propre de contrôle de la légitimité de la norme juridique. Mais on ne peut contester l'interaction de ces trois critères de validité, ex : bonne mœurs (art. 6 du Code civil), devoir de conscience (art. 1100 du Code civil), l'équité (art. 565 du Code civil), l'utilité publique en droit de l'expropriation.

Ce renouvellement des critères de la validité normative conduit ses initiateurs à remettre en cause le schéma pyramidal de l'ordre juridique. D'autant qu'il souligne que le champ juridique est le domaine par excellence de la **transtextualité** (G. Genette), un domaine où les textes se lisent l'un par rapport à l'autre et réciproquement. La transtextualité renvoie à tout ce qui met un texte en relation manifeste ou secrète avec d'autres textes. On pourrait parler de chaîne de textes.

La transtextualité juridique conduit F. Ost et M. Van de Kerchove à adopter une conception de l'interprétation inspirée par l'idée d'ouverture (L'interprétation ouverte d'U. Eco) impliquant une large participation du lecteur. Les limites de cette interprétation se situent dans l'« *intentio operis* » (U. Eco), c'est-à-dire dans la « cohérence du texte » déterminée par le « patrimoine social » du langage commun à l'auteur et au lecteur. F. Ost et M. Van de Kerchove rapprochent contraintes discursives et contraintes juridiques. M. Troper propose une théorie plus ample de ces dernières. Il ajoute aux contraintes discursives spécifiques au langage juridique, les rapports entre autorités publiques constituées (séparation des pouvoirs), la hiérarchie des tribunaux et le fait que les tribunaux ne peuvent pas s'autosaisir la plupart du temps.

La conception des deux théoriciens belges du droit se caractérise par une **perspective hyper herméneutique**. Elle les conduit à récuser la hiérarchie pyramidale des normes.

II) L'ordre juridique comme Trame

Différents arguments peuvent être invoqués pour rejeter la structure pyramidale de l'ordre juridique. On peut faire valoir que :

1-Coutume, jurisprudence ou principes généraux du droit procèdent d'un mode de formulation originaire. Ils découlent de comportements conscients répétés de destinataires de règles. Ils s'inscrivent donc difficilement dans un modèle pyramidal hiérarchique de l'ordre juridique.

2-La force normative est un phénomène relatif. Cette normativité relative transparaît notamment dans le droit mou, souple dont le caractère obligatoire ou sanctionné est variable. Ainsi en droit français, sans être sanctionnées, certaines règles de déontologie, les codes de conduite, les recommandations d'autorités économiques indépendantes peuvent être invoquées pour prouver la faute en matière civile.

3-Il existe des normativités alternatives. Le droit européen offre des exemples évidents. On peut évoquer la théorie des pouvoirs implicites permettant l'extension des compétences de l'autorité communautaire. On peut citer aussi le principe de subsidiarité. L'article 5 par. 3 du Traité de Lisbonne prévoit : En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les Etats membres tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée au niveau de l'Union.

4-F. Ost et M. Van de Kerchove invoquent la pluralité des légitimités constitutionnelles. Ils font remarquer que la notion d'unité de la constitution est remise en cause par la concurrence des légitimités constituantes : Peuple-Parlement-Juge²⁸.

5-L'existence de normativités juridiques privées remet en cause l'idée de pyramide des normes étatiques. On peut citer comme exemple des normes édictées par des associations privées dans le sport international, en droit aérien (conventions de l'OACI). Mais on peut aussi voir émerger un pouvoir privé de normalisation aux mains d'experts (normes ISO, normes alimentaires²⁹). Des agences privées peuvent opérer un classement ou benchmarking (en matière de

²⁸ Sur ce point lire : D. Rousseau, *Radicaliser la Démocratie Propositions pour une refondation*, Seuil, 2017.

²⁹ J-Y Chérot, « Transparence, Gouvernance et normes privées globales : le cas des normes agroalimentaires », D. Custos (dir.), *La transparence, un principe de gouvernance*, Bruylant, 2014, p. 103-131

performances du système éducatif ou universitaire), elles peuvent octroyer un label (agence de notations de la solvabilité des Etats)³⁰.

6-La contractualisation du pouvoir de réglementer rend inopérante l'idée de verticalité en matière de création du droit. Il s'agit alors de gouvernance, ex : la politique de la ville où les destinataires de normes peuvent négocier avec l'autorité politique.

F. Ost et M. Van de Kerchove proposent de penser l'ordre juridique sous la forme du **réseau**. La philosophe M. Serres a identifié les propriétés d'un système de représentation du réel articulé selon un diagramme en réseau. Il en énumère plusieurs :

1-Il n'existe pas un seul chemin pour aller d'un élément du diagramme à un autre, mais une pluralité et une complexité de médiation.

2-On peut différencier la force de connexion entre les éléments. L'un d'eux peut être le sommet d'une relation pluri-déterminée.

3-Il n'y a pas d'équivalence des différents éléments mis en relation. Leur situation est évolutive au gré des relations entretenues avec les autres éléments.

4-Un ensemble d'éléments peut former un sous ensemble de relations locales pouvant coexister.

5-Le diagramme en réseau figure une situation évolutive. Le modèle permet de graduer la détermination entre les éléments. On va du probable à la nécessité univoque.

6-Il faut remplacer l'idée de la seule causalité par celle de rétroaction³¹.

Mais le juriste peut faire observer que la rétroaction impliquée par le schéma de réseau repose sur la probabilité du raisonnement juridique et non sur sa nécessité. Or le propre d'un ordre juridique est de tendre vers un idéal de sécurité juridique. Pour dépasser la contradiction, on peut proposer une forme particulière du réseau utilisée en architecture. Il s'agit de la **trame**. Elle est le maillage, le quadrillage d'un plan d'architecture ou d'urbanisme. La trame comme forme structurale d'un ordre juridique implique que ce dernier est

³⁰ B Frydman et A. Van Waeyenberge (dir. de), *Gouverner par les standards et les indicateurs De Hume au rankings*, Bruylant/Penser le droit, 2014.

³¹ M. Serres, « Le réseau de communication Pénélope », in du même, *Hermès I La communication*, Ed. de Minuit, 1969, p. 11-20.

subordonné à un **projet**, à la recherche d'une **cohérence collective** de l'action par la mise en œuvre d'une **intelligence collective**. On l'a vu, celle-ci transparait déjà dans la nécessité d'une conception collaborative de l'interprétation juridique dans les **communautés interprétatives**. Le schème de la trame pour penser l'ordre juridique montre lui aussi qu'il n'est pas l'expression d'un pouvoir autoritaire mais d'une entreprise, d'une forme d'action bien spécifique. Les acteurs qui, par leur travail parachèvent le caractère irréductible de leur pratique à toute autre activité sociale, sont les juristes professionnels.

IIIème PARTIE : LA PRATIQUE DES JURISTES PROFESSIONNELS DANS LES COMMUNAUTÉS INTERPRÉTATIVES

Les juristes professionnels qui exercent leur activité au sein d'une ou plusieurs communautés interprétatives mettent en œuvre une démarche qui rend irréductible leur activité à tout autre. Contrairement à ce qu'ils affirment, la base de leur travail ne repose pas sur une prétendue distinction du fait et du droit. Y. Thomas souligne la spécificité de ce qu'il appelle les « opérations du droit ». Elles consistent en un « remodelage qui qualifie (les faits) pour le jugement pratique de valeurs qu'elles ordonnent »³². Ces opérations ont une finalité : il s'agit de trouver une solution à une affaire juridique (*res, causa*). Que l'on soit législateur, juge ou avocat il s'agit de résoudre des problèmes juridiques présents ou futurs.

Section 1) Raisonnement juridique et décision judiciaire

I) Inertie et raisonnement juridique

Ch. Perleman a souligné l'importance dans l'argumentation de « l'inertie psychique et sociale dans les consciences et les sociétés ». Elle implique de présumer jusqu'à preuve du contraire qu'une « attitude adoptée antérieurement - opinion exprimée, conduite préférée- se continuera dans l'avenir ». La raison peut être « le désir de cohérence ou ... la force de l'habitude ». L'inertie permet de compter sur « le normal, l'habitude, le réel, l'actuel et de le valoriser ... le

³² Y. Thomas, « Présentation », *Annales HSS*, nov.-déc., n°6, p. 1427.

changement par contre doit être justifié»³³. En matière juridique, l'attitude d'inertie dans le raisonnement est justifiée par une croyance : l'exigence de sécurité juridique. Le législateur lui-même hésitera à changer la loi. Portalis disait qu'il lui paraîtra « toujours plus utile de présenter au citoyen de nouveaux motifs de les aimer »³⁴.

Le raisonnement du juge est tout autant déterminé par l'inertie. Ainsi la « technique de la chose jugée se prolonge pour ainsi dire par la technique du précédent ». La répétition du précédent se distingue de la continuation d'un état précédent car les « faits sont envisagés comme du discontinu ». Dans les « pays « traditionalistes »³⁵, le précédent est une « partie intégrante du système juridique ». Il devient un « modèle dont on peut se prévaloir à condition de montrer que le cas nouveau ressemble suffisamment à l'ancien ». Il s'ensuit une certaine « crainte de créer un précédent ». En effet toute appréciation ou décision est considérée comme un « consentement implicite à leur utilisation à titre de précédent, comme une sorte d'engagement à se conduire semblablement dans les situations analogues ». De la même façon, observer une règle et notamment proclamer qu'on l'observe consiste à reconnaître qu'elle est bonne à suivre et s'assimile « à un aveu qu'on pourrait, le cas échéant rappeler »³⁶. L'inertie caractérise ainsi aussi bien la jurisprudence que la coutume juridique.

II) L'articulation de la cause par l'avocat

Le client apporte des pièces à l'avocat pour qu'il traite son dossier. Parmi celles-ci certaines contiennent les allégations et demandes des parties, d'autres pièces ou des documents recèlent des éléments de preuve au soutien des demandes formulées. Enfin certaines constituent le litige (article de presse diffamatoire ou injurieux).

L'avocat va s'engager dans une première étape de son travail relative à une étude des mots de l'affaire. Il commence par relever les mots importants du

³³ Ch. Perelman, L. Olberchts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Ed. de L'Université de Bruxelles, 2008, 6^{ème} éd., p. 141-142

³⁴ Discours préliminaire au projet de Code civil, J-E-M. Portalis, *Ecrits et discours politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 24.

³⁵ Le traditionalisme juridique diffère du conservatisme. Le traditionaliste n'est pas hostile au changement. Il ne le perçoit et n'en consacre la légitimité qu'au regard des catégories déjà consacré par le temps. Il est ainsi favorable à une évolution et non à une révolution faisant table rase du passé.

³⁶ Ch. Perlman, L. Olberchts-Tyteca, *op. cit.*, p. 144.

dossier pour l'établissement d'une argumentation ; il vérifiera l'adéquation des mots aux choses qu'ils sont censés désigner. Il s'agit d'un travail de dénomination préalable à la qualification juridique. Puis l'avocat s'intéressera à l'existence d'une logique entre les termes d'une proposition relatant les situations visées par le dossier. L'avocat réfléchira ensuite à l'identité des faits invoqués dans le dossier ou à leur simple ressemblance, plus ou moins pertinente au vu des demandes des parties. Enfin l'avocat s'interrogera sur l'idéologie sous-jacente au litige³⁷.

L'avocat va s'atteler alors à une seconde tâche plus orientée vers l'opération intellectuelle de qualification proprement dite. Elle consiste à qualifier juridiquement les faits. Il faut repérer la norme par la mise en lumière des faits pertinents. Puis l'avocat recherche les catégories juridiques utiles pour qualifier les faits de façon assez favorable aux prétentions des parties. Il procède à une interprétation du droit mobilisé au service de sa cause. Enfin ce travail de qualification permet d'articuler l'argumentation, assise sur une recherche de preuves, qui servira au soutien des conclusions³⁸.

III) Décider en droit

La définition de la fonction de juger est difficile à déterminer. Avant le XVIIIème s. et le questionnement relatif au statut du juge envisagé comme un pouvoir politique, il était difficile de distinguer la fonction de juger et celle d'exécuter la loi³⁹. Pourtant le contexte contentieux du travail judiciaire permet de commencer à mieux cerner l'office du juge. Le « litige » impliquant « désaccord » et « controverse » impose au juge de trouver une solution qui soit « raisonnable, acceptable, c'est-à-dire ni subjective ni arbitraire ». Mais en même temps son jugement n'est pas « une conclusion impersonnelle et contraignante à partir de prémisses incontestées ». Il suppose donc l'intervention d'une « volonté »⁴⁰. C'est la portée de cette dernière qui rend si difficile de déterminer en quoi consiste Juger. La tâche est certainement encore plus ardue

³⁷ F. Martineau, *Petit traité d'argumentation judiciaire et de plaidoirie*, Dalloz2021, 9^{ème} éd., p. 226-235

³⁸ *Ibid.*, p. 240-247.

³⁹ C-Miguel Pimentel, « De l'Etat d droit à l'Etat de jurisprudence, le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », A. Pariente (dir.), *La séparation des pouvoirs Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 11.

⁴⁰ Ch. Perelman, *Logique juridique*, Dalloz, 1979, 2^{ème} éd., p. 162, n°87.

pour ceux qui raisonnent dans un système juridique légaliste. La question des lacunes juridiques prend ici toute sa portée.

L'article 4 du Code civil français présente le problème dans sa radicalité. Il édicte : Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. On peut interpréter ce texte de trois façons.

- En adoptant un point de vue légaliste radical, on peut estimer qu'il est défendu au juge d'accueillir une demande qui ne serait pas fondée sur un texte précis de la loi. Cette conception repose sur une utopie de la complétude du système législatif.

-En se bornant à un point de vue légaliste modéré, il est possible de considérer que le juge est certes la bouche de la loi. Mais il ne saurait se réfugier derrière l'argument fallacieux d'une lacune totale ou partielle des lois pour ne pas juger. Le juge serait de mauvaise foi. L'interprétation extensive de la loi ou l'analogie est censée lui permettre de pouvoir toujours statuer. On estime qu'il est toujours possible de mobiliser de façon extensive un système législatif dont on continue à nier l'incomplétude.

-La dernière interprétation de l'article 4 du code civil français consiste à prendre plus au sérieux le problème des lacunes et admettre le pouvoir créateur de droit du juge. La suprématie de la loi comme source du droit n'est pas pour autant remise en cause. Il suffit de considérer que la décision judiciaire n'a qu'une autorité de chose jugée et ne vaut donc que pour l'affaire résolue ; en droit français la jurisprudence n'est pas une source du droit et les juges n'ont pas de pouvoir réglementaire (article 5 du Code civil). Pourtant le fonctionnement quotidien des tribunaux rappelle à quel point cette position est intenable. La jurisprudence est une réalité juridique incontournable dans l'activité de tout praticien du droit qui l'utilise pour résoudre les nouveaux cas pendants. Déjà lors de l'élaboration du Code civil, Portalis défendait l'idée d'une « science du magistrat » et devait convenir que la jurisprudence s'occupe des « cas rares, extraordinaires (hors) du plan d'une législation raisonnable », des « détails trop variables, trop contentieux » ou des « objets » difficiles à prévoir au risque d'être mal définis⁴¹.

⁴¹ Discours préliminaire au projet de Code civil, J-E-M. Portalis, *op. cit.*, p. 30

Carré de Malberg va bien plus loin et propose une intéressante analyse du pouvoir de juger. Lorsque « le juge créé du droit » l'autorité juridictionnelle dégage une solution qui est « l'équivalent d'une loi » pour le règlement du différend. Mais elle exerce « un pouvoir de décision initiale, qui en principe n'appartient qu'au législateur »⁴². Lorsque le juge se borne à appliquer la loi, alors la fonction juridictionnelle est « de nature exécutive ». Mais la mission du magistrat n'est pas « absolument semblable à celles des agents d'exécution proprement dits ». Carré de Malberg fait justement remarquer que l'autorité juridictionnelle ne peut faire exécuter elle-même ses propres jugements. Il estime donc qu'elle n'est pas une « fonction agissante ». Son office réside dans un « opération intellectuelle ». Elle ne concourt donc à l'exécution législative qu'en indiquant « si et de quelle manière la loi est applicable »⁴³. C'est dire que le juge participe plus strictement au pouvoir exécutif qu'un « administrateur » aux pouvoirs plus ou moins larges, ayant le choix entre des moyens divers et pouvant user ou non des pouvoirs qui lui ont été conférés. Le juge est à l'inverse strictement tenu d'appliquer le texte législatif⁴⁴.

Toutefois, même dans le cas d'application des lois, le juge n'est pas aussi rigidelement contraint par la législation. Ch. Perelman rappelle classiquement que le but du juge est « l'application des règles juridiques aux faits qualifiés de façon à en tirer les conséquences prévues par le droit en vigueur ». Mais il fait remarquer que « l'examen préalable et la description des faits sont orientés par le passage plus ou moins immédiat, plus ou moins difficile à leur qualification ». Le juge va donc s'intéresser uniquement « aux détails qui permettent ou empêchent l'application de telle règle de droit »⁴⁵. Le magistrat détient donc un large pouvoir de dénomination des faits et d'interprétation des catégories législatives au regard des faits dont il détermine la consistance juridique.

La portée politique de la fonction de juger s'est encore plus accrue depuis la Seconde Guerre mondiale car les juges ont de plus en plus été chargés d'interpréter des Constitutions politiques ou des Traités-lois internationaux.

⁴² R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, CNRS 1962, reproduction photomécanique de l'édition Sirey, 1920, p. 750, n° 250.

⁴³ *Ibid.*, p. 752, n°251.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 753.

⁴⁵ Ch. Perelman, *Logique juridique, op. cit.*, p. 33, n°23.

Section 2) Juger, un pouvoir politique

I) Le juge suprême d'une communauté interprétative étatique

Dans *Libéralisme politique*, John Rawls estime qu'une « Cour suprême », à l'image de celle des Etats-Unis, peut être considérée comme un lieu d'élaboration de la « raison publique »⁴⁶. Celle-ci réside dans « l'idéal ... des citoyens d'une démocratie » conforme à « des valeurs publiques » dont chacun peut « raisonnablement espérer que les autres y souscriront ». Cet idéal implique une « disposition à écouter ce que les autres ont à dire et à accepter des aménagements ou des altérations raisonnables ». Enfin le respect de la raison publique implique que l'équilibre entre les valeurs politiques paraîtra « raisonnable » ou du moins « pas déraisonnable » à tous⁴⁷. La raison publique repose donc sur une disposition psychologique visant à chercher de façon raisonnable des valeurs politiques communes.

Les juges de la Cour suprême vont contribuer à la construction d'une raison publique. Ils essayent « de développer et d'exprimer dans leurs opinions raisonnées la meilleure interprétation possible de la Constitution en utilisant leur connaissance de ce qu'exige la Constitution et les précédents constitutionnels ». La détermination de cette interprétation dépend de la capacité psychologique des juges de s'appuyer sur des valeurs politiques « dont ils croient, en toute bonne foi ... que tous les citoyens ... raisonnables et rationnels ... devraient y souscrire ; c'est du moins, le pari raisonnable qu'ils font »⁴⁸. Les juges et les citoyens ne sont pas forcément « d'accord entre-eux sur les détails de leur interprétation de la Constitution ». Mais ils doivent avoir une conception commune de ce qu'est la Constitution et des éléments « pertinents de la conception politique nécessaire pour l'interpréter ». La Cour est seulement un « forum public ». Donc « la Constitution n'est pas ce qu'elle dit qu'elle est »

⁴⁶ John Rawls, *Libéralisme politique*, PUF/Quadrige, 2016, 3^{ème} édition, p. 285

⁴⁷ *Ibid.*, p. 304.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 285-286.

mais « ce que le peuple, agissant constitutionnellement à travers les autres branches du gouvernement, finit par autoriser la Cour à dire ce qu'elle est »⁴⁹.

Ch. Mouffe a critiqué cette notion rawlsienne de raison publique. Pour elle « la frontière entre le légitime et l'illégitime représente toujours une décision politique, et ... par conséquent ... ouverte à la contestation ». La « dimension normative » est « éthico-politique »⁵⁰. Elle admet la nécessité d'un consensus mais il doit « s'accompagner d'un dissensus ». Les « désaccords » porteront sur « le sens des principes (sur lesquels l'accord a été obtenu) et la façon dont ils devraient être mis en œuvre »⁵¹. La démocratie implique donc la persistance d'un « désaccord rationnel »⁵². Celui-ci ne peut signifier que la possibilité de contester la décision interprétant la signification des principes éthico-politiques sur lequel le consensus est nécessaire⁵³. Cette remise en cause peut soit prendre la forme du procès constitutionnel dont la logique dialectique de l'affrontement des parties paraît parfaitement adapté, soit le changement de Constitution en cas de conflit d'interprétation entre le Peuple et les juges constitutionnels. Le droit est donc un instrument au service d'une communauté politique.

En statuant sur l'existence de droit fondamentaux, le juge constitutionnel révèle tout autant ce qui est commun à sa communauté interprétative d'appartenance que s'il tranchait une question de répartition de pouvoir public. D. Rousseau fait justement valoir que « l'espace des droits fondamentaux -que (le juge constitutionnel) construit- ... dessine l'espace de représentation autonome du corps des citoyens »⁵⁴. Il peut paraître contradictoire de vouloir contribuer à édifier un espace commun en utilisant la technique des droits individuels auquel on reproche un effet pernicieux sur la cohésion sociale. A cela on répondra en reprenant l'argument de Durkheim pour qui :

« Ce qui est à la base du droit individuel, ce n'est pas la notion d'individu tel qu'il est, mais c'est la manière dont la société le pratique, le conçoit, l'estime qu'elle en fait. Ce qui importe, ce n'est pas ce qu'il est, mais ce

⁴⁹ *Ibid.*, p. 286-287.

⁵⁰ Chantal Mouffe, *L'illusion du consensus*, Albin Michel, 2005, p. 182-183.

⁵¹ *Ibid.*, p. 50.

⁵² *Ibid.*, p. 183.

⁵³ Ch. Mouffe admet la nécessité d'un « consensus sur les institutions de base de la démocratie et sur les valeurs « éthico-politiques » qui définissent l'association politique – liberté et égalité pour tous », *Ibid.*, p. 50.

⁵⁴ D. Rousseau, *Radicaliser la Démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, 2017.

qu'il vaut et inversement ce qu'il faut qu'il soit. Ce qui fait qu'il a plus ou moins de droit, ... c'est parce que la société lui attribue telle ou telle valeur »⁵⁵.

D. Rousseau a donc raison de dire que « la justice est un « pouvoir de la société (distinct de celui de l'Etat) » et qu'elle se situe à l' « articulation » de « trois espaces », individuel, social et étatique. Par la « reconnaissance mutuelle des droits », la justice « favorise le travail de chacun ensemble, la coopération, le lien social »⁵⁶.

En transposant ce que D. Rousseau écrit à propos de sa Démocratie continue, on peut dire que « la discussion », si nécessaire à toute communauté interprétative, ne devient « un principe actif et distinctif ... que par le medium du droit, et, en particulier, des droits fondamentaux qui définissent le code de réalisation de l'activité communicationnelle »⁵⁷. A cette fin le juge constitutionnel doit s'inscrire dans un « agir juridictionnel »⁵⁸ afin d'éviter de sombrer dans une épistémocratie dont la légitimité savante paraîtrait bien insuffisante au regard des besoins d'une communauté interprétative. Cette forme d'agir est animée par « une éthique de production (des) jugements »⁵⁹ obéissant à 4 règles :

- motivation des décisions,
- respect du principe du contradictoire dans le procès,
- publicité des débats judiciaire e
- la collégialité des discussions⁶⁰.

Un code de procédure contentieuse doit aussi reconnaître aux juges la possibilité d'émettre des opinions séparées⁶¹. En effet la connaissance de ces opinions par l'ensemble des membres de la communauté interprétative soumis à ce droit constitutionnel prétorien favorise la dialectique du débat processuel si nécessaire à la vie communautaire. Cette éthique d'un agir juridictionnel atteste de l'importance de l'action d'une Cour suprême dans une communauté interprétative constituée. La place d'une telle institution est encore plus fondamentale dans une communauté en construction.

⁵⁵ E. Durkheim, *Leçons de sociologie*, PUF/Quadrige, 1990, p. 102.

⁵⁶ D. Rousseau, *op. cit.*, p. 182-183.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 112-113.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 176.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 195.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 195

⁶¹ *Ibid.* p. 194-195.

II) Le juge suprême d'une communauté interprétative en devenir : l'Union européenne

Les Communautés européennes puis l'Union européenne n'ont jamais constitué à ce jour un Etat unitaire souverain ou fédéral visant à articuler l'exercice de la souveraineté entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés. Il s'agit d'une entité politique. Elle se constitue par transfert de compétences souveraines vers des organes communautarisés, par la coopération interétatique, la subsidiarité. Le droit est un instrument de construction politique. La Cour de justice a d'ailleurs su faire œuvre d'activisme et créer un vocabulaire juridique propre à la construction communautaire en contribuant à un véritable « droit de l'intégration ».

En s'imposant comme seul cadre de justification juridique, elle a promu un système d'interprétation fondé sur des « principes de structure » visant à favoriser la supranationalité. En même temps, la Cour fait usage d'un système conceptuel fermé sur lui-même⁶². Ainsi la Cour a consacré le principe de l'effet direct du droit communautaire et de sa primauté sur le droit national dans la première partie des années 1960⁶³. En 1986, elle a fondé sa décision en se référant à l'idée que les Communautés européennes de l'époque formaient une « Communauté de droit en ce que ni ses Etats membres, ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité »⁶⁴.

Toutefois, la Cour de justice apparaît comme un lieu de confrontation des différentes cultures juridiques et judiciaires des Etats membres. Elle est un « laboratoire... d'une culture judiciaire européenne ». Elle est un lieu de « socialisation » susceptible de redéfinir les « préférences des acteurs

⁶² L. Azoulai, « Culture de l'argumentation et déconstruction du désaccord dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », J-Y. Chérot (dir.), *La construction de l'accord et du désaccord en droit. Méthode et épistémologie du désaccord, Cahiers de méthodologie juridique* n° 30, *Revue de la Recherche Juridique* 2016-5, p. 1936-1939. Pour une analyse approfondie de l'utilisation des concepts dans le raisonnement de la Cour de justice en matière de citoyenneté européenne, voir : V. Réveillère, *Le juge et le travail des concepts juridiques. Le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Institut universitaire de Varenne/Thèses, 2018.

⁶³ A. Vauchez, « Judge-made law Aux origines du « modèle » politique communautaire (retour sur Van Gend & Loos) », O. Costa et p. Magnette (pub.), *Une Europe des élites ? Retour sur la fracture démocratique de l'Union européenne*, Presses universitaires de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 139-166.

⁶⁴ CJCE 23 avril 1986, Parti écologiste « les Verts »/Parlement européen, Aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339 et s, paragr. 23.

judiciaires » et de leur « pratique ». Elle est un « forum de discussion, d'argumentation de délibération et de décision »⁶⁵. Bien que le cadre institutionnel du contentieux de l'Union européenne (le tribunal) soit déterminé par des éléments externes (relation des pouvoirs entre les institutions et les Etats, le cadre légal (normes européennes), les opinions publiques nationales), il reste conditionné par le raisonnement, l'argumentation juridique et l'usage du précédent⁶⁶. La résolution du contentieux est un processus influençable par l'argumentation persuasive⁶⁷. Les argumentations des Etats influencent la construction du droit européen malgré l'activisme de la Cour.

La plupart du temps la Cour emprunte aux modes classiques du raisonnement juridique. Elle opère par synthèse en rassemblant les éléments du problème posé avec ceux d'un problème déjà traité (déduction, induction, analogie, argumentation a fortiori, généralisation d'une situation particulière à d'autres situations). La démarche peut être analytique opérant une dissociation des différents éléments du problème posé avec ceux déjà traités (distinction, qualifications multiples)⁶⁸.

Les formules de la Cour peuvent définir les catégories prévues dans les traités ou déterminer la place des normes fondamentales⁶⁹. La méthode des « notions autonomes » en offre une illustration. La Cour utilise aussi des « concepts-formules » charriant un bloc argumentatif. Il en va ainsi de la notion d'entrave aux échanges dans le domaine du marché intérieur⁷⁰. Mais les formules judiciaires de la Cour peuvent consister en des arrangements reposant à la fois sur des « emprunts » ou un « parasitage des formules disponibles dans les droits nationaux »⁷¹. Le plus souvent ces éléments disparaissent de la formulation de la Cour. Mais elle peut décider de faire figurer ces éléments de droit national dans ses formules sous forme de renvoi conditionnant l'application de la règle communautaire, ex : le droit de retrait des actes administratifs contraires au droit de l'union ou le principe de responsabilité des Etats membre pour fait des actes juridictionnels⁷².

⁶⁵ Marie-Pierre. Granger, « Les stratégies contentieuses des Etats devant le Cour », P. Mbongo, A. Vauchez (dir.), *Dans la fabrique du droit européen Scènes et acteurs publics de la Cour de justice des Communautés européenne*, Bruylant 2009, p. 56 (pp. 53-104) ;

⁶⁶ *Ibid.*, p. 57.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 62 et s.

⁶⁸ L. Azoulai, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 162

⁶⁹ *Ibid.*, p. 163-164

⁷⁰ L. Azoulai, « Culture de l'argumentation et déconstruction... », *op. cit.*, p. 1939.

⁷¹ L. Azoulai, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 164

⁷² *Ibid.*, p. 165 note 369.

Les désaccords judiciaires font également l'objet de techniques de traitement par la Cour qui s'exonèrent d'une déconstruction dialectisée selon l'idée d'un ordre européen supérieur s'imposant. La Cour peut ainsi encoder des litiges facilement exprimables par un jeu d'oppositions ou de combinaisons. Les juges pensent la question de l'affaire en termes de conflit de droits subjectifs, de compétences entre droit étatique et de l'Union, de valeurs ou d'objectifs. La Cour de justice peut aussi contextualiser le litige en équilibrant la séquence règle/exception par un contrôle de proportionnalité. Enfin les juges peuvent délocaliser la solution de l'affaire en estimant que l'arbitrage entre règle et exception relève de l'Etat membre, bénéficiant de ce fait d'une marge d'appréciation⁷³.

Le fait qu'une partie des traités de l'Union européenne concerne le droit économique confronte le discours de la Cour à la « communauté d'interprétation » formée par les économistes⁷⁴. En tant que promoteur d'un discours expert, ces derniers peuvent opposer un regard critique sur les raisonnements judiciaires, tout particulièrement en matière de droit de la concurrence. Mais les économistes ont une influence limitée sur la jurisprudence européenne car ils ne regardent pas le droit de la même façon que les juristes. Ils analysent l'efficacité économique de la règle de droit (surtout le droit de la concurrence). Ils s'intéressent à l'« efficacité » qui n'a rien à voir avec l'objectif de la règle mais l'adéquation entre des fins et des moyens et le choix de la solution la moins coûteuse⁷⁵.

⁷³ L. Azoulai, « Culture de l'argumentation et déconstruction... », *op. cit.*, p. 1941-1945.

⁷⁴ Anne-Lise Sibony, « La jurisprudence au prisme de la science économique », *op. cit.*, p. 173

⁷⁵ *Ibid.*, p. 179