

# CULTURE DE L'ARGUMENTATION ET DÉCONSTRUCTION DU DÉSACCORD DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

---

Loïc AZOULAI

Professeur à l'École de Droit de Sciences Po Paris

**Abstract:** *The idea that European Union law has a distinct structure and generates a new set of legal concepts and arguments is firmly rooted in the self-consciousness of EU lawyers. One of the most obvious reasons for this is the awareness of the inherently precarious and conflictual character of the process of European integration. The fashioning of EU law through the European Court of justice's adjudication was therefore meant to render this process less conflictual and more resistant and resilient. This conception is hardly tenable in today's Europe. European integration is currently undergoing its most acute crisis. In this context, it is worth reviewing the operation of EU law in the light of the notion of 'disagreement' or 'controversy'. How is disagreement dealt with while it cannot be assumed that the Court of Justice of the European Union remains agnostic about political preferences and social conflicts, ideological differences and value choices? This article is an attempt to explore EU law adjudication taking the ideas of disagreement and controversy seriously, as epistemological devices for the exploration of the EU case law.*

On se représente souvent le travail du droit et des juges comme œuvrant à construire l'accord entre les parties à partir de disputes nées de circonstances extérieures au droit. Dans le contentieux du droit de l'Union européenne, il semble que le problème se pose différemment. Plutôt que de construire des formes ponctuelles d'accord, la Cour de Justice de l'Union européenne s'attache avec une grande constance à déconstruire les désaccords générés par le processus d'intégration européenne et par la manière même dont opère le droit servant d'agent à l'intégration.

## I. Logique dialectique et neutralisation du désaccord

En 1984, Pierre Pescatore publie un article intitulé « Le problème de l'argumentation juridique. Quelques idées non conventionnelles »<sup>1</sup>. Sa carrière de juge à la Cour de Justice des Communautés européennes touche à sa fin. Membre de cette Cour durant près de vingt ans, il a exercé une influence considérable sur sa jurisprudence. Dans ses écrits doctrinaux, il a par ailleurs contribué à poser les bases conceptuelles du droit communautaire comme « droit de l'intégration » dis-

---

<sup>1</sup> P. Pescatore, « Le problème de l'argumentation juridique. Quelques idées non conventionnelles » in *Le droit*, collection de philosophie de l'Institut catholique de Paris, 1984, p. 137-157.

tinct du droit international public<sup>2</sup>. Dans ce bref texte consacré à l'argumentation, il développe la thèse suivant laquelle la jurisprudence est « un processus dialectique multipolaire » se développant suivant « une logique des alternatives et des choix ». Chaque cas poserait un problème spécifique pour lequel plusieurs solutions sont envisageables ; la tâche du juge serait d'opérer un choix entre ces solutions possibles en fonction des répercussions de celles-ci et en tenant compte des « exigences de justice générale », c'est-à-dire en faisant prévaloir le système général de valeurs à l'intérieur duquel le problème se trouve posé. Selon Pescatore, cette « dialectique multipolaire » s'opposerait à un « schéma de pensée dichotomique » consistant à considérer les différences catégorielles, c'est-à-dire les conflits politiques et sociaux qui nourrissent le contentieux, comme des données indépassables de l'analyse juridique. Typique de ce schéma de pensée serait la doctrine marxiste du droit.

Ce texte résume assez bien la manière dont la Cour de Justice s'est représentée sa propre contribution au processus de l'intégration européenne. Que l'entreprise de l'intégration soit de nature « dichotomique », cela n'est pas douteux. Elle génère une multiplicité de conflits, de divisions et de contradictions. Ces conflits concernent la répartition des ressources, les divisions résultant d'intérêts et de modèles de développement différents. Les contradictions sont celles d'un processus d'intégration qui entend transformer les structures économiques, sociales et politiques des États membres, tout en dépendant largement de celles-ci pour assurer la réalisation de ses objectifs<sup>3</sup>. La tâche que s'est donnée le juge fut dès lors de conjurer ces divisions, d'éloigner la perspective des conflits et de dissimuler les contradictions. Les « différences » locales générées par l'intégration, il s'agit de les intégrer dans un cadre supranational dans lequel prévalent les finalités et les valeurs de l'ordre européen. Tout l'effort de la Cour de Justice a été tourné vers la nécessité de rendre l'intégration soutenable en dépit des divisions et des contradictions inhérentes à ce processus. Enfermer les rapports politiques, économiques et sociaux à haute teneur conflictuelle qui forment la matière même de l'intégration européenne dans une « dialectique », c'est-à-dire dans un réseau de concepts, de principes, de doctrines et d'interprétations qui protège le processus d'intégration contre les risques de la fragmentation, ainsi pourrait d'ailleurs se résumer l'œuvre de la Cour de Justice.

Cette transformation « dialectique » des conflits s'est traduite concrètement par la mise en place et la promotion de trois systèmes de pensée et d'action : un cadre de justification, un système d'interprétation et un système conceptuel.

<sup>2</sup> P. Pescatore, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes* (1972), rééd. Bruylant, Bruxelles, 2005.

<sup>3</sup> Sur ces contradictions, L. Azoulai, « Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes », *Politique européenne* n° 50 (2015), p. 83-98.

1) Un cadre de justification. Rappelons que, dans l'Union, la Cour de Justice bénéficie d'une position d'arbitre quasi-exclusif des conflits liés à l'intégration. Il n'existe pas à proprement parler de procédure politique ou diplomatique de résolution des litiges ; au reste, quand elle en a eu l'occasion, la Cour de Justice en a elle-même exclu le principe<sup>4</sup>. Elle a ensuite utilisé sa position privilégiée pour instaurer ce que l'on pourrait appeler « un cadre de comparution », forçant les acteurs institutionnels de l'intégration, et notamment les gouvernements des États membres, à comparaître et à se justifier devant elle. Le principal moyen d'y parvenir fut de convertir les règles générales posées dans les traités en droits subjectifs opposables aux États membres et invocables devant les juridictions nationales. Avec l'aide des juges nationaux et par la voie de la procédure de renvoi préjudiciel, la Cour de Justice est parvenue à créer un espace de justification. Cela lui a aussi permis de réduire le champ des justifications possibles : les références récurrentes aux « intérêts vitaux » de l'État et à tout ce qui peut se dire dans le langage de l'identité nationale sont devenues inaudibles ; elles ont dû céder devant les droits subjectifs et les principes généraux considérés comme des exigences fondamentales du droit de l'Union<sup>5</sup>. La comparution a eu un effet massif de banalisation et de neutralisation des justifications antinomiques au processus d'intégration produites par les acteurs de cette intégration.

2) Un système d'interprétation. La clef de ce système se trouve dans un entretien donné par Pierre Pescatore assez tardivement :

« En 1956, Riphagen [le membre néerlandais du groupe de juristes ayant participé à la rédaction du traité de Rome, groupe dont Pescatore faisait également partie] m'a appris l'importance de ce qu'on appelle les principes de structure dans le droit. Avant qu'on puisse parler du contenu des normes juridiques, de leur substance, il faut voir quelle est la structure dans laquelle ces normes sont insérées »<sup>6</sup>.

Par structure, il faut entendre à la fois le cadre institutionnel et le système de finalités qui caractérisent la construction supranationale européenne. Aux yeux de Pescatore, les structures institutionnelles propres à la Communauté européenne sont indissociables des fins de l'intégration. L'essentiel du travail jurisprudentiel peut dès lors être ramené à cette idée : les normes du droit de

<sup>4</sup> CJCE, 13 novembre 1964, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, ECLI:EU:C:1964:80 ; CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne c/ Sabena*, ECLI:EU:C:1976:56.

<sup>5</sup> Cf. L. Azoulay, « The ECJ and the duty to respect sensitive national interests » in M. Dawson, B. De Witte, E. Muir (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, E. Elgar, Cheltenham, 2013, p. 167-187.

<sup>6</sup> Cet entretien est visible et retranscrit à l'adresse suivante : <http://www.cvce.eu/histoire-orale/>. Rappelons que cette méthode puise dans l'œuvre de Josef Esser, juriste allemand qui publia en 1956 *Principes et normes dans le développement du droit privé allemand*.

l'Union ne prennent sens que sur le fond du cadre institutionnel et axiologique qui a déterminé leur production. De fait, la Cour a fait de cette idée son guide; elle a fait émerger la « structure » de la supranationalité dans tous les litiges que fait naître le processus d'intégration: ce que Pescatore a appelé une « idée d'œuvre commune »<sup>7</sup>. Une grande part de la culture argumentative propre au droit de l'Union se joue dans ce geste, disons une sorte de « structuralisme interprétatif ». De là sans doute l'importance du raisonnement « méta-téléologique » selon lequel chaque disposition du droit communautaire doit non seulement être replacée dans le contexte de ses objectifs propres mais elle doit, plus largement, être interprétée « à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit »<sup>8</sup>: c'est une manière d'introduire dans le raisonnement les finalités du droit de l'Union telles que la Cour se les représente. Ainsi s'explique également le recours massif aux principes dits « structurels » – principe de non-discrimination, principe de coopération loyale ou principe de l'effet utile – ayant pour fonction de libérer l'exercice d'interprétation du droit de l'Union des contraintes politiques, administratives ou sociales issues du terrain d'application de ce droit. La Cour se sert de ces principes dans l'interprétation d'une part pour détacher le droit de l'Union du terrain d'application local, d'autre part pour référer ce droit à l'existence d'un ordre ou d'un « tout structuré, organisé, finalisé »<sup>9</sup>.

3) Un système conceptuel. Selon Pierre Pescatore, « le droit communautaire forme un système juridique complet, en quelque sorte fermé sur lui-même, puisqu'il porte en lui toutes les ressources nécessaires pour se développer et se réaliser [...] » et, plus loin: la Cour « s'approprie des notions qui ont leur origine dans le droit national et remplit celles-ci d'un contenu communautaire »<sup>10</sup>. À la vérité, il n'est peut-être pas de droit plus incomplet que le droit communautaire. Tout comme le droit international, il est pauvre en ressources d'expression propres et il énonce ses règles en empruntant aux langues et aux systèmes juridiques différents auxquels il s'adresse<sup>11</sup>. De plus, il s'adresse à une pluralité d'acteurs dispersés, poursuivant leurs stratégies dans le cadre des ordres de références particuliers auxquels ils se rattachent. Mais précisément, dans ces conditions, le sens de l'œuvre jurisprudentielle est de créer, à partir d'un matériau et d'interlocuteurs hétérogènes, l'idée d'une trame conceptuelle cohérente, une unité de sens et de valeur. Cela passe par un travail de négociation, d'incorporation et de

<sup>7</sup> P. Pescatore, *Le droit de l'intégration*, op. cit., p. 41.

<sup>8</sup> CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT, ECLI:EU:C:1982:335. Voir M. Poiars Maduro, « Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, n° 2, 2007 (<http://www.ejls.eu>).

<sup>9</sup> P. Pescatore, *Le droit de l'intégration*, p. 43.

<sup>10</sup> P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés Européennes* (1975), Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 163.

<sup>11</sup> V. déjà, en ce sens, P. Reuter, *Principes de droit international public*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961 II, t. 3, p. 435.

naturalisation des concepts puisés à des sources extérieures, dans le droit national ou international<sup>12</sup>. De là résulte l'idée des « notions autonomes » dans le droit de l'Union<sup>13</sup>. Ce travail se manifeste en outre par la confection de concepts-formules qui agissent comme des blocs argumentatifs dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Ainsi opère, par exemple, la formule de l'entrave aux échanges dans le domaine du marché intérieur<sup>14</sup>. Dans un contexte potentiellement divisé, les formules ont pour fonction d'assurer une certaine stabilité au système conceptuel du droit de l'Union. Elles favorisent l'accord sur les interprétations lorsqu'il y a désaccord entre les parties au litige ou même entre les membres de la Cour sur le raisonnement à adopter ou sur les intérêts à protéger.

Ce dispositif à trois étages n'a au fond qu'un seul but : déconstruire les désaccords ; transcender les différences idéologiques et les conflits politiques, économiques et sociaux qui colonisent le processus d'intégration et que ne cesse d'alimenter, en fait, l'idée même d'un droit de l'intégration ; créer l'illusion d'un nouvel ordre juridique, autonome et stable, porteur d'un ordre socio-économique crédible et cohérent. Il est clair qu'un tel dispositif ne peut fonctionner qu'à la condition qu'existe un accord de base de l'ensemble des participants sur les fins ultimes de l'intégration. Il est nécessaire que les participants – États membres, institutions européennes, organisations de la société civile, groupes sociaux – consentent, en gros et de manière générale, à appliquer le droit de l'Union. Mais il faut plus encore : qu'ils acceptent d'entrer dans un ordre nouveau, qu'ils adhèrent à la réalité socio-économique transformée résultant du travail interprétatif et d'imagination opéré par la Cour de Justice.

Tel fut bien le cas. En dépit des crises, des résistances et de fortes oppositions ponctuelles, il faut admettre que le processus d'intégration a rencontré l'adhésion et les intérêts de ses participants. Cependant, cette période paraît aujourd'hui révolue. L'Union, son projet, ses politiques et son droit sont contestés. L'Union n'a pas perdu son droit – elle ne cesse certes de produire des textes juridiques – mais elle semble avoir perdu le droit et son organe d'interprétation, la Cour de Justice de l'Union, comme point de rencontre, forme de légitimation et facteur de cohésion. Tout se passe comme si il n'y avait plus de culture commune de l'intégration véhiculée par le droit de l'Union, conservée et traduite dans les faits par la communauté des juristes européens, ce milieu fermé et homogène au centre duquel figurait la Cour de Justice de l'Union. La Cour et son droit sont exposés, contestés

<sup>12</sup> Sur ce travail, L. Azoulai, « The Europeanisation of Legal Concepts » in U. Neergaard & R. Nielsen (eds.), *European Legal Method in a Multi-Layered Legal Order*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2012, p. 165-182.

<sup>13</sup> Cf. L. Charbonneau, « Notions autonomes et intégration européenne », *Cahiers de droit européen*, p. 21-75.

<sup>14</sup> Voir notre étude sur « La formule de l'entrave » in L. Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 1-24.

de toutes parts. Les conflits resurgissent et se développent du fait même de la manière d'opérer du droit de l'Union. Conflits de classes et de groupes sociaux : le droit de l'Union crée des gagnants – en petit nombre – et une foule de perdants. Conflits politiques et territoriaux : le droit de l'Union est flexible avec les États du Nord et de l'Ouest de l'Europe tandis qu'il soumettrait les États du Sud ou de l'Est à une discipline excessive. Conflits de valeurs : le droit de l'Union promeut la liberté et l'État de droit mais il tolère les régimes « illibéraux » au sein de l'Union et il manifeste lui-même en certaines de ses politiques une forme d'autoritarisme, assujettissant certains Européens à des régimes d'austérité, recourant à l'égard de certains étrangers à des formes arbitraires de privation de liberté<sup>15</sup>.

Il n'est sans doute pas hasardeux que, dans les travaux des nouveaux sociologues et historiens de l'intégration, l'évolution du droit de l'Union soit revue à la lumière des controverses et des conflits ayant accompagné sa formation<sup>16</sup>. La « dialectique » idéale décrite par Pescatore apparaît prise, en fait, dans un champ agonistique, une lutte d'intérêts et d'acteurs institutionnels intervenant en amont et en aval des décisions prises par la Cour de Justice. Dans son étude du célèbre arrêt Van Gend en Loos, Antoine Vauchez montre que l'arrêt fut précédé de multiples controverses et qu'il fut suivi de nombreuses réinterprétations<sup>17</sup>. Est ainsi déconstruit le mythe d'une décision consensuelle. Est remise en cause l'idée que la conception inscrite dans cet arrêt « était déjà inhérente au système du traité instituant la Communauté »<sup>18</sup>. De fait, cette décision fut le résultat de longues mobilisations et de multiples controverses ; elle fut l'origine de nouvelles luttes d'interprétation.

Pareille approche appelle l'attention sur ce que l'on pourrait appeler une « politique de la controverse ». Elle fait voir l'agitation qui accompagne le cours apparemment continu et stable de la jurisprudence de la Cour de Justice. Elle montre que cette agitation périphérique a eu une influence directe sur les conceptions dégagées par la jurisprudence. Cependant, elle laisse de côté le dispositif épistémologique mis en place par la Cour elle-même pour donner à ces conceptions l'apparence de l'évidence. Or, c'est de là qu'il faut repartir si l'on veut prendre au sérieux l'hypothèse d'une « épistémologie de la controverse » inscrite dans le droit de

<sup>15</sup> Cf. D. Chalmers, M. Jachtenfuchs & C. Joerges, (eds.) *The end of the Eurocrats dream: adjusting to European diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

<sup>16</sup> Du côté des sociologues, voir A. Vauchez, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Presses de Sciences Po, Paris, 2013 ; du côté des historiens, voir M. Rasmussen, « Constructing and Deconstructing European “Constitutional” European Law: Some Reflections on How to Study the History of European Law », in *Europe: The New Legal Realism*, DJØF Publishing, Aarhus, 2010, p. 639-660.

<sup>17</sup> A. Vauchez, « The transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the Making of EU Polity », *European Law Journal*, January 2010, p. 1-28.

<sup>18</sup> P. Pescatore, « Le problème de l'argumentation... », *op. cit.*, p. 152.

l'Union<sup>19</sup>. Prendre cette hypothèse au sérieux, c'est refuser de suivre l'ordre intimé par la Cour de Justice d'envisager sa jurisprudence comme un dispositif ordonné téléologiquement, structuré par une « idée d'œuvre commune » qui s'imposerait sur le mode de l'« inhérence » et dont la Cour voudrait incarner la « conscience »<sup>20</sup>.

## II. Transformation du désaccord et variation de la jurisprudence

Repartons de là : tentons d'explorer la jurisprudence de la Cour de Justice d'un point de vue « non-dialectique ». Essayons de considérer la jurisprudence comme un processus en soi, sans ordre préétabli ni fin extérieure. Comment rendre compte alors de la manière qu'a eue la Cour de traiter les désaccords ? Où se logent les désaccords s'ils ne sont pas immédiatement déconstruits (« dialectisés »), transcendés par une grande idée d'ordre ? Dans le contexte politique du droit de l'Union, la question se pose concrètement de la manière suivante : comment reconnaître et exposer les conflits sans les exacerber ? La réponse est évidente : en les transformant. La jurisprudence de la Cour de Justice peut aussi bien être vue comme une entreprise de transformation des désaccords. Identifier cette opération suppose toutefois d'abandonner la perspective classique centrée sur les méthodes d'interprétation et sur les finalités de l'intégration. Il faut s'émanciper du prisme d'analyse hérité du « pescatorisme ». Il faut renoncer à une image « dialectique » de la jurisprudence. Nous proposons de recourir à un cadre d'analyse qui repose sur l'idée que la jurisprudence recèle des opérations de transformation des désaccords générés par le processus d'intégration et son droit.

Trois sortes d'opérations peuvent être aisément identifiées. Elles apparaissent d'autant plus clairement que le champ des controverses s'est élargi du fait de l'extension du droit de l'Union à des domaines considérés comme sensibles par les États membres et alors que l'autorité de la Cour de Justice est de plus en plus nettement contestée.

1) Une opération de codage. Dans la jurisprudence de la Cour de Justice, le désaccord est encodé. La Cour applique aux cas litigieux des codes dont la caractéristique est d'entrer dans des jeux d'oppositions et de combinaisons. Le code le plus visible est certainement celui des droits subjectifs. Un bon exemple

---

<sup>19</sup> Hypothèse formulée par J.-Y. Chérot dans la présentation du colloque intitulé « La construction de l'accord et du désaccord en droit. L'épistémologie de la controverse dans l'argumentation en droit » (Université Aix-Marseille, 25 novembre 2016).

<sup>20</sup> Cette attribution d'une « conscience juridique » à la Cour de Justice est explicite chez P. Pescatore, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea Ganshof Van der Meersch*, t. II, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1972, p. 325.

est fourni par l'arrêt controversé *Viking Line* rendu en 2007<sup>21</sup>. Cette décision s'analyse comme une opération de conversion d'un conflit réel – un conflit ponctué d'actions syndicales et de luttes sociales – en une opposition de droits subjectifs, un conflit entre la liberté de circuler et le droit à l'action collective. Opération qui a pour vertu de transformer les données du conflit social et, pour ainsi dire, d'en neutraliser la portée de conflictualité réelle. Notons que d'autres codes apparaissent dans cette jurisprudence : code des compétences, code des valeurs ou code des objectifs. Ils sont appliqués en fonction des problèmes qui se posent et des formulations utilisées par les participants au litige. La controverse apparaît lorsque la Cour s'exerce à superposer différents codes dans une même affaire. Cela arrive notamment dans les cas difficiles.

Tels sont les cas où le droit de l'Union est susceptible d'affecter les capacités d'organisation de l'État dans un domaine essentiel de l'intégration sociale ou politique : que ce soit la protection sociale, la fiscalité, la santé publique ou les conditions d'octroi de la nationalité. D'un côté, la Cour veut donner aux individus la possibilité de s'intégrer dans des sociétés européennes qui ne sont pas leur société d'origine. Mais, d'autre part, elle ne peut pas ignorer que les capacités d'intégration des États sont limitées. Pour rendre compte de ce dilemme, qui prend devant son prétoire la forme d'une controverse récurrente, la Cour superpose le langage des droits et celui des compétences. Au stade de l'analyse de l'applicabilité du droit de l'Union, elle établit l'existence d'une compétence de l'État dans le domaine considéré ; mais c'est pour mieux faire prévaloir, au stade suivant de l'application du droit de l'Union, le langage des droits en énonçant que la compétence retenue de l'État doit être exercée dans le respect du droit de l'Union ; enfin, au dernier stade du raisonnement, elle réintroduit la compétence et la capacité de l'État comme justification possible à la limitation des droits découlant du droit de l'Union. Cette superposition des codes se manifeste dans la confection d'une formule qui se déplace et dont les termes se renversent au cours du raisonnement judiciaire. La Cour de Justice affirme dans le même arrêt à la fois ceci : « si le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence retenue des États membres, il n'en reste pas moins que cette compétence doit s'exercer dans le respect du droit de l'Union (c'est-à-dire des droits subjectifs tirés de ce droit) » et cela : « si le droit de l'Union s'applique dans le domaine des compétences retenues de l'État, il n'en reste pas moins que l'application de celui-ci doit respecter l'exercice par l'État de ses compétences souveraines ». <sup>22</sup> Cette opération complexe s'apparente à du « *nesting* », c'est-à-dire à un jeu d'oppositions imbriquées : une même opposition (droits/compétences)

<sup>21</sup> CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, ECLI:EU:C:2007:772.

<sup>22</sup> Sur cette opération au sein de la jurisprudence de la Cour, L. Azoulay, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de Justice de l'Union européenne » in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 341-368.



se répète mais à différents stades du raisonnement et avec un ordre de priorité qui change en cours de raisonnement<sup>23</sup>. Cette approche inscrit le désaccord dans le corps du raisonnement tout en le disloquant. Dans cette jurisprudence, les termes du désaccord sont séparés et on les fait jouer les uns contre les autres selon un ordre variable. Voilà bien encore une forme de déconstruction mais celle-ci, au lieu d'annuler le désaccord, l'assume en le décomposant.

La décision rendue dans l'affaire *Brüstle* présente une autre forme de superposition<sup>24</sup>. Dans cette affaire était en cause un brevet déposé par un chercheur allemand et portant sur des cellules cérébrales produites à partir de cellules souches embryonnaires. Elle posait la question de savoir à partir de quand existe un embryon humain protégé de toute brevetabilité. Il y avait sur ce point une réelle divergence entre les États membres. Cette divergence trouve sa source dans une différence de conception éthique prévalant dans les sociétés européennes, ainsi d'ailleurs que le reconnaît la directive européenne sur la biotechnologie régissant la matière. Dans son arrêt, la Cour de Justice procède en deux temps. Elle prend soin, d'abord, d'annoncer qu'elle réduit la dispute à un pur exercice d'interprétation juridique, refusant de s'engager dans un débat éthique. Cependant, elle introduit ensuite dans l'analyse deux plans distincts, correspondant aux deux codes structurant la controverse : d'un côté, elle s'appuie sur l'objectif d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur pour établir que la définition de l'embryon relève de sa compétence interprétative ; d'un autre côté, elle superpose à cet objectif une référence à la valeur du respect de la dignité humaine pour justifier la définition retenue de la notion d'embryon. Ce jeu entre le code de l'objectif et le code de la valeur permet en fait de montrer la controverse, de l'exhiber dans le corps du raisonnement, tout en la vidant de sa charge conflictuelle, le temps du moins d'une décision individuelle.

2) Une opération de contextualisation. Dans de nombreux cas, la Cour de Justice inscrit le désaccord dans le cadre d'un raisonnement par cas, tenant compte du contexte<sup>25</sup>. Concrètement, cela prend la forme d'un jeu entre la règle, l'exception à la règle et les limites posées à l'exception (des « contre-limites » par rapport à la règle). Soit par exemple la règle suivant laquelle les États membres sont soumis à une obligation de ne point discriminer en fonction de la nationalité dans les situations couvertes par les libertés de circulation. Le droit de l'Union donne en général aux États membres la possibilité de s'exempter de l'application de cette règle en invoquant contre elle une justification fondée sur un motif d'ordre public ou de politique publique. Or, dans sa jurisprudence, la Cour de Justice ne s'en tient pas à

<sup>23</sup> Sur le nesting, voir D. Kennedy, « A Semiotics of Legal Argument », *Collected Courses of the Academy of European Law, Academy of European Law*, Kluwer, 1994, vol.2, p. 344.

<sup>24</sup> CJUE, 18 octobre 2011, *Brüstle*, ECLI:EU:C:2011:669.

<sup>25</sup> Cf. P. Livet, « Les diverses formes de raisonnement par cas », in J.-C. Passeron et J. Revel, *Penser par cas*, Ed. de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 2005, p. 229-254.

cela. Elle ajoute une séquence à la structure règle/exception déposée dans les traités et la législation en introduisant une analyse de la proportionnalité de la mesure nationale invoquée au titre de l'exception à la règle. Par là, elle se donne la possibilité de tenir compte d'informations liées au contexte de l'application du droit de l'Union de façon à provoquer, depuis l'espace d'une exception qui semble a priori fondée, un retour à la règle. Techniquement, il s'agit d'une forme sophistiquée de « défaitsabilité » introduite dans le raisonnement du juge<sup>26</sup>.

Cette opération est très présente dans le domaine controversé du droit de la citoyenneté de l'Union. Dans ce domaine, la règle est celle de l'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants des autres États membres dans tous les aspects de la vie économique et sociale. Cette règle est assortie de limitations : il est possible de s'opposer à son application au cas où il en résulterait une charge déraisonnable pour l'État membre d'accueil. La Cour de Justice admet qu'il est légitime de paralyser les droits de la citoyenneté en cas notamment de risque pour la structure sociale de l'État. Il faut éviter que l'extension des avantages sociaux ou fiscaux prescrite par le règle de la citoyenneté de l'Union ne conduise à mettre en péril le niveau global des prestations octroyées par l'État sur une base territoriale. Cependant, la Cour a décidé de soumettre cette limitation à une condition supplémentaire, non prévue par les textes : elle demande aux autorités des États membres de tenir compte en tout état de cause des circonstances particulières de la situation individuelle concernée. Cela signifie qu'elle n'exclut pas qu'il puisse y avoir des éléments factuels liés au contexte qui justifient de réserver au citoyen européen concerné un traitement spécifique, sous la forme d'une protection équitable. Ces éléments consistent notamment en l'existence de « liens réels » avec la société d'accueil, un certain degré d'intégration attesté par un lien familial, une attache professionnelle voire même une simple présence durable sur le territoire national<sup>27</sup>. Ainsi, même si, en général, il y a des raisons légitimes de différencier entre nationaux et les autres citoyens de l'Union, il reste qu'il peut y avoir des raisons particulières de corriger cette logique aboutissant à exclure les citoyens de l'Union du cercle des personnes protégées.

À vrai dire, la construction est plus complexe encore : car l'opérateur de correction utilisé par la Cour apparaît lui-même ambivalent. En certains cas, la référence au degré d'intégration prendra une coloration différente, de nature morale, dénotant une situation de non-respect des valeurs de la société nationale d'accueil<sup>28</sup>. En ce cas, une nouvelle dynamique d'activation de l'exception à la

<sup>26</sup> Cf. M. Carpentier, *Norme et exception. Essai sur la défaitsabilité en droit*, Fondation Varennes, Paris, 2014; J. F. Beltran & G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essay on Defeasibility*, Oxford University Press, 2012.

<sup>27</sup> Pour une illustration typique voir CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, ECLI:EU:C:2004:488.

<sup>28</sup> Sur ce point, L. Azoulai, « The (Mis)Construction of the European Individual. Two Essays on Union Citizenship Law, EUI Working Paper LAW 2014/14 - <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/33293>

règle sera mise en œuvre : les droits de la citoyenneté de l'Union seront écartés au profit de la mesure nationale, qui sera confirmée.

Ce qui apparaît ainsi est un processus argumentatif ponctué de possibles révisions. Ces révisions jouent tantôt en faveur de la protection des citoyens de l'Union, tantôt en faveur de la protection des positions restrictives des États membres.

3) Une opération de délocalisation. Cette opération épouse le même double mouvement contradictoire d'une dramatisation et d'une neutralisation de la controverse. Elle consiste à délocaliser l'espace du jugement et de l'interprétation vers un forum extérieur, cependant intimement lié à celui de la jurisprudence de la Cour de Justice : ce peut être le législateur national ou le juge national. Dans certains cas, la Cour de Justice reconnaît ainsi que les autorités nationales sont mieux placées pour décider de l'arbitrage à opérer entre la règle et l'exception. Cela passe par l'octroi d'une marge nationale d'appréciation<sup>29</sup>. Cependant, le transfert du pouvoir d'interprétation est lui-même plus ou moins encadré : un jeu s'instaure entre le transfert de pouvoir et l'encadrement de ce pouvoir par le rappel des conditions ou des paramètres qui s'imposent à l'appréciation effectuée par les autorités nationales<sup>30</sup>. Ce jeu de délocalisation/relocalisation du litige est une manière de permettre aux différentes parties prenantes de prendre part à la controverse, sous le contrôle de la Cour de Justice.

Prises ensemble, ces trois opérations dessinent un tableau où la Cour de Justice fait une place au désaccord mais sur un mode particulier : le mode de la transformation. Il faut faire un pas de plus cependant si l'on veut bien saisir le traitement jurisprudentiel du désaccord : envisager ces opérations à l'échelle de la jurisprudence prise dans son ensemble. De fait, la jurisprudence varie, et c'est dans cette variation que se déploie le désaccord. Il est clair que cette manière d'opérer offre à la Cour une grande flexibilité d'action : il lui donne la possibilité de réévaluer ses solutions. D'une affaire à l'autre, les codes sont susceptibles d'être renversés, la contextualisation pourra ou non être opérée, et il y aura la possibilité de délocaliser. Une bonne illustration de cette flexibilité se trouve dans le domaine de l'accès des étudiants aux universités situées dans d'autres États membres. En 2005, lorsqu'elle est saisie du problème, la Cour rend un arrêt *Commission c/ Autriche* dans lequel elle fait clairement prévaloir la grammaire des droits subjectifs<sup>31</sup>. D'une part, elle impose à l'Autriche un standard de preuve extrêmement exigeant en vue de s'opposer à la jouissance des droits conférés

<sup>29</sup> Une étude en détail de cette technique est fournie par J. Zgliniski, *Europe's Passive Virtues: The Margin of Appreciation in EU Free Movement Law*, Thèse en droit de l'Institut universitaire européen, 2016.

<sup>30</sup> En ce sens, J. Porta, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, LGDJ, 2007 (2 tomes).

<sup>31</sup> CJCE, 7 juillet 2005, *Commission c. Autriche*, ECLI:EU:C:2005:427.

aux étudiants. D'autre part, elle fait preuve d'une totale indifférence à l'égard des conséquences probables engendrées par l'ouverture du système d'enseignement supérieur aux étudiants d'autres États membres. Ce jugement a soulevé une vague de protestations<sup>32</sup>. En 2010, saisie du même problème dans une affaire *Bressol* concernant la Belgique, elle décide de corriger son jugement.<sup>33</sup> D'une part, elle introduit une référence à la compétence de l'État en matière d'éducation et en matière de santé publique (était en cause l'accès aux études de médecine) pour s'opposer à la force des droits subjectifs. D'autre part, elle fait référence au contexte et aux répercussions négatives qui pourraient découler de l'ouverture indiscriminée du système éducatif. Enfin, elle opère un décentrement de l'appréciation vers le juge national. Il résulte de cet ensemble de déplacements que, dans ce domaine, l'exception à la jouissance des droits de la citoyenneté est rendue « non-exceptionnelle ». Jouant avec les opérateurs de transformation, la Cour est pratiquement parvenue à convertir l'exception en règle ordinaire.

C'est la mise en rapport de ces deux décisions qui fait apparaître le désaccord dans toute son extension. Peut-être devrait-on dire que le désaccord n'est pas à proprement parler une propriété des arrêts de la Cour ; c'est plutôt une propriété de sa jurisprudence en tant qu'elle repose sur une série d'opérations créant la possibilité d'une variation. Il s'en suit assurément une certaine insécurité quant au résultat du délibéré de la Cour dans une affaire déterminée ; mais il en résulte également un certain équilibre dans la confection et la perception du processus d'intégration.

Pour que ce dispositif fonctionne et se maintienne, il faut supposer une certaine confiance placée dans le processus jurisprudentiel. Si l'accord sur les fins de l'intégration n'est plus absolument exigé, du moins un sentiment d'appartenance à un ensemble commun de la part des parties prenantes est-il requis. Seul un tel sentiment rend possible le partage des codes et le jeu des révisions successives. Or, il est possible d'interpréter la crise actuelle de l'Union européenne comme une crise du sentiment d'appartenance. L'extension considérable du nombre de participants au processus d'intégration, du fait de l'intervention des opinions publiques, et la montée de la contestation radicale de l'Union ont pour résultat que la Cour est beaucoup plus exposée qu'elle ne l'était auparavant. Loin d'être confinée à un groupe d'agents mobilisés et acculturés, la controverse portée à la Cour devient publique et elle se développe librement. Ne pèsent plus sur elle les codes de la jurisprudence.

<sup>32</sup> Voir D. Damjanovic, « “Reserved Areas” of the Member States and the ECJ: The Case of Higher Education », in H.-W. Micklitz & B. De Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, p. 149-174.

<sup>33</sup> CJCE, 13 avril 2010, *Bressol*, ECLI:EU:C:2010:181.

### III. Le désaccord en droit et dans la crise

Comment la crise affecte-t-elle la jurisprudence? Signe-t-elle la fin d'un certain mode de traitement du désaccord? Il paraît difficile de répondre à ces questions. Nous manquons du recul nécessaire. Contentons-nous donc d'examiner deux cas critiques liés à la crise actuelle de l'Union.

Le premier cas concerne la citoyenneté de l'Union et la solidarité sociale. Par sa jurisprudence développée à partir de la fin des années 90, la Cour a créé une obligation pour les États membres d'étendre leurs dispositifs de redistribution sociale aux citoyens de l'Union ressortissants des autres États membres, y compris lorsque ceux-ci se présentent comme des individus sans activité économique et donc sans valeur contributive pour l'État d'accueil. Cette jurisprudence a été virulemment attaquée par plusieurs leaders politiques européens dans le contexte de la crise économique. Ces attaques ont provoqué un débat sur la nature et les limites de la justice sociale à l'échelle de l'Union européenne. En novembre 2014, dans un arrêt *Dano*, la Cour donne un nouvel écho à ce débat<sup>34</sup>. L'affaire concerne une ressortissante roumaine résidant en Allemagne et demandant le bénéfice de l'aide sociale. Or, pour répondre à la question posée par la juridiction allemande, la Cour opère un changement d'approche. D'abord, la situation de Mme Dano est rapportée à un seul objectif inscrit dans le droit de l'Union: la nécessité de protéger les finances publiques des États membres. Telle est l'unique ratio gouvernant la controverse. Le jeu classique des termes opposés (protection des compétences et des prérogatives de l'États/protection des droits individuels) disparaît de l'analyse. Ensuite, l'exigence de tenir compte de la situation individuelle de la personne concernée n'est pas mentionnée. Selon la Cour, la directive européenne applicable en l'espèce aurait déjà pris garde des situations individuelles. Cela n'est rien d'autre qu'un abandon du raisonnement par cas lié au contexte. Le résultat de cette analyse, c'est une décision défavorable aux citoyens de l'Union placés dans la situation de Mme Dano. Du point de vue épistémologique, cette décision aboutit à la création d'une ligne claire de partage entre les situations individuelles couvertes et protégées par le droit de l'Union et les situations individuelles exclues du champ de la protection de ce droit. Le sort des citoyens européens démunis placés dans la situation de Mme Dano est renvoyé à l'entière discrétion des autorités nationales. La dynamique de la variation cède au profit d'un principe de distinction tranchée. Que cette décision ait pu être saluée au nom de la sécurité juridique n'est dès lors guère surprenant.

L'autre cas intéressant est la décision *Gauweiler* rendue en juin 2015<sup>35</sup>. Le contexte est celui de la crise de la zone euro et de l'annonce très convertée du programme de la Banque centrale européenne en matière d'achat d'obligations

<sup>34</sup> CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358.

<sup>35</sup> ECJ, 16 juin 2015, *Gauweiler e.a.*, ECLI:EU:C:2015:400.

souveraines sur les marchés secondaires. Ce cas est critique à un double titre. En premier lieu, est en cause ce que l'avocat général concluant dans cette affaire appelle « une rupture du pacte constitutionnel » européen. Il fait là référence à la rupture alléguée par les parties avec la constitution économique de l'Union qui interdit de venir en aide aux États membres en difficulté. En second lieu, l'affaire soulève, selon les mots de l'avocat général, « une difficulté fonctionnelle », à savoir le fait que la Cour constitutionnelle allemande qui s'adresse à la Cour de Justice assortit ses questions d'un avertissement: en tout état de cause, elle ne s'estimera qu'en partie liée par le jugement de la Cour de Justice, prévient-elle, se réservant le droit de sauvegarder dans sa décision finale l'identité constitutionnelle de la République fédérale dont elle s'estime l'interprète authentique et le garant. Ce faisant, la Cour constitutionnelle remet en cause l'une des conditions du pacte d'appartenance à l'Union, l'obligation de loyauté à l'égard de l'autorité de la Cour de Justice. À cette double mise en garde, la Cour répond de la même façon. Elle trace à nouveau des lignes de partage, délimitant les aires de compétences. D'un côté, elle rappelle qu'il y a une « nette séparation des fonctions » entre les juridictions nationales et la Cour de Justice: celle-ci est seule habilitée à se prononcer sur la validité du programme de la BCE. De l'autre, elle établit une claire délimitation des domaines de compétences entre les États membres et l'Union dont la BCE est l'un des organes majeurs: ce programme relève bien de la politique monétaire, compétence exclusive de l'Union, et il ne tombe donc pas sous le coup de l'interdiction énoncée au titre du volet économique de l'Union économique et monétaire. Ce qui serait en jeu, c'est l'objectif de stabilité des prix et c'est la stabilité de la zone euro, éléments constitutifs de l'identité de l'Union.

Il est difficile de tirer des conclusions générales de deux cas isolés et aussi différents. Il apparaît cependant que se dessine, dans cette jurisprudence de crise, une forme de raisonnement distincte de celle qui prévaut dans le reste de la jurisprudence. Dans cette dernière, nous avons décelé l'existence d'une logique du désaccord laissant place à des solutions variées, dépendant du contexte et toutes inscrites dans un cadre borné par le souci de maintenir un équilibre dans le processus d'intégration. Dans la jurisprudence de crise domine au contraire la volonté de tracer des lignes de démarcation, des frontières entre sphères d'activité et autorités distinctes, aboutissant à une forme de conflit d'identités. C'est là sans doute une autre manière de faire droit au désaccord. Si elle garantit l'expression du désaccord, elle ne protège pas toutefois contre les risques de déséquilibre et de rupture dans le processus d'intégration.