



**SERVICE COMMERCIAL: PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE**

29, Avenue Robert Schuman – 13621 Aix-en-Provence Cedex 1

Tél. : 04. 13. 55. 31. 31 – puam@univ-amu.fr

*ABONNEMENT: 5 numéros par an - Tarif 2016*

Abonnement France: 185 € – Abonnement Étranger: 220 €

Numéro France et Étranger: 45 €

Chèque à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille  
CB-0000100606779 TRESOR PUBLIC - IBAN-FR7610071130000000100606779  
BIC: BDFEFRPPXXX

La Direction de la *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif* et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade – titre – affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE**

**DROIT PROSPECTIF**

**2016-5 N° spécial**

Abréviation de référence: RRJ

N. XLI - 165 (41<sup>e</sup> année – 165<sup>e</sup> numéro)  
(5 numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - PUAM



## **COMITÉ DE PATRONAGE**

---

M. Paul AMSELEK	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur émérite de l'Université de Paris I
M. Pierre CATALA (†)	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Philippe DELEBECQUE	Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
M. Roland DRAGO (†)	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Maurice FLORY	Professeur honoraire à l'Université d'Aix-Marseille
M. Michel LESAGE	Professeur émérite de l'Université Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (CNRS)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. Christian LOUIT	Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille
M. Alain SÉRIAUX	Professeur à l'Université de Perpignan
M. François TERRÉ	Professeur émérite de l'Université Paris II

\*

## **COMITÉ DE LECTURE**

---

J. -C. RICCI	J. MESTRE
J. -L. BERGEL	J. -L. MESTRE
A. BUGADA	J. -M. PONTIER
J. -Y. CHÉROT	E. PUTMAN
I. BARRIÈRE-BROUSSE	U. NGAMPIO
PH. BONFILS	G. LARDEUX

## **ÉQUIPE DE RÉDACTION**

---

J.-L. MESTRE  
J. MESTRE  
J.-CL. RICCI



**CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE**

**– N° 30 –**

**LA CONSTRUCTION DE L'ACCORD  
ET DU DÉSACCORD EN DROIT**

**MÉTHODES ET ÉPISTÉMOLOGIE DU DÉSACCORD**

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité  
de M. le professeur Jean-Yves CHÉROT



## LISTE DES CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

---

Volumes I et II	RRJ 1986-4
<i>Les définitions dans la loi et les textes réglementaires</i>	et 1987-4
VOLUME III	RRJ 1988-4
<i>Les standards dans les divers systèmes juridiques</i>	
VOLUME IV	RRJ 1989-4
<i>Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs</i>	
VOLUME V	RRJ 1990-4
<i>Regards sur la méthodologie juridique</i>	
VOLUME VI	RRJ 1991-4
<i>Méthodes d'intégration du droit communautaire au droit Français</i>	
VOLUME VII	RRJ 1992-4
<i>Modes de réalisation du droit</i>	
VOLUME VIII	RRJ 1993-4
<i>Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques</i>	
VOLUME IX	RRJ 1994-4
<i>L'évaluation législative</i>	
VOLUME X	RRJ 1995-4
<i>Analogie et méthodologie juridique</i>	
VOLUME XI	RRJ 1996-4
<i>Méthodologie de la recherche juridique</i>	
VOLUME XII	RRJ 1997-4
<i>Législation par référence</i>	

- |  |            |
|--|------------|
| Volume XIII  | RRJ 1998-4 |
| <i>Méthodes comparées de l'enseignement du Droit en France et à l'étranger</i>   |            |
| Volume XIV   | RRJ 1999-5 |
| <i>Les dispositions transitoires</i>   |            |
| Volume XV  | RRJ 2000-5 |
| <i>Méthodologie juridictionnelle<br/>La modélisation des actes de procédure et des décisions de justice</i>                                    |            |
| Volume XVI   | RRJ 2001-5 |
| <i>Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative</i>   |            |
| Volume XVII  | RRJ 2002-5 |
| <i>Justice et qualité</i>  |            |
| Volume XVIII   | RRJ 2003-5 |
| <i>Les procédures d'urgence en matière judiciaire et administrative</i>  |            |
| Volume XIX   | RRJ 2004-5 |
| <i>Méthodes du Code Civil: pérennité et évolutivité<br/>Les secrets d'un bicentenaire</i>  |            |
| Volume XX  | RRJ 2005-5 |
| <i>Rétrospective et perspectives de recherche en Méthodologie Juridique. Les 20 ans de l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille</i> |            |
| Volume XXI   | RRJ 2006-5 |
| <i>Nouvelles méthodes d'accès et diffusion informatique du droit</i>   |            |
| Volume XXII  | RRJ 2008-5 |
| <i>L'analyse économique du droit.<br/>Autour d'Ejan Mackaay</i>  |            |

---

Volume XXIII <i>L'émergence d'une culture judiciaire européenne</i>	RRJ 2009-5
Volume XXIV <i>Globalisation du droit et professions juridiques</i>	RRJ 2010-5
Volume XXV <i>Les normes privées internationales</i>	RRJ 2011-5
Volume XXVI <i>Les concepts en droit : usages et identité</i>	RRJ 2012-5
Volume XXVII <i>La pensée de Paul Amselek</i>	RRJ 2013-5
Volume XXVIII <i>L'évolution et la révision des concepts juridiques</i>	RRJ 2014-5
Volume XXIX <i>Le désaccord en droit. Nouveaux regards sur l'argumentation en droit</i>	RRJ 2015-5
Volume XXX <i>La construction de l'accord et du désaccord en droit Méthodes et épistémologie du désaccord</i>	RRJ 2016-5



## TABLE DES MATIÈRES

---

### **Avant-propos**

*Les méthodes de construction de l'accord et du désaccord par les juges*

Jean-Yves CHÉROT..... 1883

### **Éloge de la théorie**

Jean-Yves CHÉROT..... 1891

### **Le désaccord sur le concept de retenue judiciaire devant la Cour suprême**

Idris FASSASSI ..... 1909

### **Culture de l'argumentation et déconstruction du désaccord dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne**

Loïc AZOULAI ..... 1935

### **Réflexion sur la narration judiciaire dans les jugements de la Cour suprême du Canada**

Mathieu DEVINAT ..... 1949

### **L'objectivité du droit dans les cas de désaccord persistant sur le droit entre juges**

Frédéric ROUVIÈRE..... 1959

### **Confusion de concepts, concepts essentiellement contestés et définition**

Stefan GOLTZBERG ..... 1979

### **En marche derrière Hart...**

*Retour sur les désaccords générés par l'imprécision terminologique des textes normatifs*

Franck HAID ..... 1989

### **Les communautés interprétatives et la liberté constitutionnelle française d'entreprendre**

Olivier THOLOZAN..... 2003

### *VARIA*

### **À quoi sert le droit?... à compter jusqu'à trois**

François OST..... 2023

**Table générale de l'année 2016** ..... 2067



## AVANT-PROPOS

---

### LES MÉTHODES DE CONSTRUCTION DE L'ACCORD ET DU DÉSACCORD PAR LES JUGES

Jean-Yves CHÉROT

*Aix Marseille Université, Laboratoire de théorie du droit (LTD)*

Un schéma trop simple qui se contenterait de rappeler que le juge répond aux désaccords en droit portés devant lui par les parties en disant le droit, en ayant ainsi renvoyé l'une des parties (ou les deux) à son (leur) erreur(s) manquerait d'être suffisant pour comprendre les enjeux du désaccord en droit. On ne peut s'arrêter à cette expression – dire le droit – et à ce qu'elle donne à penser, que la réponse du juge est celle qui vient, non seulement apaiser le litige, mais aussi distinguer entre les thèses sur le droit, celle d'une partie ou celles des deux parties (car l'erreur peut être plurielle) qui sont erronées et celle (une seule!) qui est ou serait exacte.

Le traitement du désaccord est bien plus complexe que cette présentation ne le suggère, y compris parce que le traitement du désaccord peut, dans certains cas du moins, dans des cas peut-être peu nombreux mais significatifs, emporter un désaccord entre les juges sans qu'il puisse être pensé que les uns seraient dans l'erreur et que les autres (ceux qui seraient dans la majorité?) auraient raison.

Les désaccords portés devant le juge par les parties à un litige ne sont pas seulement des désaccords d'intérêts limités aux parties, à des intérêts privés; ils reflètent aussi, de façon plus ou moins fréquente selon les contentieux, des conflits d'intérêts et de valeur assez profonds au sein même de la société pour se présenter aussi sous la forme de désaccords sur les droits et cela a été facilité et peut-être profondément modifié par le processus de constitutionnalisation, c'est-à-dire par un processus à la fois de transformation de nombreuses questions de droit en questions de droit constitutionnel et l'aptitude toute particulière des questions de droit constitutionnel à intégrer les débats de politiques, d'éthique et de justice. Ce facteur se retrouve naturellement développé dans le système juridique de l'Union européenne et dans l'internationalisation judiciaire des droits de l'homme. Une partie des désaccords sur le droit porté par les parties est ainsi le reflet du « fait du pluralisme » ou du « fait de la diversité » dans la société, notamment dans les conceptions sur le bien, ou encore, ce qui est différent, dans les conceptions sur ce qui est juste et se retrouvent ainsi, parfois, dans des désaccords sur le droit entre les juges. Le désaccord sur le droit est ainsi un point d'entrée extrêmement important du point de vue de la politique, de la philosophie morale et de l'éthique.

Le droit n'a-t-il pas pourtant précisément pour but de laisser à la porte les différentes conceptions du bien à l'appréciation personnelle de chacun, la politique et le droit devant dans une société libérale ne pas intervenir dans les conceptions de la bonne vie qui appartiennent à chacun de nous ? Mais c'est bien une question controversée d'être en mesure de dire dans de nombreux cas problématiques les enjeux de la démocratie libérale. Les questions de droit portées devant les juges n'ont-elles pas vocation à laisser à la porte les questions de justice relevant, surtout dans une société plurale, de la compétence des parlements ? D'ailleurs, le désaccord dont nous parlons et porté devant les juges est-il encore un désaccord *sur* le droit, dès lors que l'on peut précisément penser que, dans ces cas, le droit n'est pas encore déterminé ? Mais cette dernière question est plus théorique que pratique, car, de fait, ces désaccords sont portés devant les juges et la question est de savoir comment ils les tranchent. Le désaccord porté devant les juges peut alors révéler, un autre type de désaccord, dans une autre controverse, celle qui porte avec plus ou moins d'intensité, selon les moments et selon les systèmes ou ordres juridiques, sur la légitimité des juges à trancher certains désaccords en empiétant sur l'appréciation de ce qui a été déjà ou qui n'a pas été encore décidé par le législateur ou par le gouvernement.

L'un des points d'entrée est de regarder l'argumentation des juges, leurs décisions et leurs méthodes comme un champ clef aussi bien dans la construction de l'accord que de la construction du désaccord dans nos sociétés. C'était l'objet du colloque organisé par le Laboratoire de théorie du droit qui s'est tenu à la Faculté de droit d'Aix-Marseille le 26 novembre 2016 de montrer que la construction de l'accord et du désaccord au sein des cours de justice pouvait et devrait être un thème central à la fois dans l'analyse du raisonnement et de l'argumentation juridiques, de l'institution de la justice et dans la théorie de la démocratie délibérative.

La construction de l'accord est naturellement recherchée par les juges, mais c'est là un rôle qui est loin d'être banal, non seulement parce qu'il est parfois difficile mais aussi dans ce qu'il révèle des méthodes pour y parvenir, de leur évolution et parfois de leur échec ou tout simplement de leur caractère problématique ou encore contesté.

La construction de l'accord se poursuit parfois en cas de trop fort désaccord par le recours à ce qu'on appelle et que le juge lui-même appelle la « marge d'appréciation ». Cette méthode n'est pas réservée à ce que la CEDH appelle la marge nationale d'appréciation, mais se retrouve aussi, ce qui est souvent moins remarqué, dans la politique jurisprudentielle de la Cour de Justice de l'Union européenne. L'accord se construit aussi devant le juge national en laissant une marge d'appréciation, on pense notamment au juge de constitutionnalité de la loi, au législateur. Il se construit encore avec le déplacement de l'évaluation de la correction (constitutionnalité, conventionalité) de la loi elle-même vers l'évaluation, moins

problématique pour l'équilibre entre juge et législateur, des cas d'application de la loi, avec un mode de raisonnement par cas et ainsi avec le développement de la prise en considération d'exceptions<sup>1</sup>.

Naturellement, on ne peut pas ignorer non plus le fait que la construction de l'accord par les juges passe encore par la construction de compromis, par recoupement entre leurs opinions divergentes sur le droit, dans le choix de la décision comme dans la présentation des raisons et justification de la décision, un compromis permis par le recours à des théories de moyenne portée, des « arguments incomplètement théorisés »<sup>2</sup>. Il s'agit de rien de moins que de l'exercice par les juges de leur responsabilité de rendre une décision dans des délais raisonnables et parfois de leur responsabilité dans la recherche de l'apaisement de conflits trop violents dans une société. L'un des meilleurs exemples de l'exercice de cette responsabilité est encore la construction d'une décision unanime des juges de la Cour suprême des États-Unis par un compromis dans la très célèbre l'affaire *Brown v. Board of Education* jugé en 1954.

La Cour de Justice de l'Union européenne a construit dès l'origine une méthode originale et parmi les plus efficaces de construction de l'accord dans un ordre juridique pourtant fait pour susciter des conflits territoriaux et politiques entre États et des conflits d'intérêts et de valeurs entre des groupes sociaux gagnants et perdants. Cette méthode a consisté, comme le montre Loïc Azoulai, à déconstruire les désaccords sur le droit nés de ces conflits en cherchant à dépasser ce que Pierre Pescatore dénonçait comme un « schéma de pensée dichotomique » et à mettre en scène le système général de valeurs à l'intérieur duquel les problèmes juridiques, et les conflits qui allaient avec, devaient être posés, en se fondant « sur le fait que les normes du droit de l'Union ne prennent sens que sur le fond du cadre institutionnel et axiologique qui a déterminé leur production » (Loïc Azoulai, « Culture de l'argumentation et déconstruction du désaccord dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne »).

Mais ces méthodes de construction de l'accord sont fragiles. Nous parlions à peine quelques lignes plus haut d'une méthode de construction de l'accord par le recours des juges à une certaine retenue dans le contrôle de l'appréciation du législateur. Mais il n'y a pas d'accord, non seulement sur la question de la déférence que doivent des juges envers le législatif et même envers l'exécutif dans certains cas, mais encore, pas plus, pour reconnaître ce que seraient les critères de la retenue

<sup>1</sup> La règle n'est pas déclarée inconstitutionnelle ou non conventionnelles, mais elle est « défaite » dans tel ou tel cas parce qu'elle serait si elle était appliquée dans ces cas, profondément injuste, ou absurde ou encore disproportionnée. Le traitement du désaccord peut ainsi être mis en relation avec la théorie de la défaisabilité. Sur la théorie de la défaisabilité, V. M. Carpentier, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut universitaire Varenne, 2014.

<sup>2</sup> Pour reprendre l'expression de C. Sunstein, « Incompletely Theorized Agreements », in *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford U.P., 1996, p. 35 s.

ou de la réserve judiciaire à l'égard des décisions politiques du législateur ou de l'exécutif, dès lors que, comme le montre le rapport d'Idris Fassassi, quelle que soit la décision des juges, leur attitude peut être, selon le point de vue subjectif auquel on se place, regardée comme activiste ou passiviste et que les méthodes même revendiquant une approche respectueuse de l'intention du législateur, comme l'originalisme, peuvent devenir des instruments d'empiètement à l'endroit des choix du politique (Idris Fassassi, « Le désaccord sur le concept de retenu judiciaire devant la Cour suprême des États-Unis »). Le déplacement du contrôle de la règle vers un contrôle par cas, notamment dans l'exercice du raisonnement de proportionnalité, peut aussi être le lieu de nouvelles formulations du désaccord non seulement entre les parties mais aussi entre les juges, cette méthode multipliant les possibilités de « narration » des faits comme de la question de droit dans la recherche de la balance entre des intérêts à l'occasion de l'application à un cas complexe de la loi. Ainsi, comme le note Mathieu Devinat, qui en donne un exemple parfait dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, le cas litigieux causé par la construction d'un dispositif religieux sur un balcon dans une copropriété relève pour les juges de la majorité du « respect des minorités religieuses qui est une des caractéristiques essentielles d'une démocratie moderne » alors que les juges qui rédigent l'opinion dissidente y voient une affaire mettant en cause des parties privées dans une copropriété, qui pose la difficile conciliation de la liberté de religions des uns et du droit des autres à la propriété privée, à la sécurité et au respect des contrats » (voir le rapport de Mathieu Devinat, « Réflexions sur la narration judiciaire dans les jugements de la Cour suprême du Canada » qui propose bien d'autres exemples illustrant aussi ce point).

La méthode de la Cour de Justice de l'Union européenne n'échappe pas non plus à ses propres limites. Elle a bien jusqu'à peu poursuivi ses objectifs en créant « l'illusion d'un nouvel ordre juridique, autonome et stable, porteur d'un ordre socio-économique crédible et cohérent », écrit Loïc Azoulay (article précité), par son action consistant à « déconstruire les désaccords, transcender les différences idéologiques et les conflits politiques, économiques et sociaux qui colonisent le processus d'intégration » « Tel fut bien le cas », rappelle Loïc Azoulay. Car « 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 » et « la dialectique idéale décrite par Pierre Pescatore apparaît prise dans un champ agonistique, une lutte d'intérêts et d'acteurs institutionnels intervenant en amont et en aval ». Renversant le point de vue et explorant « la jurisprudence de la Cour de Justice d'un point de vue non-dialectique », Loïc Azoulay découvre alors, sous jacentes à la grande théorie dialectique, les méthodes tout à fait différentes non de « déconstruction » mais de « transformation » des désaccords et permettant

d'observer des « opérations de codage, de contextualisation et de délocalisation », des méthodes de traitement du désaccord partagées avec d'autres juridictions.

Aussi bien les juges participent aussi à la construction du désaccord. Construction du désaccord parfois nécessaire pour respecter la nature même de l'argumentation ascendante et nécessaire encore lorsqu'il s'agit de regarder, avec Rawls ou encore avec Dworkin, les juges comme des participants utiles au forum des principes » dans une société qui assure l'égalité de considération et respect à chacun de ses membres (voir le rapport de Jean-Yves Chérot, « Éloge de la théorie »), et encore nécessaire à travers le respect du *dissent* qui reste un des instruments marquant de toute société libérale et ouverte en ce qu'il alerte, contre la majorité, sur ce qui peut avoir été oublié, sur ce qui est injuste, sur des erreurs, et peut annoncer les solutions de demain. L'opinion dissidente, libérée de la nécessité de chercher l'accord, peut librement déployer toutes les potentialités d'une argumentation juridique ascendante, à la Dworkin, ce qu'il est plus difficile de proposer pour le juge qui rédige l'opinion majoritaire sur laquelle il doit chercher à rassembler. Mais notons aussi que le développement des opinions dissidentes et des opinions concurrentes pourrait aussi finir par libérer l'argumentation de l'opinion du juge qui rédige pour la majorité et conduire à rendre plus difficile la construction d'un accord dans une culture juridique donnée.

On ne discute pas, dans ce cadre d'une épistémologie du désaccord en droit, la question de savoir si les décisions, les choix, des raisons et les justifications données par les juges à leurs décisions relèvent de l'ordre de la connaissance ou de la volonté. Il y a manifestement là des choses qui relèvent à la fois de la croyance (*belief*) et des attitudes et qui fonctionnent de façon complexe, les croyances, qui peuvent être discutées rationnellement, pouvant aussi conduire à modifier les attitudes<sup>3</sup>. Si on fait renvoi ici, de façon malheureusement trop elliptique à l'épistémologie générale du désaccord<sup>4</sup>, on doit considérer que le désaccord entre juges sur le droit, quand il existe, n'est ni seulement un désaccord apparent ou inauthentique (un désaccord qui viendrait de ce que le contexte qui permettrait de rendre compte du désaccord renverrait exclusivement aux attitudes subjectives des uns et des autres), ni, non plus, du moins pas toujours, le résultat d'une erreur sur le droit. Ces désaccords relèveraient, au moins pour certains d'entre eux, de ce que certains

<sup>3</sup> V. C. L. Stevenson, « The Nature of Ethical Disagreement », réédité in S. Mac Cahn, *Exploring Philosophy*, OUP, 2009, p. 70 s.

<sup>4</sup> L'importante « épistémologie du désaccord » ne cesse de se développer: V. les indications de C. Tiercelin, « Épistémologie du désaccord », *La Lettre du Collège de France*, n° 32; V. aussi notamment D. Plunkett, T. Sundell, « Disagreement and the Semantic of Normative and Evaluative Terms », *Philosophers' Imprint*, vol. 13, n° 23, December 2013, p. 1-37. L'épistémologie du désaccord fournit des instruments utiles de réflexion sur le raisonnement en droit: V. notamment A. Kristan & G. Pravato, « Faultless Disagreement in Matters of Law », *Harvard Graduate Legal Philosophy Colloquium*, 2014 (à consulter sur [www.academia.edu](http://www.academia.edu)).

épistémologues appellent un *faultless disagreement*, un désaccord mais authentique, rationnel et raisonnable à la fois et qui pourrait être persistant.

Mais dans quel cadre comprendre l'utilisation ici, en droit, de cette théorie du *faultless disagreement*, qui peut être appuyée sur des théories de la connaissance bien différentes<sup>5</sup>. Nous pourrions aller dans deux sens différents<sup>6</sup>. Le premier nous conduirait à faire l'hypothèse que le droit est à la fois quelque chose d'objectif et d'incertain (du moins parfois) ou d'indéterminable. Objectivité dans un certain sens, comme elle est défendue par J. McDowell<sup>7</sup> et qui laisserait place dans l'application de ces critères de l'objectivité à des désaccords. L'objectivité résiderait ainsi dans le principe de justice : traiter de façon égale les cas semblables (voir le rapport de Frédéric Rouvière, « L'objectivité du droit dans les cas de désaccord persistant sur le droit entre juges ») ou encore dans le renvoi à des principes, dont une argumentation ascendante permettrait de monter, comme chez Dworkin, à la fois la cohérence du droit, mais aussi les différents points de vue ou les différentes conceptions possibles de ce qu'est le droit et les concepts du droit (voir le rapport de Jean-Yves Chérot, précité).

L'objectivité (dans un certain sens) du droit est encore présentée comme inhérente à une analyse juridique sachant tenir compte du contexte (y compris le contexte de la recherche de l'intention du législateur) et veillant à ne pas introduire sans nécessité des concepts extérieurs aux sources du droit. Franck Haid en se plaçant sur le terrain de la philosophie du langage, souligne que ce qui est présenté comme une explication majeure du désaccord devant les juges, et qui réside dans la relative imprécision et indétermination du langage et dans l'application de la règle à certains cas qui se situent dans la zone d'ombre de la règle,

<sup>5</sup> Un *faultless disagreement* ou un désaccord sans erreurs de part et d'autre est un désaccord par où les deux parties affichent la même attitude à l'égard de deux contenus propositionnels en contradiction l'un avec l'autre et où aucune des deux parties n'est en faute. Les conceptions de ce type de désaccord peuvent être présentées comme des réponses au défi que représente cette notion dès lors qu'il est *a priori* problématique de concilier à la fois l'idée que deux propositions sont en contradiction et que leur correction ou leur validité puissent être en même temps soutenue par des parties en présence sans qu'aucune des deux ne commettent une faute au sens d'une erreur. Si l'on se refuse à mettre en cause le principe de non contradiction, il reste à affaiblir nos conceptions de ce qu'est la vérité de différentes manières. Une autre façon de traiter la question est de considérer, avec les théories expressivistes et notamment leurs versions émotivistes, que les énoncés des préférences ou des normes ne sont pas des propositions, c'est-à-dire des énoncés susceptibles d'être vrais ou faux. Mais alors, c'est l'idée même qu'un désaccord sur de tels énoncés sans erreurs de part et d'autre puisse avoir encore un sens qui est mise en cause. Pourtant certaines versions de l'expressivisme défendent aussi le thème du *faultless disagreement*. Sur tous ces points, V. notamment l'article d'Andrej Kristan et de Guila Pravato, précité.

<sup>6</sup> Pour une approche du *faultless disagreement* en droit, ici de ce que l'auteur appelle les *deep interpretative legal disagreements* dans le cadre d'une philosophie pragmatique du langage, V. Vittorio Villa, « Deep Interpretative Disagreements and Theory of Legal Interpretation », in A. Capone and F. Poggi, eds, *Pragmatics and Law*, Springer, 2016, p. 89-119.

<sup>7</sup> « Non cognitivism and rules », *Archives de philosophie*, 64, 2003, n° 1, p. 457-477.

n'empêche ni de dessiner des frontières dans l'application des règles ni de s'opposer, grâce au contexte, à la discrétion totale du juge dans la détermination des significations des concepts (Franck Haid, « En marche derrière Hart. Retour sur les désaccords générés par l'imprécision terminologique des textes normatifs »). Stefan Goltzberg plaide également pour une « attitude prudente et économique à l'endroit des notions confuses » en droit. « En un mot », écrit-il, se tenant à l'écart ainsi de la célébration postmoderne des notions floues et indéfinissables,

« le fait qu'il existe une confusion irréductible dans la langue ne constitue pas une raison pour ne pas mettre tout en œuvre pour limiter cette confusion. Que la mission d'élimination des notions confuses soit impossible à atteindre ne doit pas délégitimer le travail de clarification ».

Mais la recherche de la clarification ne passe pas nécessairement par le recours à l'outil philosophique<sup>8</sup>. Encore faut-il que le recours à de telles notions soit utile pour le chercheur en droit pour résoudre un problème particulier. C'est bien cette question qui doit être posée, selon l'auteur, si l'on pense pouvoir trouver toute faite une réponse utile pour la théorie du droit dans le recours à la notion de « concepts essentiellement contestés »<sup>9</sup> pour clarifier l'usage de nos concepts suscitant du fait de leur ouverture une controverse ou un désaccord dans leur application (voir le rapport de Stefan Goltzberg, « Confusion de concepts, concepts essentiellement contestés et définition »).

Mais une telle objectivité dans un certain sens n'est-elle pas une chimère ? La tentative même de la CJUE pour construire une telle objectivité, de faire renvoi (la doctrine « communautariste ») aux objectifs et à la structure des Communautés européennes, puis de l'Union, n'est-elle pas une illustration de la fragilité d'une telle démarche devant les faits. Pierre Pescatore soulignait, rappelle Loïc Azoulay, que chaque cas poserait un problème spécifique pour lequel plusieurs solutions sont envisageables, mais que, dans ce contexte, la tâche du juge (de l'Union) est 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, défendant ainsi ce qu'il appelait aussi un « processus de dialectique multipolaire » opposé 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. Loïc Azoulay (rapport précité) propose, au contraire, de remettre au centre les conflits pour révéler leur gestion plus fluide dans la construction d'accords instables. On

<sup>8</sup> Conseil inestimable dans un colloque de philosophie du droit !

<sup>9</sup> Telle que proposée par W. B. Gallie.

retrouve aussi très bien la fragilité de la gestion de l'accord dans le traitement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel face aux conflits politiques (ceux générés par l'affaire des nationalisations en 1982, cas emblématique au sein des décisions du Conseil) par le recours, comme le propose Olivier Tholozan, à l'existence de communautés interprétatives (voir le rapport d'Olivier Tholozan, « Les communautés interprétatives et la liberté constitutionnelle française d'entreprendre »).

## ÉLOGE DE LA THÉORIE

---

Jean-Yves CHÉROT

*Professeur, Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de théorie du droit)*

**Abstract:** *In order to set anew the question about the nature of argumentation and about the responsibilities of the judges in plural deliberative democracy, Dworkin made two main distinctions; the first analytically divide the issue of the jurisdiction and the issue of adjudication; the second divide in the judge's responsibilities, their responsibilities in argumentation and their responsibilities in the coordination their action.*

1. Nous pouvons défendre l'idée que les interprétations judiciaires impliquent d'aborder des questions de justice et que le débat sur ces valeurs et sur l'interprétation des droits qui les institutionnalisent est nécessaire pour justifier la solution à apporter dans une espèce. Le désaccord sur les questions de morale et de justice peut être ainsi naturellement porté devant les juges à propos des questions sur les droits.

Mais, lorsque les juges sont confrontés à ces questions controversées sur la moralité politique, ils sont encore confrontés à la question, également controversée, de l'étendue de leur responsabilité, notamment sur l'étendue du contrôle qu'ils peuvent exercer sur les appréciations qu'a porté le législateur, sur les possibilités que leur confère la mise en balance des principes dans le contrôle de proportionnalité et sur la marge d'appréciation qu'il convient de laisser au législateur et, dans le cas des juridictions internationales, aux Etats<sup>1</sup>.

De telle sorte qu'au total la question de savoir si et jusqu'à quel point le désaccord sur la justice et la morale dans la société plurale se retrouve ou doit se retrouver ainsi dans les désaccords entre juges sur le droit comporte deux aspects. Il nous faut encore distinguer de façon analytique ce qu'est le raisonnement et l'argumentation juridique et judiciaire et la responsabilité que l'on peut conduire à reconnaître aux juges.

2. Reprenons l'analyse avec un peu plus de recul. Les questions que l'on vient d'évoquer prennent une dimension plus considérable dans les sociétés ou démocraties plurales. Dans ces démocraties règne le « fait du désaccord »

---

<sup>1</sup> V. encore sur cette attitude, le raisonnement de la Cour de cassation sur la question de la reconnaissance d'un sexe neutre, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2017, D. c. procureur général près la cour d'appel d'Orléans.

qui est présenté comme le « fait du pluralisme »<sup>2</sup>, mais aussi comme le « fait du pluralisme raisonnable »<sup>3</sup>, ou encore comme le « fait de la diversité »<sup>4</sup>.

La prise en considération du « fait du désaccord » et plus encore du « désaccord raisonnable » s'inscrit dans un véritable tournant de la pensée chez Rawls, exprimant le passage d'une approche purement conceptuelle de la recherche de la justice (dans le voile d'ignorance) dans sa célèbre *Theory of Justice* de 1971 à une approche de philosophie politique et morale plus orientée vers les faits politiques et moins désincarnée et dans laquelle Rawls admet non seulement qu'il puisse y avoir des conceptions différentes sur le bien, mais aussi des conceptions différentes raisonnables sur la justice et où il se demande dans quel contexte empirique et normatif ces désaccords peuvent être traités, sinon surmontés, du moins donner lieu à des décisions acceptables par chacun, ce qui le conduit à participer au mouvement de la « démocratie délibérative », qui va avoir tant d'importance dans la théorie de la démocratie à partir des années 90.

Le passage, initié par un disciple de Rawls, Joshua Cohen, entre « fait du pluralisme » et « fait du pluralisme raisonnable » a ainsi une grande importance, comme le fait observer Hélène Landermore<sup>5</sup>. Si le désaccord est raisonnable, *a minima*, c'est que les parties en désaccord cherchent à se renseigner sur les opinions des uns et des autres et c'est qu'elles argumentent à partir de principes et non à partir de leurs intérêts. Le raisonnable découle d'abord d'une première vertu, une disposition à offrir des principes et des standards comme des termes équitables de la coopération et ensuite d'une deuxième vertu, celle de respecter ces principes étant donné l'assurance que les autres le feront aussi. Le raisonnable, à la différence du rationnel, est une « notion intersubjective »<sup>6</sup> impliquant la réciprocité et la volonté de justifier ses raisons aux autres. Dans la définition d'une personne raisonnable, il faut ajouter selon Rawls « qu'elle reconnaît les difficultés du jugement (*burden of judgements ou burden of reasons*) et en accepte les conséquences ».

Hélène Landermore relève que Rawls :

« assimile le rôle du raisonnable comme un standard équivalent à la vérité dans une approche constructiviste. Mais il insiste sur le fait que le raisonnable

<sup>2</sup> Rawls, « The Domain of the Political and Overlapping Consensus », in D. Coop, J. Hampton, J. Roemer (eds), *The Idea of Democracy*, Cambridge UP, 1993

<sup>3</sup> J. Cohen, « Procédure and Substance in Deliberative Democracy », in J. Bohman and W. Rehg, *Deliberative Democracy*, The MIT Press, 1997, p. 407 s.

<sup>4</sup> J. Knight and J. Johnson, *The Priority of Democracy*, Princeton UP, 2011.

<sup>5</sup> H. Landermore, « Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy », 2016, *Forthcoming in Journal of Social Epistemology*, 2017.

<sup>6</sup> H. Landermore, art. précité.

n'a rien à faire avec la vérité. À la différence de l'intuitionnisme rationnel, le constructivisme politique ni n'utilise ni ne dénie le concept de vérité »<sup>7</sup>.

Ainsi la démocratie peut-elle être une simple démocratie procédurale, mais à la condition de la comprendre comme une démocratie délibérative où des principes et des valeurs d'ailleurs implicites dans la reconnaissance de la liberté de vote et de participation sont explicitées (réciprocité, modestie, en ce que les personnes ne croient pas en leur infaillibilité, sans pour autant être sceptiques, etc.). Dans une telle démocratie délibérative, les parlements ou les législatures ne sont pas les seuls forums sur les principes, la presse et les médias, les écoles de droit, mais encore les cours de justice sont aussi ou peuvent être aussi de tels forums<sup>8</sup>.

C'est dans ce contexte que je me place pour regarder les propositions de Dworkin, dans la lignée d'ailleurs de celles de Rawls sur ce point<sup>9</sup>, sur le rôle du juge dans une démocratie en tant que les cours peuvent être un « forum » pour les principes dans un contexte controversé sur les questions de justice et de valeur et que je voudrais replacer l'appel chez Dworkin à un « éloge de la théorie » dans l'argumentation en droit en tant qu'éloge d'une théorie basée sur l'appel à des principes, dans l'argumentation et le raisonnement juridique.

Dworkin ne propose pas que le peuple se désiste au profit des juges ! Mais il est un de ceux qui ont contribué à poser la question de savoir comment les juges peuvent s'insérer dans la démocratie et pour cela il a lui-même contribué, même modestement, à la théorie de la démocratie délibérative dans le cadre d'une démocratie constitutionnelle. Il met en évidence le rôle propédeutique des cours de justice au profit d'une démocratie délibérative à la mesure, à la fois, des limites dans l'aptitude des législatures à délibérer comme un forum de principe et du respect de la suprématie législative.

**3.** Le titre de cette communication est la reprise du titre d'un article, « In Praise of Theory », publié en 1997 dans la *Arizona State Law Journal* dans lequel Dworkin affronte ce qu'il appelle les thèses anti-théoriques de Richard Posner, d'une part, et de Cass Sunstein, d'autre part<sup>10</sup>. C'était notamment une façon pour lui de répondre notamment à la revendication par Sunstein que dans une société marquée par le « fait du désaccord » sur les grandes questions de morale, de justice et de moralité politique, les juges devraient chercher à ne pas aggraver ce désaccord, mais à traiter les cas d'une façon, selon les termes de Cass Sunstein,

<sup>7</sup> H. Landermore, « art. précité.

<sup>8</sup> V. la place que Rawls accorde à la Cour suprême dans son *Libéralisme politique*, trad. française, Le Seuil, p. 280.

<sup>9</sup> Dworkin, « The Forum of Principle », *New York University Law Review*, 56, 1981, p. 489.

<sup>10</sup> Dworkin, « In Praise of Theory », *Arizona Law Review*, 29, 1997, p. 353-376, réédité dans Dworkin *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, p. 49-74.

« incomplètement théorisée »<sup>11</sup>. C'était de la part de Cass Sunstein une critique adressée à la théorie de l'argumentation judiciaire. Dworkin présente la critique de Sunstein comme une objection de type « professionnaliste » s'inspirant de la différence qui existerait entre un philosophe et un juriste ou un juge et revendiquant le slogan : « Nous sommes seulement des juristes »<sup>12</sup>.

Ce débat est une nouvelle occasion pour Dworkin de défendre ce qu'il appelle le droit intégrité dans lequel les cours de justice jouent le rôle éminent d'un « forum de principes » (*forum of principles*) au service d'une communauté politique dans laquelle chacun a droit à une égale considération et un égal respect. Le droit intégrité revendique ainsi dans l'application du droit à un nouveau cas de chercher dans les décisions du passé les principes qui les présentent sous leur meilleur jour. Cela consiste à chercher les principes qui correspondent à ces décisions, mais aussi qui les justifient de la meilleure des façons du point de vue de la justice et de la moralité politique. Les principes ont une « force » justificatrice en ce qu'ils doivent assurer le développement et la promotion à cette fin d'une « communauté de principe » et assurer l'égal respect dû à chacun dans une telle communauté et qui donne aussi son sens au concept de participation dans une démocratie. Le droit intégrité n'est pas associé à une méthode purement technique de raisonnement juridique qui serait la recherche d'une simple cohérence (*bare consistency*). Il s'agit d'une revendication au nom d'une valeur substantielle de moralité politique, l'« intégrité » d'une communauté de principe, à laquelle doivent contribuer et participer les juges. La théorie dont parle Dworkin s'enracine dans une argumentation de philosophie morale et politique et dans les exigences d'une philosophie morale qui, chez Dworkin, refuse de présumer le scepticisme interne à la morale et qui revendique, dans une logique de la vérité comme cohérence, l'unité de l'axiologie.

La méthode du droit intégrité est ainsi celle d'une recherche ou d'une enquête « ascendante » (*argumentative ascent*) en ce sens qu'elle peut être orientée, au moins dans certain cas, vers la recherche des principes et si c'est nécessaire, notamment dans le cas où les principes de référence pourraient apparaître comme rentrant en contradiction dans leur application à un cas, vers des principes plus élevés et plus abstraits.

Pour Dworkin la contribution des juges à cette communauté de principe est essentielle. Il a mis ainsi en évidence le contraste entre l'étendue de la délibération et de l'argumentation sur les principes devant les cours et la faible richesse

<sup>11</sup> Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford UP, 1996 ; v. notamment dans cet ouvrage, le chapitre 2 : « Incompletely Theorized Agreements », p. 35 s.

<sup>12</sup> Résumant la pensée de Sunstein, Dworkin écrit : « *We are not philosopher. Law as its own discipline, its own special craft. When you go to law school, you are taught what it is to think like a lawyer, not a philosopher. Lawyers do not try to decide vast theoretical issues of moral or political theory* » (article précité, p. 367).

de celle qui se déroule aux États-Unis devant les législatures et devant le congrès. Mais, le plus souvent, l'auteur souligne simplement le caractère essentiel dans une démocratie de ce forum judiciaire pour provoquer, avec d'autres forums que sont les journaux et les autres médias, mais aussi les *schools of law*, les linéaments et les données d'une telle communauté de principe.

Cet éloge de la théorie est un éloge de la théorie dans l'argumentation judiciaire dans le travail, des juges et, devant les juges, aussi bien dans le travail des parties que de la grande société, ce que Perelman appelle l'auditoire universel, les juges s'adressant à l'ensemble de leurs citoyens et peut-être au-delà et recevant ou pouvant recevoir comme la cour suprême des États-Unis ou la CEDH les briefs des *amici curiae*<sup>13</sup>.

4. Le numéro 2 de l'édition 1997 de la *Arizona State Law Review* comportait notamment, outre l'article d'ouverture de Dworkin intitulé « In Praise of Theory », les réponses de Posner et de Sunstein et la réplique de Dworkin<sup>14</sup>. Cela forme un ensemble d'arguments et de contre-arguments. L'objet de cette communication n'est pas de rendre compte de ces discussions de façon étroite, mais de se saisir des analyses et arguments que Dworkin a eu ainsi l'occasion de développer pour dégager quatre ou cinq points importants de la discussion sur la construction de l'accord et du désaccord dans une démocratie plurale et du rôle que les juges peuvent y jouer.

La théorie dworkinienne prend sa source dans un pays de *common law*. Elle est aussi née de la passion de Dworkin pour la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis. Elle est profondément ancrée dans cet univers.

Bien que la théorie dworkinienne soit très attachée au dialogue sur le *judicial review* aux États-Unis<sup>15</sup> et qu'il convienne par ailleurs d'être attentif aux

<sup>13</sup> Voy. par exemple les 78 *briefs* parmi lesquels les observations de sénateurs des États-Unis, d'académiques comme d'historiens, de professeurs de droit, de groupes de pression pro-vie déposés dans l'affaire *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey* du 29 juin 1992, une décision que Dworkin a particulièrement saluée comme illustrant la méthode du droit intégrité. V. aussi le célèbre *Philosophers' brief* dans l'affaire du suicide assisté signé par Dworkin, avec notamment Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Judith Jarvis Thomson, *The New York Review of Books* du 27 mars 1997, avec une introduction de Dworkin, « Assisted Suicide: The Philosophers' Brief ».

<sup>14</sup> R. Posner, « Conceptions of Legal Theories. A Reply to Dworkin », p. 379-388; Cass Sunstein, « From Theory to Practice », p. 389-404; Dworkin, « Reply », 431-456.

<sup>15</sup> Dworkin a très peu fait référence à d'autres systèmes juridiques et lorsqu'il l'a fait c'est plutôt pour rejoindre, comme tous les *common lawyers*, des exemples venant des cours anglaises. Cela marque la relativité de sa doctrine. « *My view, reconnaît Dworkin, have been sufficiently controversial to suggest that I escaped vacuity, but it is unclear how far I escaped parochialism. It is a frequent objection among british critics that my project is either parochial in inspiration – that it aims at no more than explaining the legal practice of my own country – or obviously parochial in result because we can somehow see, without much thought or research, that it fits only that one legal practice* » (« Hart's Postscript », in *Justice in Robes*, HUP, 2006, p. 185).

contextes historiques et politiques existant dans nos différentes démocraties, le cadre théorique dworkinien éclaire les discussions qui peuvent avoir lieu sur le rôle des juges dans la construction de l'accord et du désaccord et sur leur responsabilité dans toutes les démocraties et dans les cours internationales comme la Cour internationale de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union européenne.

L'échange sur lequel nous voulons nous appuyer et qui est principalement l'échange entre Dworkin et Sunstein me paraît, en effet, très inspirant à la fois dans la discussion sur l'argumentation judiciaire et dans la discussion sur les responsabilités des juges et notamment des juges constitutionnels au sens large dans les démocraties plurales. Afin de reposer plus clairement les questions de la nature de l'argumentation judiciaire (III) et du rôle des juges constitutionnels dans la démocratie plurale (IV), Dworkin a fait deux distinctions de grande portée, la première qui sépare analytiquement la question de la juridiction et celle de l'adjudication (I) et la seconde qui distingue encore dans les responsabilités des juges, leur responsabilité dans l'argumentation et leurs responsabilités dans la recherche d'une coordination de leur action collective (II).

## I. La distinction entre juridiction et adjudication

5. Dworkin tient séparées la question de la responsabilité des juges dans la démocratie et celle de la nature et de l'étendue de l'argumentation et de la délibération judiciaire. Car vouloir affaiblir la théorie de l'argumentation judiciaire dans la controverse constitutionnelle sur les principes au nom d'interrogations sur la légitimité des juges dans le *judicial review* conduit, selon lui, à des théories fausses sur la nature de l'argumentation et à la recherche sans fin, comme l'illustre une partie de l'histoire de la doctrine constitutionnelle aux États-Unis, de tests de contrôle pertinents de constitutionnalité, en vérité introuvables<sup>16</sup>.

Il souligne ainsi que, dans sa théorie en faveur d'une argumentation « incomplètement théorisée »<sup>17</sup>, Sunstein peut avoir à l'esprit une critique de la mise en œuvre de la Constitution dans laquelle les juges, guidés par la lecture morale de la Constitution, pourraient essayer d'imposer leurs propres théories à grande échelle à un public qui voudrait les rejeter. Mais cet argument, écrit Dworkin, confond l'adjudication et la juridiction: les juges ne devraient peut-être pas avoir la responsabilité d'interpréter les limites que la Constitution impose au Congrès ; ce pouvoir peut-être devrait être laissé, plus que ce n'est le cas, d'une certaine manière, au

<sup>16</sup> Sur le travail doctrinal à la recherche de ces tests, V. I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 165, 2017.

<sup>17</sup> V. référence au livre de Sunstein, note 11 ci-dessus.

peuple. Mais resteraient néanmoins posées les questions de principe qui impliquent la lecture morale de la constitution. Mais il y a ici deux types de questions différentes, les questions sur les méthodes d'interprétation de la Constitution (aussi bien par le juge que par le législateur, que par les citoyens) et la question sur l'étendue du contrôle que les juges sont en droit d'exercer sur le législateur, ce qui renvoie à la distinction entre des questions telles que les questions substantielles sur le fond comme, par exemple, celle relative à la question de savoir si le suicide assisté est l'expression de la liberté personnelle de choisir sa vie et s'il est condamnable en ce qu'il ferait du médecin un assassin et la question sur le rôle du juge dans le système politique et dans la démocratie. Avec cette dernière, on demande à quelles conditions le *judicial review* en particulier est compatible avec la démocratie et si le juge a toutes les informations nécessaires pour prendre une décision de fond<sup>18</sup>.

6. C'est une chose de savoir, selon lui, si l'approche théorique ascendante est une bonne théorie du raisonnement juridique et judiciaire, autre chose de savoir s'il est juste de confier le pouvoir aux juges de décider à la place du législateur dans toutes les circonstances. C'est ainsi « une sérieuse confusion de dissimuler votre aversion du fait que les juges aient un grand pouvoir, ce qui peut être corrigé en théorie, en changeant leur pouvoir juridictionnel, sous le masque d'une fausse théorie du raisonnement judiciaire »<sup>19</sup>. Dworkin écrit :

« L'approche théorique du raisonnement juridique n'est pas nécessairement et automatiquement un argument sur les responsabilités des juges dans les cas ordinaires et même dans les cas constitutionnels. Je dois le préciser, bien que ce soit évident, parce que trop de gens ont résisté à l'approche théorique sur la base qu'elle permettrait aux juges de s'engager dans des vastes escapades de théorie. Mais il ne s'ensuit pas automatiquement du fait sur lequel j'ai mis l'accent – que l'identification correcte de n'importe sorte de droit implique un exercice interprétatif et qu'il est donc vulnérable à une justification ascendante – qu'un quelconque type d'officiel devrait se voir confier la responsabilité de conduire cet exercice dans n'importe type de circonstances. Si une communauté dit à un juge : « la constitution est le droit le plus élevé et votre travail est de dire ce que signifie la constitution », alors comme j'ai souvent tenté de le dire, cette instruction conduit à demander une très forte escapade dans le domaine de

<sup>18</sup> V encore sur cette distinction, le commentaire de Dworkin sur le *Philosophers' Brief*, précité.

<sup>19</sup> On retrouve cette confusion dénoncée par Dworkin entre ces deux questions dans la présentation par Cass Sunstein et Adrian Vermeule de la théorie de l'interprétation. Selon ces auteurs, « *the central question is not 'How, in principle, should a text be interpreted?' The question instead should be, 'How should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?' My conclusions are that judges acting under uncertainty should strive, above all, to minimize the costs of mistaken decisions and the costs of decision making, and to maximize the predictability of their decisions* » (« Interpretation and Institution », 101, *Michigan Law Review*, 2002-2003, p. 886).

la moralité politique. Mais nous n'avons pas nécessairement à instruire nos juges de cette responsabilité. C'est parfaitement compréhensible d'insister sur le fait que nos juges ne devraient pas être chargés d'une interprétation finale et autoritaire de la Constitution ».

« Si vous craignez un trop fort pouvoir judiciaire, c'est ce que vous devriez dire. Mais c'est une sérieuse confusion de dissimuler votre aversion du fait que les juges aient un grand pouvoir, ce qui peut être corrigé en théorie, en changeant leur pouvoir juridictionnel, comme fausse théorie du raisonnement judiciaire »<sup>20</sup>.

## II. La distinction dans les responsabilités des juges.

### Distinction entre le contexte de justification et le contexte de légitimation

7. Il faut encore affronter les intéressantes justifications données par Cass Sunstein à l'emploi par les juges d'une argumentation « incomplètement théorisée »<sup>21</sup> qui serait nécessaire dans le traitement des conflits politiques et qui ne pourrait passer que par le recoupement des opinions autour de solutions spécifiques, autour de principes de niveau moyen sur lesquels un accord peut être trouvé.

Une telle théorie du recoupement, inspirée par Rawls, possède bien évidemment une part de vérité dans une société plurielle où règne le « fait du désaccord »<sup>22</sup>.

Mais la théorie de Sunstein est l'occasion pour Dworkin de préciser et de compléter ses analyses. Dworkin montre qu'il est possible de distinguer trois types de responsabilités, ce que fait pas explicitement Sunstein.

8. Dworkin distingue ainsi les responsabilités que nous avons dans l'exercice de notre jugement, lorsque nous devons décider, de notre point de vue, quelles positions politiques et quelles décisions soutenir, d'une part, et des responsabilités de coordination et des responsabilités que Dworkin appelle de « présentation », d'autre part.

Les responsabilités de coordination s'exercent lorsque nous décidons si nous devons coopérer, pour le législateur par exemple, s'il faut former une alliance législative ou, pour les citoyens, s'il faut rejoindre un groupe de pression et, pour les juges, s'il faut chercher une majorité pour produire une décision. Les responsabilités de présentation conduisent à devoir fournir une raison formelle pour une décision qui a été adoptée : la forme de cette motivation est encore sensible à ce rôle de

<sup>20</sup> « In Praise of Theory », précité.

<sup>21</sup> Notamment dans son excellent livre *Legal Reasoning and Political Conflict*, OUP, 1996, précité.

<sup>22</sup> Mais Scott Shapiro observe que le recours à des raisons incomplètement théorisées n'est pas nécessairement lié au traitement de désaccords sur les valeurs dans une démocratie plurielle V, S. Shapiro, « Fear of Theory », *The University of Chicago Law Review*, 64, 1997, n° 1, p. 389 s.

présentation et aux responsabilités qui lui sont associées : quand elle prend la forme de la motivation d'un document commun, comme l'est un rapport parlementaire ou une décision judiciaire adoptée par plus d'un seul juge, la motivation « parle » au nom de personnes dont les jugements peuvent avoir des fondements différents.

Dworkin ne voit pas d'obstacle à ce que la méthode de l'argumentation « théoriquement incomplète » soit parfaitement pertinente dans l'exercice des « responsabilités de coordination ». On peut parfaitement décider d'agir avec ceux qui favorisent la même décision que nous, mais qui la soutiennent pour des raisons différentes et faire usage du consensus de recouplement. « Dans les circonstances normales de la politique, y compris pour l'élaboration d'une décision judiciaire, le conseil est avisé », souligne Dworkin.

La « responsabilité de présentation » suggère aussi que le compromis peut être avisé dans la rédaction même de la décision. Car même s'il est encore possible pour les juges qui procèdent à un consensus par recouplement en faveur d'une décision d'écrire une opinion séparée rapportant ce qui est leur propre raisonnement et fondement sur le plan théorique, il peut être quelquefois préférable pour une majorité, pour des raisons les plus diverses, d'établir une seule et peut-être plus superficielle opinion que chacun rejoindra<sup>23</sup>. Une telle option ne peut être écartée.

La théorie du droit intégrité n'est pas là pour condamner ces compromis, ces « consensus par recouplement » dans la rédaction des opinions majoritaires ou unanimes (sous la réserve toujours possible, dans certaines cours de justice, d'écrire une opinion séparée).

9. Ce que veut dire donc Dworkin, c'est que l'approche théorique, qui peut être de grande ampleur, vaut seulement pour la construction du jugement personnel à défendre dans la délibération et peut ne pas se retrouver à d'autres étapes du processus judiciaire. Dworkin observe d'ailleurs que le modèle rawlsien du consensus par recouplement auquel renvoie Cass Sunstein pour défendre son concept d'« accords non complètement théorisés » suppose encore que chaque partie au consensus ait produit un jugement individuel sur la base de fondements théoriques issus de ce que Rawls appelle les schémas éthiques compréhensifs qui diffèrent entre les parties à la controverse. Mais Sunstein suggère que les juristes et les juges devraient s'abstenir, même dans l'exercice de leur responsabilité dans la construction de leur jugement individuel, de s'aventurer dans les hautes sphères de la théorie de la moralité politique. Ce qui signifie que ce qu'il défend est non seulement que les alliances politiques et judiciaires puissent être forgées à partir des accords concrets lorsqu'il existe des désaccords théoriques,

<sup>23</sup> On pense bien sûr ici aux raisons qui ont motivé la rédaction d'une opinion unanime dans l'affaire *Brown v. Board of Education*, US Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

mais que les jugements individuels qui produisent ces accords concrets devraient eux-mêmes être superficiels<sup>24</sup>.

**10.** Ce point fait écho à une distinction que fait David Estlund<sup>25</sup> entre le « rôle de justification » des uns aux autres de la supériorité d'un principe de justice, ce que nous ne pouvons pas faire sans le faire en termes de revendication de vérité et le rôle de légitimer l'imposition aux autres du principe que chacun de nous considère comme vrai. Il oppose ainsi un rôle de justification et un rôle de légitimation.

Le second rôle, celui de la légitimation, déplace la difficulté de la justification vers une procédure acceptable à tous les points de vue raisonnables. Cette procédure est la délibération véritable à travers laquelle nous échangeons des revendications de vérité, et dans la mesure où cette délibération est capable de produire un résultat consensuel.

La distinction de David Estlund éclaire encore la revendication par Dworkin (ce qui n'est pas le cas chez Rawls) de ce que les interprétations des concepts controversés sont des revendications de la vérité de nos conceptions, même si nous ne pouvons pas cependant faire comme si nous étions infaillibles et l'affirmation que, même si nous ne pouvons pas démontrer absolument le caractère correct de notre interprétation, il existe une seule bonne interprétation, la meilleure pour rendre compte du droit dans un cas.

### III. Sur la nature de l'argumentation juridique

Il est maintenant possible de mieux saisir le sens et le rôle de l'argumentation juridique ascendante chez Dworkin.

Le débat rapporté éclaire encore aussi deux points importants de la théorie de l'argumentation juridique chez Dworkin.

**11.** *Où Hercule se voit mieux inséré dans la réalité de l'argumentation. La distinction de l'approche inside-out et outside in.* Un des points clarifié à nouveaux frais par Dworkin dans « In Praise of Theory » est de distinguer l'approche ascendante,

<sup>24</sup> Au contraire, défend Dworkin, « *the Rawlsian model of overlapping consensus supposes that each party to the consensus has made an individual judgment on theoretical grounds drawn from what Rawls calls "comprehensive" ethical schemes that differ from party to party. But Sunstein suggests that lawyers and judges should abstain, even in the exercise of the responsibility of individual judgment, from venturing into the more abstract reaches of political moral theory. He means to claim, that is, not just that political and judicial alliances may be forged out of concrete agreement even in the face of theoretical divergence, but that the individual judgments that produce the concrete agreement should themselves be superficial. He presents this view of "ordinary" legal reasoning as in contrast to my own* » (« In Praise of Theory », article précité).

<sup>25</sup> « The Truth in Political Liberalism », in J. Elkins and A. Norris, *Truth and democracy*, University of Pennsylvania Press, 2012, p. 251-271.

celle par laquelle à partir d'un cas, il peut être possible, dans des circonstances non prévisibles à l'avance, de devoir argumenter plus avant en devant répondre à un conflit entre les principes invoqués et, ce faisant, en devant ainsi se demander si les principes s'opposent vraiment et s'ils ne se trouvent pas en fait complémentaires (par exemple parce que chacun apporte sa part dans un champ particulier du droit), de l'approche d'Hercule avec laquelle on a souvent confondu cette approche ascendante.

Précisément Hercule ne procède pas selon une méthode ascendante, à partir d'un cas. Hercule réfléchit, non depuis le point de vue du cas, de l'intérieur vers l'extérieur (*inside-out*), mais d'un point de vue extérieur vers le cas (c'est-à-dire selon l'expression choisie par Dworkin, *outside-in*), en ce sens, qu'avant même de siéger dans son premier cas, il pourrait construire une théorie englobante et gigantesque qui serait bonne pour toutes les situations. Il raisonne d'une toute autre façon que les juristes qui partent depuis les problèmes plus spécifiques vers des questions plus larges et plus abstraites. Ce que Dworkin précise, c'est que le travail du juriste peut, dans certains cas, avoir à trouver un appui dans le travail d'Hercule.

Ce point trouve lui-même un appui dans une analogie entre l'argumentation juridique et l'épistémologie des sciences : les juristes raisonnent de façon générale à partir de cas et cherchent la solution, en cas de doute, de façon proche, par analogie, dans les précédents, en tenant compte des effets que leur décision peut avoir, et n'engagent pas naturellement une réflexion générale sur leurs paradigmes. C'est aussi comme cela que fonctionne aussi la science au quotidien. Mais cela ne rend pas inutile la recherche d'une grande théorie, celle qui démontrerait que toutes les autres sciences naturelles comme la chimie ou la psychologie non seulement sont compatibles avec la physique, mais que la physique rassemble toutes les autres sciences en en faisant la théorie. L'analogie permet de mesurer en quoi une vue *outside-in* d'un domaine intellectuel peut être utile, même pour ceux qui pensent à l'intérieur d'un paradigme, depuis le point de vue *inside-out*.

12. La méthode ascendante n'est que potentielle. Le deuxième point mis en lumière par Dworkin est que la méthode ascendante n'est que potentielle en ce qu'elle ne gouverne pas le travail quotidien du juge et des juristes, même si elle y est, toujours, potentiellement présente. Sunstein pense que les juges devraient adopter par présomption une réserve à l'égard des « théories à grande échelle », mais que ces théories ne sont pas pour autant tabou<sup>26</sup>. Mais c'est exactement que ce que la

<sup>26</sup> Sunstein concède qu'il n'offre pas une alternative à la grande théorie. Ce qu'il dit est que « *some cases cannot be decided at all without introducing a fair amount in the way of theory. Moreover, some cases cannot be decided well without introducing theory. If a good theory is available and if judges can be persuaded that the theory is good, there should be no taboo on its judicial acceptance. The claims on behalf of incompletely theorized agreements (he must mean incompletely theorized individuals judgements) are presumptive rather than conclusive* » (*Legal Reasoning and Political Conflict*, ouvrage cité, p. 54).

théorie du droit intégrité recommande aussi : que les juges n'argumentent à partir des cas vers des théories plus abstraites que lorsqu'ils ont une raison spéciale de le faire. Dworkin indique ainsi qu'en fait il n'y a pas d'opposition entre les deux points de vue, si on veut bien mieux comprendre la théorie du droit intégrité<sup>27</sup>.

La méthode ascendante est potentielle parce que l'on ne peut pas, à propos de n'importe quel cas, prévoir à l'avance que l'argumentation puisse devenir ascendante. Dans la plupart des affaires dont sont saisies les juges, cela ne se révèle pas nécessaire et le droit fonctionne, comme fonctionnent la science ordinaire ou la technique, dans un paradigme consensuel, sans que chaque expérience et chaque démonstration aient besoin de mobiliser une grande théorie. L'approche ascendante n'est pas requise dans tous les cas, ni même dans les cas les plus nombreux, mais elle est toujours potentiellement présente dans chaque cas car il est toujours possible, sans qu'on le sache à l'avance, qu'un cas soulève des arguments révolutionnaires qui impliquent le développement de la théorie. Il rejoint ici les observations si pertinentes de Mark Tushnet<sup>28</sup> ou Duncan Kennedy<sup>29</sup>.

**13.** Les différences entre la revendication d'une approche « incomplètement théorisée » par Sunstein et l'approche ascendante dworkinienne s'estompent ainsi. Mais Dworkin doit encore écarter deux différences que Cass Sunstein voit encore entre le droit comme intégrité et l'approche incomplètement théorisée. Selon Sunstein, dans les cas difficiles qui émergent de la discussion, les juges doivent certainement élever le niveau d'abstraction de leur argumentation, mais ils doivent le faire non pas selon une méthode philosophique, mais selon la mé-

<sup>27</sup> Ce que Sunstein conteste. Pour lui, Dworkin pense que les jugements d'Hercule sont de la même nature et reposent sur les mêmes matériaux que les jugements des juristes et des juges ; ce qu'il conteste être vrai. Dworkin « *shows us the hidden structure of* "ordinary judgments and so lays these open to study and criticism." Of course Hercules aims at a "comprehensive theory" of each area of law, whereas ordinary judges, unable to consider all lines of inquiry, must aim at a theory that is "partial." But Hercules's "judgments of fit and political morality are made on the same material and have the same character as theirs." It is these points that I am denying » (Sunstein, « From Theory to Practice », *Arizona Law Review*, article précité).

<sup>28</sup> M. Tushnet, « Defending the Indeterminacy Thesis », *Quinnipiac Law Review*, 16, 339-356.

<sup>29</sup> V. D. Kennedy, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique », in *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 30 : David Kennedy écrit que : « Le matériau juridique 'ne détermine pas' la solution du cas uniquement dans le sens où il est parfois possible de déstabiliser les appréhensions initiales à travers le travail juridique. À la vérité, nous commençons souvent par appréhender ce matériau comme déterminant la solution du cas particulier qui nous est donné, ou, au contraire, comme ne déterminant aucune solution (parce que le cas relève de la pénombre ou du cadre). Lorsque la solution du cas apparaît d'emblée comme déterminée par le matériau juridique, il nous est possible de prédire le résultat parce que nous anticipons que personne ne fera le travail juridique requis pour déstabiliser l'appréhension initiale. Et il sera souvent possible de prédire que personne ne fera ce travail, parce que les projets idéologiques qui sont effectivement poursuivis par les juges sont en accord avec l'appréhension initiale, ou en accord avec l'idée que le résultat prévisible ne vaut pas la peine d'être déstabilisé. On peut penser qu'il en irait autrement si les juges ou les juristes influents étaient plus souvent des acteurs portant des projets idéologiques radicaux ou atypiques ».

thode plus appropriée du juriste, en recourant à l'analogie et, dans la mesure où l'analogie impliquerait le recours, loin de la méthode ascendante dworkinienne, à des principes de niveau intermédiaire (*mid-level principles*) et non aux principes de haut niveau que l'intégrité pourrait requérir des juges.

Mais, d'une part, il y a, comme le reconnaît finalement Sunstein lui-même, un contraste erroné entre l'analogie et le recours à des niveaux de théorie plus abstrait, dès lors que l'analogie, sans la théorie, est aveugle<sup>30</sup>. D'autre part, on ne voit pas non plus comment comprendre la distinction problématique entre des principes dits intermédiaires et ceux dits de haut niveau, alors même que les juristes devront découvrir eux-mêmes dans le cours de leur enquête le niveau de la réflexion que le cas les entraîne à atteindre, sans qu'il soit censé d'indiquer à l'avance un critère au-delà duquel la hauteur de leur argumentation devrait être stoppée<sup>31</sup>.

#### IV. Le rôle du juge dans la communauté politique

14. C'est ainsi, dans le contexte de la distinction entre les responsabilités des juges, que nous pouvons revenir à l'enjeu premier évoqué dès l'introduction de cet article, c'est-à-dire la question de l'étendue du rôle du juge dans une démocratie délibérative et plurale connaissant le « fait du désaccord » et de son rôle dans la construction de l'accord et du désaccord sur les valeurs.

La défense d'une argumentation théoriquement incomplète tiendrait au fait que le développement des théories à grande échelle sur les droits dans une société plurale est une mission démocratique et non une mission judiciaire<sup>32</sup>. Mais, répond Dworkin, ce serait un mystère de savoir comment la « démocratie » pourrait produire ou générer les théories à grande échelle (*large-scale theories*) sur les droits et le bien, sans que les juges aient contribué à identifier quelles théories sont latentes dans la législation et dans les autres événements politiques.

<sup>30</sup> « But that is a false contrast because (to paraphrase Kant) analogy without theory is blind. An analogy is a way of stating a conclusion, not a way of reaching one, and theory must do the real work » (Dworkin, « In Praise of theory », précité).

<sup>31</sup> « Though "ordinary" lawyers and judges reason about concrete legal issues from the inside-out, like an engineer reasoning about the feasibility of a new structure, they can set no a priori limit to the justificatory ascent into which a problem will draw them. It is the character of the inquiry itself the problems it generates as it unfolds that dictates the level of theory that must be explored, and this cannot be known or stipulated in advance. Lawyers (like other people) discover the scope of reflection they need to pursue in the course of inquiry, by finding where inquiry leads before a responsible resting place is reached. They do not-cannot-accept a methodology that stipulates in advance where they must stop no matter how inconclusive or unsatisfying their reflection to that point. So Sunstein's appeal to analogy does not, after all, discriminate his method from the theory-embedded account he means to oppose » (Dworkin, « In Praise of Theory », précité).

<sup>32</sup> Cass Sunstein, *Legal reasoning*, précité, p. 53.

15. La question de la légitimité du *judicial review* a fait l'objet, notamment aux États-Unis d'un récit doctrinal intense. Sans prétendre être complet sur ce point difficile<sup>33</sup>, on peut relever que le débat a pris notamment, avec Dworkin et Rawls<sup>34</sup>, une nouvelle tournure, à l'opposé de la façon classique de comprendre ce problème comme celui d'une opposition inévitable entre la démocratie et le *judicial review*. Dans le cadre classique de la discussion, on peut admettre le contrôle de constitutionnalité, du moins dans certains cas, mais il est vu nécessairement comme un mal, puisqu'il ne peut pas être considéré comme démocratique. La nouvelle approche dans le sillage de Rawls, de Dworkin ou encore de Habermas (avec des accents différents selon ces auteurs) discute des avantages et inconvénients démocratiques respectifs des cours de justice et des parlements. L'argument principal discuté est celui de savoir si la démocratie est toujours mieux représentée et servie par le seul parlement, dès lors qu'elle est d'abord le respect de l'égalité de considération et de l'égal respect dû à chaque citoyen. Des considérations normatives et évaluatives appuyées sur des considérations de fait séparent ici les analystes, juristes ou politistes<sup>35</sup>. Mais ce débat a débordé le cas des États-Unis<sup>36</sup>.

16. Amy Gutman et Dennis Thompson opposent l'approche dworkinienne de la discussion ascendante de la bonne solution à une autre option, la seule qui leur paraît valide dans une société plurielle où les désaccords et les conflits sur les valeurs sont profonds, qui conduiraient à acclimater dans la démocratie majoritaire les principes favorisant la démocratie délibérative, présentée comme un concept à mi-chemin entre les thèses procéduralistes de la démocratie et les thèses de la démocratie constitutionnelle<sup>37</sup>. Selon ces auteurs, Dworkin s'est fondé sur un trop fort contraste entre la vertu du juge dans la délibération et les faiblesses de la délibération sur les principes dans les assemblées parlementaires. Ils opposent, au contraire, à la démocratie constitutionnelle présentée comme étant entre les mains des juges, prétendument supérieurs (les meilleurs), une

<sup>33</sup> Revisité brillamment par I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, ouvrage précité.

<sup>34</sup> V. notamment R. Bellamy, « The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments », 49, *Representation*, 2013, n° 3, p. 333-346.

<sup>35</sup> V. notamment Dworkin, *Introduction à Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.

<sup>36</sup> V. le dossier rassemblé par Richard Bellamy et de Cristina E. Parau, dans la revue *Representation*, 49, 2013, p. 255 s. « Democracy and courts and the Dilemmas of representation », avec une longue introduction de ces deux éditeurs. V. aussi, pour la discussion au Canada, les intéressants articles de C. Boulay, « La relation changeante entre la Cour suprême du Canada et la société civile : l'apport des acteurs sociaux à la production du droit », *Revue du Barreau*, 75, 2016, p. 363-390 et G. Webber, « The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue », *Canadian Journal of Political Science*, 42, 2009, n° 2, p. 443-465. Pour la France, v. D. Rousseau, *Sur le Conseil Constitutionnel: la doctrine Badinter et la démocratie*, éditions Descartes & Cie, 1997.

<sup>37</sup> A. Gutman and D. Thompson, *Democracy and Disagreement*, HUP, 1996, p. 35-36.

démocratie délibérative qui devrait vivre dans les parlements. Il est critiquable de regarder les cours constitutionnelles non seulement comme des soutiens des idéaux démocratiques enracinés dans les constitutions, mais encore comme étant elles-mêmes des modèles dans la délibération du processus démocratique. Pour eux, si les cours peuvent jouer un rôle démocratique, c'est encore parce qu'elles seraient elles-mêmes inscrites dans un processus et un contrôle démocratique.

Il est vrai que Dworkin souligne régulièrement que, bien que les débats qui précèdent un référendum ou une décision législative sur quelque grande question de principe puissent être d'une grande qualité, développant le débat raisonné, cela est rarement le cas. Dans un article qu'il consacre à *Learned Hand*, lequel fondait précisément sa défense du *judicial restraint*, non sur un scepticisme à l'égard des valeurs, mais sur la défense de la démocratie parlementaire, Dworkin souligne en réponse que :

« souvent malheureusement et de façon désespérante, comme dans l'argumentation sur le contrôle des armes, le processus (parlementaire) est dominé par des alliances politiques qui sont formées sur une seule question et qui utilise les tactiques habituelles des groupes de pression pour soudoyer ou faire chanter les élus. Le grand débat moral que Hand pensait essentiel à la démocratie ne commence jamais »<sup>38</sup>.

Dworkin a ainsi, dans la recherche de la construction d'une communauté de principe, contrasté le rôle du juge et le rôle du législateur. L'histoire et la pratique, l'analyse de l'histoire de la discussion législative aux États-Unis montrerait selon lui que le Congrès des États-Unis et que les législatures des États n'ont pas illustré au mieux comme forum de principes la théorie de la démocratie délibérative.

17. Mais si Dworkin a souvent comparé pour les opposer les contributions respectives des législatures et des cours de justice au forum des principes, en insistant sur les contreperformances sur ce point des parlements, le point clef est ailleurs. L'opposition entre les législateurs ou le Congrès et les cours n'a qu'une portée rhétorique. L'auteur, en distinguant l'intégrité dans la législation et l'intégrité dans l'adjudication, a aussi défendu l'idée qu'il ne pourrait y avoir d'intégrité dans l'adjudication, s'il n'y avait pas non plus d'intégrité dans la législation<sup>39</sup>, ce qui est par ailleurs tout à fait en rapport avec les autres idées de Dworkin : que le droit d'intégrité dans l'adjudication doit s'inscrire dans une correspondance à ce qui ressort de ces décisions du passé, notamment des lois, qu'il faut respecter le principe de la suprématie législative et que le juge n'est pas un législateur.

<sup>38</sup> Dworkin, « Mr Liberty. Review of G. Gunther, *Learned Hand. The man and the Judge* », *New York Review of Books*, 11 August 1994, réédité in *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996, p. 332-347.

<sup>39</sup> *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 217.

Si l'on veut suivre l'analyse dworkinienne, elle est bien de montrer la contribution indispensable des cours de justice en tant que forum des principes à la démocratie délibérative. Son analyse ne vise bien sûr pas à faire des cours les centres de la théorie démocratique. C'est donc pour lui dans la bonne compréhension par les juges, relayée par une bonne compréhension de la nature de leur argumentation par les citoyens, par les hommes politiques et d'abord par les juristes eux-mêmes que cette mission pourra être accomplie, sachant par ailleurs que Dworkin, ainsi qu'on a pu l'observer plus haut, défend surtout la responsabilité des juges dans leur délibération, sans nier que dans la recherche de compromis entre eux et dans la recherche de la présentation de leur compromis ils ont d'autres responsabilités. Leur responsabilité dans la recherche des accords et des accords en droit est bien évidemment très complexe.

Dworkin marque surtout, et c'est ce que l'on retiendra ici, que le forum du juge ne se comprend que dans un apport à l'existence d'une communauté de principe, une contribution à l'ensemble des forums de la démocratie et donc dans le contexte d'un système démocratique. Dworkin relève que lorsqu'une question constitutionnelle a fait l'objet d'une décision de la Cour suprême et qu'elle est suffisamment importante pour que l'on puisse espérer qu'elle soit prolongée, étendue, restreinte ou renversée par de futures décisions, un débat national soutenu commence, dans les journaux et dans les autres médias, dans les classes des écoles de droit, dans les réunions publiques et autour des tables des dîners. Ces débats correspondent mieux à la conception d'un gouvernement républicain, tel que le concevait Learned Hand, du fait de l'accent qu'ils placent sur les principes mieux que le fait le processus législatif seul, isolé du reste des forums sur les principes.

Dans les cas où ce sont les droits constitutionnels qui sont en cause, il est important que le public participe dans la décision, non parce que la communauté devrait rejoindre la décision que le plus grand nombre souhaite, mais pour la raison très différente : que le respect de soi exige que le peuple participe comme les partenaires d'une entreprise commune dans la discussion des arguments moraux sur les règles sous le règne desquelles ils doivent vivre<sup>40</sup>. Mais, pense Dworkin, le rôle du citoyen comme un agent moral participant à sa propre gouvernance est parfois mieux protégé si les mécanismes de décision font intervenir un juge.

---

<sup>40</sup> Voir l'analyse de Learned Hand à laquelle Dworkin fait référence. « *For myself it would be most irksome to be ruled by a very of Platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not. If they were in charge, I should miss the stimulus of living in a society where I have, at least theoretically, some part in the direction of public affairs. Of course I know how illusory would be the belief that my vote determined anything; but nevertheless when I go to the polls I have a satisfaction in the sense that we are all engaged in a common venture. If you retort that a sheep in the flock may feel something like, I reply following Saint Francis, « My brother, the Sheep »* (Hand, *The Bill of Rights. Oliver Wendell Holmes Lectures*, HUP, 1958, p. 73-74).

18. *La sensibilité à l'analyse empirique de l'analyse de l'apport du rôle des cours à la démocratie.* Alors même qu'elle se présente comme une approche normative et non pas descriptive, la théorie de la démocratie constitutionnelle dworkinienne repose aussi sur des observations de faits institutionnels, sociaux ou pratiques et sur des hypothèses sur ces faits et ne manque pas d'inviter à mener des analyses empiriques. Elle invite par exemple à mener des études de cas sur l'impact qu'a eu ou qu'a pu avoir l'existence d'une décision d'une cour constitutionnelle et, notamment, les cas sur lesquels Dworkin s'est appuyé pour illustrer sa théorie et, notamment, les décisions sur l'interruption volontaire de grossesse devant la Cour suprême (*Roe v. Wade*, 410, U.S. 113, puis *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*<sup>41</sup>) ou encore la décision sur le suicide assisté qui a donné lieu au célèbre *Brief des philosophes* mais qui montre le décalage entre l'argumentation du *Philosophers' Brief* et celui de la Cour suprême des États-Unis (affaire *Washington v. Glucksberg*, S. Ct 521 U.S. 702 (1997) qui rend une décision unanime, mais avec des opinions concurrentes).

---

<sup>41</sup> 505 U.S. 833 (1992), une décision que Dworkin a particulièrement salué comme illustrant la méthode du droit intégrité. Dworkin, « Roe was Saved », *The New York Review of Books*, June 29, 1989, réédité in *Freedom's Law*, HUP, p. 117 s.



# LE DÉSACCORD SUR LE CONCEPT DE RETENUE JUDICIAIRE DEVANT LA COUR SUPRÊME

---

Idris FASSASSI

LL. M. Harvard Law School, Maître de conférences, Université Panthéon-Assas (Paris II),  
membre du Centre de droit public comparé

**Abstract:** *“Activism” and “restraint” are terms frequently used to qualify a judge’s decision, despite the profound ambiguity of these words and the subjectivity of their use. “Activist” is often an alternative way of expressing a substantial disagreement with a particular decision, while qualifying a decision as one made with “restraint” often reveals a positive appreciation of that decision. At a time when these terms are increasingly used in French legal literature, this article analyzes the disagreement on the meaning and use of these notions as they relate to Supreme Court decisions in American constitutional scholarship, where they first appeared. Part one explains the construction and the deconstruction of the concept of judicial restraint through a historical and theoretical panorama. Part two analyzes more specifically key moments, in the 1960’s and today, in which deep ideological tensions led to a redefinition of these terms and the weakening of their meaning. Given this history, the article ultimately questions the utility of these expressions going forward.*

Le désaccord peut se définir comme la divergence de vues sur un objet donné. Dans une société démocratique, le désaccord, pour autant qu’il demeure inscrit dans le débat d’idées, s’appréhende *a priori* comme un signe de vitalité et de bon fonctionnement de la société. Il est en effet la marque du pluralisme sans lequel il n’est, pour reprendre la formule employée par la Cour européenne des droits de l’homme, « pas de société démocratique »<sup>1</sup>. En droit, le désaccord est une notion structurante, ne serait-ce que parce que tout litige oppose des parties ayant des prétentions opposées. Celles-ci peuvent ainsi être en désaccord sur les sources du droit qui gouvernent le litige ainsi que sur leur interprétation.

Ce désaccord se retrouve également au niveau des juges et peut s’illustrer, dans les systèmes qui le prévoient, par la rédaction d’opinions concordantes et, surtout, dissidentes. Il est sur ce point singulier de constater à la lecture de ces opinions que, bien souvent, alors que les juges de la majorité affirmeront dans leur opinion avoir fait preuve de retenue, d’autolimitation et n’avoir fait qu’appliquer le droit, les juges dissidents soutiendront au contraire que ces juges ont outrepassé les limites de leur pouvoir et ont fait œuvre créatrice<sup>2</sup>.

Cette opposition entre activisme et retenue renvoie à la question des frontières de l’exercice légitime de la fonction juridictionnelle, à la question des excès

---

<sup>1</sup> CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 1976, para. 49, requête n° 5493/72.

<sup>2</sup> Voir notamment *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

de pouvoir du juge. La problématique est ancienne et s'illustre pleinement en France à travers l'expression « gouvernement des juges »<sup>3</sup>, mais on ne peut que constater l'emploi croissant dans la littérature juridique francophone des termes « activisme » et « retenue » pour la traiter, en s'appuyant d'ailleurs sur l'origine américaine des termes<sup>4</sup>. Ces qualificatifs qui peuvent servir à décrire l'action du juge en général sont ainsi fréquemment déclinés à l'égard du juge constitutionnel, de la Cour de Justice de l'Union européenne, de la Cour européenne des droits de l'homme, du juge judiciaire ou administratif, etc.<sup>5</sup>

Deux remarques s'imposent. La première tient aux désaccords manifestes au sein de la doctrine sur la dimension activiste ou non de l'action du juge, d'un point de vue descriptif. Les uns perçoivent de la retenue là où les autres déplorent de l'activisme. Les vives réactions doctrinales faisant suite aux décisions du Conseil constitutionnel en 2011 et 2013 relatives au mariage entre personnes de même sexe<sup>6</sup> sont à ce titre révélatrices et traduisent déjà une certaine partialité de la critique<sup>7</sup>.

Non seulement les auteurs divergent dans leur appréciation de l'éventuelle dimension activiste de ce que fait le juge, mais ils sont aussi en désaccord, d'un point de vue prescriptif cette fois-ci, sur l'opportunité d'adopter une jurisprudence activiste. Si, *a priori*, la retenue judiciaire est traditionnellement louée et prônée, en ce qu'elle permet de respecter les prérogatives des autres branches et ainsi de ne pas étouffer le politique<sup>8</sup>, l'activisme, particulièrement en matière

<sup>3</sup> É. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921, 276 p. Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre étude, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, Paris, 2017, 767 p.

<sup>4</sup> Cf. « Il me semble que, sur la durée, la CEDH a su naviguer, pour employer des expressions utilisées pour la Cour suprême des États-Unis, entre l'écueil de l'activisme judiciaire et celui d'un excessif self-restraint », J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme », *Commentaire*, n° 155, 2016, p. 520; B. Delzangles, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2009, p. 12; A. Abat i Ninet, « L'activisme judiciaire en Espagne », *Politeia*, 2014, p. 90.

<sup>5</sup> Voir, à titre d'illustration, G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *La Création du droit par le juge, Arch. phil. droit*, n° 50, Paris, Dalloz, 2007, p.; A. Dyèvre, *L'activisme juridictionnel en droit constitutionnel comparé: France, États-Unis, Allemagne*, Thèse Droit, Paris I - Panthéon-Sorbonne, 2008, 537 p.

<sup>6</sup> Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011; Cons. const., déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

<sup>7</sup> Dans les deux décisions, le Conseil met en exergue qu'« il ne lui appartient pas [...] de substituer son appréciation à celle du législateur » et valide aussi bien la non ouverture du mariage aux couples de même sexe que son ouverture prévue par la loi. Non seulement chacune des décisions a été perçue différemment (retenue pour les uns, activisme masqué pour les autres) mais on n'est pas loin de percevoir des contradictions internes chez certains, qui approuvent la retenue dans un cas, et dénoncent l'activisme dans l'autre.

<sup>8</sup> D. de Béchillon, « Le Conseil est-il mou? », *Commentaire*, n° 138, 2012, p. 479.

de protection des droits fondamentaux, est parfois préconisé<sup>9</sup>. Les décisions du Conseil constitutionnel relatives à l'état d'urgence ont d'ailleurs pu être critiquées en raison de la trop grande retenue dont aurait fait preuve le Conseil, retenue qui peut même s'envisager comme... une forme d'activisme<sup>10</sup>. Il apparaît alors que c'est bien souvent un juste milieu vertueux qui est recherché, « à mi-chemin entre l'activisme et la retenue, entre aller trop loin et ne pas aller assez loin »<sup>11</sup> mais la détermination concrète de ce juste milieu demeure problématique en raison précisément du caractère indéterminé de ce cadre. C'est donc peu dire qu'un grand flou règne en la matière, lié notamment à l'imprécision et l'ambivalence des termes activiste et retenue, de sorte que, pour reprendre les mots célèbres de Jean Rivero, les « chameaux » et les « moustiques » que le juge filtre ou laisse passer s'apprécient de manière très subjective<sup>12</sup>.

Il est dès lors utile d'envisager le sens de ces termes et de la critique en activisme ou en excès de retenue à l'égard de la jurisprudence de la Cour suprême aux États-Unis, qui constituent le cadre au sein duquel ces expressions sont apparues et sont le plus souvent mobilisées. Les termes « activisme judiciaire » et « retenue judiciaire » sont inmanquablement liés, dans la mesure ils sont souvent appréhendés négativement, l'un par rapport à l'autre. La retenue est ce qui n'est pas activiste, et réciproquement. L'expression « activisme judiciaire » apparaît aux États-Unis en 1947, sous la plume d'Arthur Schlesinger qui ne la définit pourtant pas<sup>13</sup>. On peut considérer, selon une définition très générale, que les juges activistes sont ceux qui « légifèrent depuis le prétoire » et laissent leurs conceptions idéologiques prévaloir dans l'opération de jugement, tandis que la retenue judiciaire serait le propre des juges qui ne feraient qu'appliquer le droit ou qui, dans une seconde acception, feraient preuve de retenue en apportant un correctif prudentiel précisément afin de ne pas aller trop loin<sup>14</sup>. L'activisme renvoie ainsi à l'idée du franchissement d'une ligne qui marquerait les frontières de l'intervention légitime du juge, et à ce qu'on appelle aux États-Unis la difficulté contre-majoritaire, c'est-à-dire la problématique du gouvernement des juges<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Voir E. Picard, « Les droits de l'homme et l'activisme judiciaire », *Pouvoirs*, n° 93, 2000, p. 113-143.

<sup>10</sup> Voir *infra*. Voir P. Blachère, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 23.

<sup>11</sup> J. P. Costa, *La Cour européenne des droits de l'homme, Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, p. 256.

<sup>12</sup> Cf. J. Rivero, « À propos de la loi Sécurité et liberté : filtrer le moustique et laisser passer le chameau. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 juin 1981 », *AJDA*, 1981, p. 275.

<sup>13</sup> A. Schlesinger, « The Supreme Court: 1947 », *Fortune*, Vol. 35, 1947, p. 73.

<sup>14</sup> Il y a ainsi dans l'activisme une dimension institutionnelle (légiférer depuis le prétoire) et une dimension idéologique, qui sont d'ailleurs liées dans la mesure où c'est l'influence du facteur idéologique pour obtenir une solution particulière qui conduirait le juge à outrepasser ses prérogatives.

<sup>15</sup> Voir notre étude, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, Paris, 2017, 767 p.

Les termes « activisme » et « retenue » sont aujourd'hui omniprésents dans le débat constitutionnel américain<sup>16</sup>. La difficulté tient toutefois à ce que, au-delà des éléments généraux mentionnés plus haut, la notion d'activisme apparaît extrêmement fuyante et marquée par les jugements de valeur de celui qui s'exprime. Est souvent « activiste » la décision que celui qui s'exprime désapprouve au fond. Certains auteurs ont tenté de mesurer l'activisme du juge de manière objective, en le liant au nombre de lois invalidées ou de précédents renversés<sup>17</sup>. On s'aperçoit néanmoins rapidement des limites d'une telle approche. Imaginons en effet que le Congrès adopte des lois « clairement inconstitutionnelles »<sup>18</sup> et supprime la liberté de la presse, en violation du Premier amendement. Une Cour qui invaliderait cette loi serait-elle activiste ? À l'inverse, une Cour qui s'abstiendrait de façon complaisante d'invalider des lois « clairement inconstitutionnelles » ne serait-elle pas aussi activiste, à travers la validation de ces lois ? Paradoxalement, la retenue judiciaire peut donc être une forme d'activisme. Les difficultés s'accroissent dangereusement lorsqu'on s'éloigne de ces cas simples pour envisager les *hard cases* tranchés par la Cour suprême. Le nombre de lois invalidées ou de précédents renversés peut donc servir d'indicateur, mais il faut garder à l'esprit que l'activisme et la retenue ne s'épuisent pas dans une définition quantitative. Ils font nécessairement intervenir des considérations qualitatives relatives à ce qui serait le domaine approprié de l'intervention du juge.

Le présent article entend montrer le poids des désaccords en droit constitutionnel américain sur la notion de retenue judiciaire (*judicial restraint*) et d'activisme (*judicial activism*), qui conduisent en définitive à s'interroger sur l'utilité de l'emploi de ces expressions, tant elles apparaissent être des coquilles vides, instrumentalisées par les juges et la doctrine. Le moment présent est particulièrement opportun pour mener cette analyse en raison des profondes lignes de fractures qui parcourent le débat constitutionnel aux États-Unis, et qui s'illustrent dans la pratique constitutionnelle elle-même, ainsi qu'en témoigne le récent épisode de la nomination du juge Garland<sup>19</sup>. Ces fractures sont d'ailleurs bien plus qu'un simple désaccord, car

<sup>16</sup> Pour la seule période allant de 1990 à 2017, on compte ainsi plus de dix-sept mille articles mobilisant l'expression dans des revues de droit, et trois-cent trente un articles dont le titre contient l'expression « activisme judiciaire ». Recherche menée par nos soins sur la base de données Heinonline.

<sup>17</sup> Voir L. Ringhand, « Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court », *Constitutional Commentary*, Vol. 24, n° 1, 2007, p. 43-102; S. Lindquist, F. Cross, « The Scientific Study of Judicial Activism », *Minnesota Law Review*, Vol. 91, n° 6, 2007, p. 1752-1784; *Measuring Judicial Activism*, Oxford University Press, New York, 2009, 176 p.

<sup>18</sup> Par « clairement inconstitutionnelles », nous faisons référence, pour les besoins de l'hypothèse, à des lois au sujet desquelles l'ensemble des observateurs s'accordent à dire qu'elles méconnaissent la Constitution, telles que le rétablissement de l'esclavage, en violation du Treizième amendement.

<sup>19</sup> Il est difficilement contestable que le droit constitutionnel américain traverse une certaine crise liée précisément à la difficulté d'articuler de manière cohérente les dernières évolutions de la jurisprudence, et à l'extrême polarisation idéologique des argumentations. À ce titre, on notera que le Professeur Lau-

tout désaccord suppose en effet un socle minimal sur lequel des opinions précisément divergentes vont être développées. Les participants à la discussion sont en quelque sorte d'accord, *a minima*, sur le point sur lequel ils sont en désaccord. Or aujourd'hui, s'agissant de l'intervention de la Cour, les désaccords sont tellement forts outre-Atlantique qu'il est difficile de trouver un point d'ancrage sur la base duquel le débat pourrait véritablement prospérer. La très forte prégnance des considérations subjectives et des appréciations idéologiques est donc un obstacle à la mobilisation constructive des expressions « activisme » ou « retenue ».

Il conviendra d'envisager dans un premier temps la construction puis la déconstruction du concept de retenue judiciaire, à travers un panorama historique et théorique des contours de la notion de retenue judiciaire dans le débat constitutionnel américain (I). À la suite de ce premier mouvement qui opère sur un temps long, il s'agira d'envisager plus particulièrement des moments charnières, au cours desquels des désaccords idéologiques ont conduit à la redéfinition de la notion d'activisme et, en définitive, à son profond affaiblissement (II).

## I. La construction et la déconstruction du concept de retenue judiciaire

Le concept de retenue judiciaire a eu dans le passé une acceptation relativement précise. En se plongeant dans l'histoire de la jurisprudence de la Cour suprême et des débats doctrinaux, on peut en effet déceler ce à quoi renvoyaient les expressions « retenue judiciaire » et « activisme judiciaire » au cours des époques classiques, à savoir des interventions du juge relativement bien identifiées (A). La difficulté est qu'aujourd'hui l'action de la Cour suprême n'est plus catégorisable

---

rence Tribe, auteur du traité faisant autorité en droit constitutionnel, avait justifié en 2005 sa décision d'abandonner son projet attendu de mise à jour de son ouvrage, alors même que le premier tome de la troisième édition était paru, précisément pour ces raisons. Il est utile ici de reprendre son argumentation dans la lettre qu'il adresse au juge Stephen Breyer et à ses lecteurs : « *I've suspended work on a revision because, in area after area, we find ourselves at a fork in the road – a point at which it's fair to say things could go in any of several directions – and because conflict over basic constitutional premises is today at a fever pitch. Ascertaining the text's meaning; the proper role and likely impact of treaty, international and foreign law; the relationships among constitutional law, constitutional culture, and constitutional politics [...] are passionately contested, with little common ground from which to build agreement [...]. The reason is that we find ourselves at a juncture where profound fault lines have become evident at the very foundations of the enterprise, going to issues as whose truths are to count and sadly, whose truths must be denied* ». Ces lettres ont été publiées in L. Tribe, « The Treatise Power », *Greenbag*, Vol. 8, n° 3, 2005, accessible en ligne sur le site de la revue. Au-delà du débat doctrinal, la pratique elle-même traduit l'ampleur des désaccords et le nouveau degré atteint dans l'affrontement idéologique, à travers notamment l'épisode de la nomination du juge Merrick Garland en remplacement du juge Scalia en 2016, au sujet de laquelle les sénateurs républicains n'ont même pas entendu se prononcer, laissant la Cour avec un siège vacant pendant plus d'un an, en invoquant des arguments non convaincants. Certains sénateurs, dont le sénateur McCain, avaient même indiqué que si Hillary Clinton remportait l'élection, il fallait faire de même pour les quatre années de son mandat et donc bloquer par principe toutes ses nominations, en refusant de se prononcer sur celles-ci, quel que soit le profil du candidat choisi.

comme auparavant. L'« activisme », ou ce qui est présenté comme tel, opère en effet tout azimut, parfois sans grande cohérence<sup>20</sup>. Non seulement les décisions de la Cour deviennent difficilement lisibles, mais les efforts des mouvements critiques pointant l'indétermination du droit et la dimension idéologique de la jurisprudence ont d'ailleurs fini de saper la notion même d'activisme qui, parce qu'elle serait partout, résiste à l'effort d'identification (B).

### ***A. La singularité des époques classiques d'activisme: une relative homogénéité***

Plusieurs précisions doivent être apportées sur la notion de retenue judiciaire, qui d'ailleurs illustrent les difficultés pour la saisir. La première tient à ce que la retenue judiciaire ne peut signifier l'inaction ou plus précisément la non-utilisation du pouvoir d'invalider les lois. Une telle approche, appliquée à un juge constitutionnel, conduirait en effet à systématiquement valider les lois soumises à son contrôle, or si un tel contrôle existe dans un système, c'est précisément pour qu'il soit mis en œuvre dans certaines hypothèses. La retenue judiciaire ne saurait donc être l'abdication judiciaire. D'ailleurs, à bien y regarder, la non utilisation de ce pouvoir ne serait pas véritablement une inaction en raison de la portée de la validation et de la légitimation des choix du législateur qui serait alors opérée. La lecture des travaux des auteurs et des juges qui ont prôné la retenue judiciaire révèle qu'ils plaident plutôt pour la limitation des invalidations selon deux approches différentes. La première hypothèse, la plus évidente, envisage le juge empreint de retenue comme celui qui ne fait qu'appliquer le droit, rien que le droit. La retenue tient ici à ce que le juge se confine aux frontières du droit, en s'abstenant de tout choix axiologique et que, pour reprendre la formule du Professeur Thayer, il n'invalidera une loi que dans les cas où son inconstitutionnalité est claire<sup>21</sup>. Cette conception renvoie à un formalisme marqué, auquel il est difficile d'adhérer s'agissant du juge constitutionnel, pour la simple raison que le contentieux constitutionnel porte pour l'essentiel sur des cas où l'inconstitutionnalité n'est pas claire et dans lesquels le juge dispose d'un très large pouvoir discrétionnaire<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Voir note précédente.

<sup>21</sup> J. Thayer, « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, Vol. 7, n° 3, 1893, p. 143.

<sup>22</sup> Le juge Richard Posner affirme même que la Cour suprême dispose d'un pouvoir discrétionnaire comparable à celui du législateur lorsqu'elle se prononce en matière constitutionnelle et que ses décisions sont le fruit d'un jugement politique. Voir R. Posner, « A Political Court », *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2005, p. 40. Sur les limites de l'approche formaliste, voir notre étude, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 628 et s.

Dans un autre sens, le juge empreint de retenue judiciaire est le juge qui, conscient de la sensibilité de son action, pourra être amené à apporter un correctif prudentiel, de manière par exemple à refuser d'invalider une loi au regard des conséquences que cette invalidation pourrait avoir. Il s'agit ainsi d'un juge « aux mains tremblantes » pour reprendre l'expression de Montesquieu. Les travaux récents de Cass Sunstein sur le minimalisme judiciaire relèvent de cette approche<sup>23</sup>. On voit ainsi que cette variante est déjà en tension avec la première, puisque le juge pourrait ici ne pas suivre ce que le droit semblerait imposer afin précisément de limiter ses actes.

Ces précisions étant apportées, il convient d'envisager comment la retenue et l'activisme ont été pensés au cours des époques classiques durant lesquelles le pouvoir de la Cour a été discuté. Car si l'expression « activisme judiciaire » a été forgée en 1947, la réalité à laquelle elle renvoie remonte aux origines de la République.

L'époque la plus symbolique de cette discussion est sans doute l'ère Lochner (1890-1937), du nom du célèbre arrêt éponyme de la Cour suprême dans lequel elle invalide une loi de l'État de New York limitant la durée maximale de travail des boulangers à soixante heures par semaine, au motif que la loi méconnaît la liberté contractuelle, une liberté pourtant non-inscrite dans la Constitution<sup>24</sup>. L'ère Lochner renvoie ainsi à une période d'intervention du juge idéologiquement orientée dans un sens conservateur<sup>25</sup>, au cours de laquelle les cours, en s'appuyant sur la clause de commerce ou la clause de *due process* de la Constitution fédérale, s'opposèrent aux législations d'inspiration progressiste visant à limiter les heures de travail dans certaines professions, à garantir un salaire minimum<sup>26</sup>, à interdire le travail des enfants<sup>27</sup> ou encore à lutter contre les monopoles<sup>28</sup>. Les principes du laissez-faire étaient alors insufflés dans la Constitution par des juges qui s'érigeaient en acteurs déterminants de la politique économique et sociale de la Nation. La mise en exergue de la malléabilité des règles de droit entre les mains de juges désireux de les faire plier participa d'ailleurs de l'apparition du mouvement réaliste dans la doctrine juridique américaine à cette époque.

<sup>23</sup> C. Sunstein, « Foreword: Leaving Things Undecided », *Harvard Law Review*, Vol. 110, n° 1, 1996, p. 4-101 ; *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, 304 p.

<sup>24</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>25</sup> C'est d'ailleurs cet affrontement entre les cours et le mouvement progressiste que décrit Edouard Lambert dans son ouvrage sur le gouvernement des juges et sur la base duquel il s'appuie pour mettre en garde la doctrine française contre l'importation d'un mécanisme, le contrôle de constitutionnalité des lois, qui fonde selon lui la suprématie politique du pouvoir judiciaire et assure la domination des forces conservatrices.

<sup>26</sup> *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

<sup>27</sup> *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

<sup>28</sup> *United States v. E. C. Knight*, 156 U.S. 1 (1890).

L'activisme, tel qu'il était perçu dans le débat doctrinal et dénoncé par les auteurs progressistes<sup>29</sup>, était donc en synthèse un activisme en sens conservateur et la période se comprend aisément sous cet angle de lecture<sup>30</sup>. La retenue judiciaire, telle que défendue par le juge Holmes dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Lochner*, se comprend à l'inverse comme une forme de déférence envers les choix du législateur en matière économique et sociale, dans la mesure où la Constitution semble silencieuse sur la question. Dans une opinion dissidente passée à la postérité, il affirme ainsi que « la Constitution n'est pas conçue pour incorporer une théorie économique en particulier », et souligne que son éventuelle approbation ou désapprobation de la loi n'a « aucune incidence sur le droit pour une majorité d'ancrer ses convictions dans le droit »<sup>31</sup>.

Les leçons de l'ère *Lochner* tiennent donc à ce que le juge doit faire preuve de déférence envers les autres branches du pouvoir en matière économique et sociale. À défaut, le juge s'expose aux contre-mesures du pouvoir, et cela s'est d'ailleurs illustré dans le conflit qui a opposé la Cour au Président Franklin Roosevelt en 1937 au sujet de la constitutionnalité des mesures du New Deal. Si son projet visant à augmenter le nombre de juges à la Cour afin de dissoudre l'opposition de celle-ci a finalement échoué, c'est parce que cette menace avait conduit la Cour à opérer un revirement de jurisprudence et à mettre fin à l'ère *Lochner*<sup>32</sup>. La Cour elle-même a entériné le changement lorsqu'elle affirme quelques années plus tard que :

« Les doctrines qui prévalurent dans les décisions *Lochner* [...] et des affaires similaires [...] ont été depuis longtemps rejetées. Nous sommes revenus aux conceptions constitutionnelles originelles en vertu desquelles les cours ne substituent pas leurs théories économique et sociale aux jugements des corps législatifs [...]. Nous refusons d'être une super-législature appréciant la sagesse des lois »<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Voir L. Boudin, « Government by Judiciary », *Political Science Quarterly*, Vol. 26, n° 2, 199, p. 253 ; W. Ransom, *Majority Rule and the Judiciary*, Charles Scribner's Sons, New York, 1912, 183 p., G. Roe, *Our Judicial Oligarchy*, B.W. Huebsch, New York, 1912, 239 p.

<sup>30</sup> Naturellement, les juges rejetaient l'argument selon lequel ils allaient trop loin et affirmaient simplement assurer la garantie des droits économiques protégés par la Constitution. Ils estimaient que ce serait manquer à leurs devoirs de juge s'ils faisaient preuve de déférence à l'égard du législateur sur ces questions. Ils affirmaient ainsi ne faire qu'appliquer le droit. Le juge Brewer déclarait ainsi : « *It [the police power] is the refuge of timid judges to escape the obligations of denouncing a wrong, in a case in which some supposed general and public good is the object of legislation [...]* », cité in M. Brodhead, *David Brewer: The Life of A Supreme Court Justice, 1837-1910*, Southern Illinois University Press, Carbondale, 2006, p. 117.

<sup>31</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905).

<sup>32</sup> *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

<sup>33</sup> *Ferguson v. Skrupa* 372 U.S. 726, 7320-732 (1963).

L'ère *Lochner* se clôt ainsi avec la détermination d'une sphère, d'un champ, la matière économique et sociale, dans laquelle l'intervention de la Cour doit être limitée et dans laquelle doit prévaloir le principe majoritaire. Si aujourd'hui le terme *Lochner* est utilisé en tant qu'adjectif ou verbe de manière péjorative à l'encontre de toute décision jugée activiste<sup>34</sup>, quel que soit son sens ou le champ dans lequel elle intervient, l'activisme de l'ère *Lochner* renvoyait bien à une intervention particulière du juge.

La deuxième époque classique généralement présentée comme illustrant l'activisme de la Cour suprême est celle de la Cour Warren (1953-1969) du nom du Président Earl Warren. Quelques décennies après la fin de l'ère *Lochner*, la Cour est de nouveau vivement critiquée pour son intervention au motif qu'elle se substituerait au législateur ou qu'elle aurait quitté le champ du droit pour investir celui de la morale<sup>35</sup>. La particularité de cette période tient à ce que la Cour était alors dominée par les libéraux et que, pour la première fois de son histoire, l'activisme opérerait donc dans un sens libéral<sup>36</sup>. La Cour contribua à la transformation fondamentale de la société américaine et rendit d'importantes décisions s'agissant de la lutte contre la ségrégation raciale, de la protection de la liberté d'expression, du droit constitutionnel à la vie privée, de la protection de la liberté d'expression ou encore de la garantie de l'égalité en matière électorale. Ainsi, elle déclara inconstitutionnelle la ségrégation raciale dans les écoles publiques puis dans l'ensemble de l'espace public<sup>37</sup>, elle restreignit fortement les pouvoirs des États et du gouvernement fédéral dans la lutte contre les activités subversives<sup>38</sup>, déclara inconstitutionnelle la pratique des prières dans les écoles publiques<sup>39</sup>, reconnut un droit constitutionnel à la vie privée, non garanti explicitement par la

<sup>34</sup> *Lochner* est en effet dans le débat américain la figure du contre-modèle, l'exemple par excellence de la mauvaise décision constitutionnelle. Voir J. Greene, « The Anticanon », *Harvard Law Review*, Vol. 125, n° 2, 2011, p. 379-475. Il convient néanmoins de noter les efforts depuis une vingtaine d'années d'une partie de la doctrine pour réhabiliter l'arrêt en le présentant comme une simple application du droit, et non comme un acte d'activisme. Voir D. Bernstein, *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights Against Progressive Reform*, University of Chicago Press, Chicago, 2011, 208 p. Voir *infra*.

<sup>35</sup> Voir L. Hand, *The Bill of Rights*, Atheneum, New York, 1964, p. 73.

<sup>36</sup> Nous utilisons ici « libéral » dans l'acception américaine du terme (*liberal*), c'est-à-dire proche de « progressiste ». « Libéral » et « conservateur » constituent les deux grands pôles sur le spectre des préférences idéologiques et ces termes renvoient donc à des philosophies judiciaires distinctes. Cette classification, omniprésente dans le discours constitutionnaliste américain, a le mérite de la simplicité et permet, dans une optique générale, de qualifier la philosophie judiciaire d'un juge. Nous employons les termes de manière descriptive, sans que cela ne traduise un jugement de valeur de notre part. Il est ainsi courant de dire que le juge Neil Gorsuch, nommé par le Président républicain Donald Trump en 2017, est un juge conservateur, de même que la juge Sonia Sotomayor, nommée en 2009 par le Président démocrate Barack Obama est une juge libérale.

<sup>37</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>38</sup> *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957); *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957).

<sup>39</sup> *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

Constitution sur le fondement duquel elle invalida une loi réprimant l'usage de contraceptifs<sup>40</sup> ou encore garantit le principe « un homme, une voix » en matière de découpage électoral<sup>41</sup>.

L'intervention de la Cour fut vivement critiquée par les conservateurs qui y virent l'illustration des penchants jusnaturalistes des juges, mais aussi par une partie des progressistes qui certes appréciaient les solutions rendues sur le fond, mais ne parvenaient pas à les justifier en droit, d'autant plus qu'ils s'étaient construits intellectuellement sous l'ère Lochner en prônant la déférence à l'égard des choix des branches politiques<sup>42</sup>.

Si l'activisme de la Cour Warren, tel qu'il était dénoncé par ses détracteurs y compris certains juges qui précisément mettaient en avant la retenue judiciaire<sup>43</sup>, eut une vaste portée, il s'articulait principalement autour du principe d'égalité et de la protection des droits des personnes favorisées, tel qu'illustré dans les décisions *Brown* – mettant fin à la ségrégation raciale – ou *Baker v. Carr* – sur la base duquel sera consacré le principe « un homme, une voix » en matière de découpage électoral – qu'Earl Warren considérait lui-même comme la décision la plus importante que la Cour ait rendue sous sa présidence<sup>44</sup>.

Les deux grandes périodes d'activisme au cours du xx<sup>e</sup> siècle étaient ainsi relativement homogènes dans leur orientation idéologique, avec pour la première un activisme conservateur et pour la seconde un activisme en sens libéral, et dans le champ d'application qui était précisément critiqué. À cette relative homogénéité de ces époques classiques, s'oppose la complexité de l'époque actuelle, caractérisée par des accusations en activisme provenant des deux extrémités du spectre idéologique.

## **B. La complexité du moment présent : la généralisation de l'activisme**

La complexité de l'emploi des termes « activiste » ou « retenue » est liée à deux mouvements convergents, à savoir la montée en puissance de la Cour et une politisation croissante qui conduit à ce que l'activisme dénoncé résiste à tout effort de définition.

<sup>40</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>41</sup> *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962) ; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

<sup>42</sup> Voir *infra*.

<sup>43</sup> « *These decisions give support to a current mistaken view of the Constitution and the constitutional function of this court. This view, in short, is that every major social ill in this country can find its cure in some constitutional principle and that this court should take the lead in promoting reform when other branches of government fail to act. The Constitution is not a panacea for every blot upon the public welfare nor should this court, ordained as a judicial body, be thought of as a general haven of reform movements* », *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 589 (1964), opinion dissidente du juge Harlan.

<sup>44</sup> E. Warren, *The Memoirs of Earl Warren*, Doubleday, Garden City, 1977, p. 308.

S'agissant du premier mouvement, il suffit ici de rappeler que la Cour n'est plus l'institution faible qu'elle était au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, qu'Alexander Hamilton qualifiait de branche « la moins redoutable » du pouvoir<sup>45</sup>. Il suffit pour cela d'observer la mesure dans laquelle les questions majeures qui divisent la société américaine sont tranchées par la Cour, de la loi sur la réforme de l'assurance santé, à la question de l'interruption volontaire de grossesse, en passant par la peine de mort, le mariage homosexuel, les questions relatives aux programmes d'*affirmative action*, ou même l'élection présidentielle comme dans l'affaire *Bush v. Gore*<sup>46</sup>. La Cour moderne rend ainsi chaque année des décisions importantes, dans des matières particulièrement sensibles, à telle enseigne que si on pouvait distinguer auparavant des périodes de crise, liées précisément aux périodes dites d'activisme, aujourd'hui il serait possible d'affirmer que la « crise » liée aux critiques des décisions les plus controversées est devenue une caractéristique presque normale de l'exercice contemporain du contrôle de constitutionnalité des lois. Elle est certes moins aigüe et saillante que sous l'ère Lochner ou la Cour Warren, mais elle est toutefois désormais constamment présente, diffuse dans l'exercice continu du contrôle de constitutionnalité sous sa forme moderne.

La politisation croissante, elle, est la conséquence de ce rôle déterminant joué aujourd'hui par la Cour. Elle est en somme la conséquence de la juridicisation du débat public. Pour paraphraser ce qu'avait déjà perçu Tocqueville, il n'y a pas en effet une question morale ou politique qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire aux États-Unis<sup>47</sup>. Tout désaccord ou toute controverse dans la sphère politique peuvent être transmutés en arguments juridiques, que la Cour accepte le plus souvent d'accueillir. La juridicisation de ces questions a cependant entraîné, en retour, une politisation de la Cour et du système judiciaire dans son ensemble, à mesure que ces questions y prospéraient. Bien que converties en arguments juridiques, les questions politiques n'ont pas perdu leur essence politique et ont en quelque sorte « déteint » sur le processus judiciaire qui devait les résoudre. La Cour est ainsi devenue un enjeu de pouvoir, et cela s'illustre dans le fait que la question des nominations à la Cour soit devenue un enjeu fondamental des élections présidentielles.

Au regard des effets de ce double mouvement, il n'est pas surprenant d'entendre des commentateurs affirmer que l'opposition entre activisme et retenue judiciaire a vécu, de sorte que l'on pourrait affirmer aujourd'hui « nous sommes tous

<sup>45</sup> A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist Papers*, New York, New American Library, 1961, p. 465 (n° 78).

<sup>46</sup> *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

<sup>47</sup> A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique, Souvenirs, L'Ancien Régime et la Révolution*, Robert Laffont, Paris, 1986, p. 258.

activistes désormais »<sup>48</sup>. Si ce constat fut émis par Anthony Lewis dès les années 1980, il est singulier de noter que l'ensemble de la doctrine ou presque s'accorde à reconnaître que la Cour est aujourd'hui activiste et que certains évoquent la fin du concept même de retenue judiciaire<sup>49</sup>. La différence porte sur les appréciations selon que l'activisme dénoncé opère dans un sens libéral ou conservateur, mais rares sont ceux qui voient dans la Cour moderne une Cour imprégnée des préceptes de la retenue judiciaire. Cet activisme se caractériserait par la protection de certains droits fondamentaux, au détriment du principe majoritaire et en fonction de préférences idéologiques; le droit à l'avortement pour les uns, le droit individuel de détenir des armes à feu pour les autres<sup>50</sup>. La situation se complexifie assurément lorsqu'une même décision est à la fois perçue par les libéraux comme illustrant l'activisme conservateur, et par les conservateurs comme révélant l'activisme libéral, tandis que le juge l'ayant rendu lui affirme avoir fait preuve de retenue judiciaire, comme ce fut le cas dans l'importante décision sur la constitutionnalité de la réforme santé au sujet de l'opinion rendue par le Chief Justice Roberts<sup>51</sup>.

La raison de ce « brouillage » tient à ce que la Cour moderne, bien que résolument conservatrice, rend néanmoins certains des décisions libérales, en matière d'avortement ou sur la question des droits des homosexuels qui heurtent les sensibilités conservatrices<sup>52</sup>. En cela, la Cour ouvre un front de critiques générales mais place aussi chacun des deux camps face à ses propres contradictions. Deux affaires récentes, rendues toutes deux en 2013, à quelques jours d'intervalle, sont révélatrices de la complexité de la situation actuelle et qui illustrent à quel point l'activisme des uns est la retenue des autres.

<sup>48</sup> A. Lewis « Foreword », in V. Blasi, *The Burger Court – The Counter-Revolution That Wasn't*, Yale University Press, 1983, New Haven, p. IX.

<sup>49</sup> Le juge Wilkinson, qui officie à la Cour d'appel du quatrième circuit, affirmait ainsi : « *The problem here is that everybody loves their own rights; it's just the other person's rights that we have qualms about. Frankly, we are all activists until our own ox is gored* », Showcase Panel IV : « An Examination of Substantive Due Process and Judicial Activism », *Texas Review of Law and Politics*, Vol. 17, n° 2, 2013, p. 319. Voir également R. Posner, « The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint », *California Law Review*, Vol. 100, 2012, p. 519 et s.

<sup>50</sup> *Roe v. Wade*, l'arrêt protégeant le choix de recourir à l'avortement, et l'arrêt *Heller*, garantissant le droit de détenir individuellement des armes à feu, sont ainsi présentés comme les deux faces d'un même activisme, simplement mises en œuvre au service de choix axiologiques différents. Voir J. Harvie Wilkinson, « Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law », *Va. L. Rev.*, Vol. 95, 2009, p. 253 et s.

<sup>51</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012).

<sup>52</sup> Cela s'explique notamment au regard de la composition de la Cour suprême. Ces dernières années, jusqu'au décès du juge Scalia le 13 février 2016, la Cour suprême était divisée entre l'aile conservatrice, composée du Chief Justice Roberts, des juges Scalia, Thomas, Alito et Kennedy, et l'aile libérale composée des juges Ginsburg, Breyer, Sotomayor et Kagan. Le juge Kennedy est le juge pivot, c'est-à-dire le centre de gravité idéologique de la Cour. Il vote le plus souvent avec l'aile conservatrice, même s'il rejoint l'aile libérale dans certaines affaires. Le remplacement récent du juge Scalia par le juge Gorsuch ne modifie pas le rapport de forces idéologique au sein de la Cour.

Dans la première affaire, *US. v. Windsor*<sup>53</sup>, la Cour juge en l'espèce, par cinq voix contre quatre, que la loi fédérale DOMA (*Defense of Marriage Act*), qui limite la reconnaissance de l'union maritale et la jouissance des droits et avantages qui en découlent au niveau fédéral aux seuls couples hétérosexuels, est inconstitutionnelle. Le juge Antonin Scalia a rédigé une opinion dissidente particulièrement critique de l'opinion de la majorité. Selon lui, celle-ci « augmente le pouvoir de la Cour » au détriment du « pouvoir pour le peuple de se gouverner lui-même ». Il affirme que la Cour ne pouvait pas « invalider cette loi adoptée démocratiquement » et que l'erreur des juges provient d'une « conception hypertrophiée du rôle de la Cour ». Selon lui :

« [L'opinion de la majorité] est stupéfiante. Il s'agit d'une affirmation de la suprématie du pouvoir judiciaire sur les représentants du peuple au Congrès et sur l'Exécutif. [...] Ceux qui ont rédigé et ratifié notre chartre nationale n'auraient pas reconnu une telle image de la Cour [...]. Nous aurions pu nous couvrir d'honneur aujourd'hui, en promettant à toutes les parties au débat qu'il leur revenait de le trancher et que nous respecterions leur décision. Nous aurions pu laisser le Peuple décider. Mais la majorité en a décidé autrement »<sup>54</sup>.

Le juge Scalia dénonce ainsi l'arrogance de l'opinion majoritaire et affirme que la Cour aurait dû laisser le peuple, à travers les branches politiques, décider. Il met ainsi en exergue la retenue judiciaire, elle-même liée à la protection du principe majoritaire et dénonce l'intervention indue de la Cour. Il est toutefois difficile de concilier la position du juge Scalia dans l'affaire *Windsor* avec celle qu'il défend un jour plus tôt, dans l'affaire *Shelby County*<sup>55</sup>. En l'espèce, était en cause la constitutionnalité d'une disposition majeure du *Voting Rights Act*, une loi votée en 1965 visant à protéger le droit de vote des minorités raciales. Elle interdit toute restriction ou privation du droit de vote fondée sur la race ou la couleur de peau et impose un régime particulier à certains États et entités – du sud essentiellement – au passé sensible sur la question raciale – qui ne pourront modifier leur réglementation en matière électorale qu'à la condition d'obtenir en amont l'autorisation de l'*Attorney General* (ministre de la Justice) ou d'un panel de juges fédéraux. Le VRA prévoit toutefois que ces États et entités peuvent être libérés de cette tutelle à condition de remplir certains critères. Cette loi avait été renouvelée en 1970, 1975, 1982, et en 2006, à une écrasante majorité, pour une durée de vingt-cinq ans.

<sup>53</sup> *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013). Voir notre commentaire in *RFDC*, n° 105, 2016, p. 211 et s.

<sup>54</sup> *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675, 2698, 2711 (2013).

<sup>55</sup> *Shelby County v. Holder*, 133 S. Ct. 2612 (2013).

Dans l'arrêt *Shelby*, la Cour, soutenue par le juge Scalia, juge que la mesure n'est plus justifiée au regard de l'évolution des rapports raciaux. Les temps ont changé, et les mesures exceptionnelles du passé ne sont donc plus justifiées aujourd'hui. Cette invalidation soulève toutefois une difficulté particulière parce que le Congrès a adopté ces mesures sur le fondement de ses pouvoirs tirés du Quinzième amendement protégeant le droit de vote. Le texte, qui autorise explicitement le Congrès à intervenir pour « donner effet » à l'amendement par une législation appropriée, fonde un pouvoir majeur, à l'égard duquel la Cour suprême fait traditionnellement preuve de déférence. La question fondamentale posée par l'affaire porte en effet sur le point de savoir qui est compétent pour déterminer si le VRA est toujours justifié aujourd'hui dans certaines régions. Le juge dispose-t-il d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Congrès en la matière ?

Une Cour qui, contre l'avis quasi unanime des élus du Congrès, estime que le *Voting Rights Act* n'est plus nécessaire et qui se fait ainsi le juge de l'état de la discrimination raciale aux États-Unis n'est pas la Cour humble et modeste érigée en modèle par le juge Scalia dans l'affaire *Windsor*. On a peine à voir, en effet, comment l'emphase sur le principe majoritaire et la démocratie dans *Windsor* est compatible avec l'intervention judiciaire qu'il défend dans *Shelby*. Le problème de la retenue judiciaire invoquée par Antonin Scalia tient donc à ce qu'elle est à géométrie variable et qu'elle épouse ses propres choix de valeurs. On pourrait également opposer son argumentation dans l'affaire *Shelby*, à la position de la Cour, qu'il soutient, dans l'affaire *Citizens United*<sup>56</sup>.

Un des arguments au soutien de la position du juge Scalia consisterait à soutenir, en invoquant une des axes de la retenue judiciaire, qu'il n'a fait qu'appliquer le droit, et que celui-ci imposait de ne pas invalider le *Defense of Marriage Act* mais imposait d'invalider le *Voting Rights Act*. Les éléments qui ressortent néanmoins de la juxtaposition des affaires sont la profonde subjectivité des raisonnements et l'absence de cohérence interne<sup>57</sup>. Cette thèse a été développée par les mouvements critiques, tels que les *critical legal studies* (CLS), pour qui le droit, et en particulier la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême, n'est autre que de la politique sous une autre forme<sup>58</sup>. Et pour utiliser un terme cher aux membres des CLS, on assiste aujourd'hui à la déconstruction des notions d'activisme et de retenue judiciaire sous l'effet des tensions, de l'instrumentalisation et des désaccords marqués qui empêchent de penser la notion de manière constructive. De l'activisme, on pourrait ainsi dire, à la manière du juge Stewart qui cherchait à définir l'obscénité dans une

<sup>56</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Voir notre commentaire, RFDC, n° 86, 2011, p. 324 et s.

<sup>57</sup> Voir nos commentaires précités de ces décisions.

<sup>58</sup> Voir M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, 327 p.

affaire célèbre, « je le reconnais quand je le vois »<sup>59</sup>. L'activisme et la retenue, en particulier aujourd'hui, sont ainsi dans l'œil de celui qui regarde.

Ce premier temps de l'analyse a permis d'envisager le temps long et la perte de sens des termes « activiste » et « retenue ». Il convient désormais d'envisager les redéfinitions ponctuelles et opportunistes des notions d'activisme et de retenue judiciaire qui ont eu lieu lors de certains moments charnières.

## II. Les redéfinitions opportunistes du concept de retenue judiciaire

Il est singulier de constater la mesure et la manière selon laquelle le binôme activisme-retenu a été repensé, délaissé ou retrouvé, au cours de certaines périodes, donnant lieu à des inversions paradoxales qui illustrent, une fois de plus, la prégnance des considérations idéologiques dans l'usage de ces termes. Le premier moment, particulièrement révélateur, correspond au dilemme des auteurs libéraux au cours des années 60, lorsque, après avoir dénoncé l'activisme de la Cour sous l'ère Lochner pendant plusieurs décennies, ils se retrouvent confrontés à l'activisme, libéral, cette fois-ci de la Cour Warren (A). Le second moment qu'il convient d'envisager se produit actuellement au sein du mouvement conservateur, avec le rejet de la retenue judiciaire, qui a pourtant longtemps été un marqueur du conservatisme juridique, au moins dans la rhétorique, au profit du concept émergent d'engagement judiciaire (B). Dans les deux cas, des désaccords autour des notions d'activisme et de retenue provoquent des scissions en doctrine, et des redéfinitions opportunistes.

### A. Le dilemme des libéraux sur la retenue judiciaire au cours des années 60

Les positions des libéraux vis-à-vis du pouvoir judiciaire avant la Cour Warren (1953-1969) peuvent être résumées de manière assez simple: les libéraux étaient traditionnellement hostiles à un pouvoir fort des cours. Ceci s'explique de manière assez logique puisque celles-ci étaient principalement dominées par les conservateurs<sup>60</sup>. Cette position des libéraux s'ancre et se cristallise sous l'ère Lochner, en réaction à ce qui est perçu comme étant l'activisme conservateur des juges<sup>61</sup>. Les auteurs libéraux vont alors critiquer cette jurisprudence de différentes manières.

<sup>59</sup> « I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description; and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that », *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) nous soulignons.

<sup>60</sup> Sur l'inclinaison conservatrice des juristes et des juges, voir A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique, Souvenirs, L'Ancien Régime et la Révolution*, op. cit., p. 253.

<sup>61</sup> Voir *supra*.

Une première forme de cette « révolte » tient à l'apparition du mouvement réaliste, en réaction à la fiction formaliste mise en avant par les juges selon lesquels ils ne faisaient qu'appliquer le droit<sup>62</sup>. La critique réaliste vise ainsi à dévoiler le poids des considérations personnelles et des biais idéologiques dans le processus d'interprétation, derrière la neutralité affichée et entretenue par le mythe d'une application mécanique de la règle de droit. Le raisonnement juridique est présenté comme un masque venant justifier *a posteriori* des choix idéologiques, rendus possibles par la marge de manœuvre qu'ouvre l'indétermination des dispositions constitutionnelles que les juges doivent interpréter.

Une autre forme de réaction des auteurs libéraux a consisté à militer fortement pour la retenue judiciaire, c'est-à-dire, telle qu'elle était comprise à l'époque, un rôle limité des cours. De grands juristes comme le Professeur James Bradley Thayer à Harvard, les juges Oliver Wendell Holmes et Louis Brandeis à la Cour suprême mettent ainsi en exergue et théorisent la nécessité d'un usage restreint et prudent du contrôle de constitutionnalité des lois, afin notamment de respecter le « droit pour une majorité d'ancrer ses conceptions dans le droit »<sup>63</sup>. L'opinion concordante du juge Louis Brandeis dans l'affaire *Ashwander*<sup>64</sup>, dans laquelle il rédigea un plaidoyer en faveur de la retenue judiciaire, était ainsi considérée comme le modèle à suivre<sup>65</sup>. En l'espèce, le juge avait, entre autres, posé la doctrine de l'évitement (*constitutional avoidance*), en vertu de laquelle la Cour ne saurait se prononcer sur une question de droit constitutionnel, quand bien même elle serait soulevée, s'il existe une autre base juridique permettant de résoudre l'affaire<sup>66</sup>. L'idée force du mouvement reposait ainsi sur une stricte limitation de l'intervention du juge constitutionnel. Ces auteurs retiennent ainsi une conception défensive de la légitimité du juge, caractérisée par ce qu'il s'abstient de faire.

Dans les années 50, la Cour Warren, par sa jurisprudence activiste et d'orientation libérale, mit à l'épreuve cette posture traditionnelle en faveur de la limitation du pouvoir judiciaire. Le dilemme posé par les décisions de la Cour Warren aux auteurs libéraux des années 1950 est le suivant : que faire face à cette Cour dont ils approuvent les solutions au fond, mais dont le caractère activiste heurte leurs conceptions du rôle de la Cour ? Cette vive tension s'illustre ainsi dans un article fondamental du Professeur Wechsler dans lequel, tout en critiquant les décisions de

<sup>62</sup> Voir M. White, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, Beacon Press, Boston, 1957, 301 p. ; M. Horwitz, *The Transformation of American Law: 1870-1960*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1992, p. 169 et s.

<sup>63</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905).

<sup>64</sup> *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936).

<sup>65</sup> Voir É. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 242.

<sup>66</sup> « *The Court will not pass upon a constitutional question although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of* », *Ashwander v. Tennessee Valley Auth.*, 297 U.S. 288, 347 (1936).

la Cour en matière de ségrégation raciale, il reconnaît qu'elles sont celles qui ont les meilleures chances de contribuer durablement au progrès de la société américaine<sup>67</sup>.

Face à cette nouvelle Cour, une partie des libéraux, la vieille garde progressiste, marquée par l'ère Lochner, fit le choix de la cohérence théorique, c'est-à-dire le rejet du nouvel activisme. Learned Hand et Felix Frankfurter défendirent ainsi résolument le principe de la retenue judiciaire, en critiquant au besoin les décisions de la Cour Warren<sup>68</sup>. C'était tout autant une exigence de cohérence qu'une illustration de leur approche défensive de la légitimité du juge constitutionnel. La difficulté tenait pour eux à justifier « objectivement » le double standard à l'œuvre – la déférence en matière économique et sociale, et le contrôle plus poussé en matière de liberté fondamentales autres qu'économiques. À leurs yeux, il était difficile de justifier les arrêts *Brown*<sup>69</sup> – mettant fin à la ségrégation raciale dans les écoles publiques – ou *Griswold*<sup>70</sup> – reconnaissant un droit constitutionnel à la vie privée sur la base duquel sera ultérieurement protégé le choix de recourir à l'interruption volontaire de grossesse – sans réhabiliter *Lochner*. Pour Felix Frankfurter, les événements de 1937 – à savoir les mesures offensives du Président Roosevelt contre la Cour – avaient illustré les dangers qui guettent une Cour trop audacieuse. Ceci se ressent distinctement dans son opinion dans la décision *Dennis* lorsqu'il écrit que « l'histoire enseigne que l'indépendance du pouvoir judiciaire est en péril lorsque les cours se trouvent mêlées aux passions du moment et endossent la responsabilité première dans les choix parmi les contraintes politiques, économiques et sociales »<sup>71</sup> ou encore dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Baker* lorsqu'il énonce que

« L'autorité de la Cour – qui ne possède ni la bourse ni l'épée – repose en dernier ressort sur la confiance continue du public à travers son approbation morale. De tels sentiments doivent être nourris par le détachement complet de la Cour, en apparence et en fait, à l'égard de toute

<sup>67</sup> H. Wechsler, « Toward Neutral Principles of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, Vol. 73, n° 1, 1959, p. 1-35.

<sup>68</sup> Voir L. Hand, *The Bill of Rights*, op. cit. Felix Frankfurter manifesta son opposition aux décisions de la Cour dans laquelle il siégeait de manière directe, à travers ses opinions dissidentes. Voir en particulier son opinion dissidente sous l'arrêt *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), dans laquelle il dénonce « la futilité d'une intervention judiciaire dans ce qui est essentiellement un conflit politique », *ibid.* p. 267. Il usa également de moyens indirects, notamment en encourageant ses anciens assistants, devenus les chefs de file d'école processualiste à Harvard (*legal process school*) tels que Henry Hart et Albert Sacks, à lancer la charge contre la Cour dans les revues de droit. Voir W Wiecek, « American Jurisprudence after the War: Reason Called Law », *Tulsa Law Review*, Vol. 37, n° 4, 2002, p. 871.

<sup>69</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>70</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>71</sup> « History teaches that the independence of the judiciary is jeopardized when courts become embroiled in the passions of the day and assume primary responsibility in choosing between competing political, economic and social pressures », *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 525 (1951).

compromission politique, ainsi que par le renoncement à se projeter dans les conflits politiques »<sup>72</sup>.

Le juge Frankfurter livre donc une défense de la retenue judiciaire pour des motifs à la fois de respect des institutions démocratiques – et donc du principe majoritaire – mais surtout de protection de l'institution judiciaire. C'est ainsi que s'explique ce que l'on pourrait nommer le « paradoxe Felix Frankfurter », icône du mouvement progressiste sous l'ère Lochner et qui devint pourtant une figure du conservatisme judiciaire sous la Cour Warren. Dans un monde en mutation, sous l'effet des reconfigurations provoquées par l'activisme libéral de la Cour Warren, le juge Frankfurter s'est efforcé de rester fidèle à la retenue judiciaire.

À l'inverse, une nouvelle génération d'auteurs, promis à un brillant avenir tels que Laurence Tribe, Bruce Ackerman, Frank Michelman ou Ronald Dworkin, s'affranchit de l'héritage intellectuel progressiste de l'ère Lochner. Convaincus par les résultats de la Cour, ils défendent et développent des théories afin de justifier l'activisme juridictionnel<sup>73</sup>. Contrairement à leurs aînés, ils n'ont pas connu l'ère Lochner. Leur référentiel est l'arrêt *Brown*, et le progrès qu'il représentait, non pas la crise de 1937, qui appartenait déjà à l'histoire. Ils peuvent donc défendre un rôle plus engagé du juge constitutionnel sans se contredire directement.

À leurs yeux, la difficulté contre-majoritaire n'est pas si « difficile » que cela. Le problème de l'ère Lochner n'est donc pas que la Cour a usurpé les pouvoirs du législateur et du peuple en invalidant les réformes progressistes au nom

<sup>72</sup> « *The Court's authority – possessed of neither the purse nor the sword – ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction. Such feeling must be nourished by the Court's complete detachment, in fact and in appearance, from political entanglements and by abstention from injecting itself into the clash of political forces in political settlements* », *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 267 (1962).

<sup>73</sup> Le Professeur Wechsler pouvait ainsi affirmer à propos du Professeur Tribe : « Voici quelqu'un qui n'était pas né quand les problèmes dont je parle apparurent [il fait référence ici à la crise du New Deal] et dont l'attitude vis-à-vis de l'activisme est par conséquent plus tolérante », in N. Silber, G. Miller, « Toward Neutral Principles in the Law: Selections from the Oral History of Herbert Wechsler », *Colum. L. Rev.*, Vol. 93, 1993, p. 924. D'ailleurs dans la préface de la première édition de son traité de droit constitutionnel, le Professeur Tribe affiche clairement sa position et rejette l'idée de la retenue judiciaire, qui est selon lui une autre forme d'activisme masqué – dans la mesure où décider de ne pas décider est déjà un choix qui règle le litige du requérant. Selon lui, le rôle de la Cour n'est pas de préserver l'intégrité ou la crédibilité du pouvoir judiciaire, mais, en reprenant les termes de la Constitution, de « former une union plus parfaite ». Dans ce cadre, il revendique ses choix de valeur et rejette expressément l'illusion de la neutralité : « *I reject the assumptions characteristic of Justices like Felix Frankfurter and scholars like Alexander Bickel: the highest mission of the Supreme Court, in my view, is not to conserve judicial credibility, but in the Constitution's own phrase, to "form a more perfect Union" between right and rights within that charter's necessary evolutionary design* » [...] *For me the morality of responsible scholarship points not at all to the classic formula of supposedly value-free detachment and allegedly unbiased description [...] I am convinced that attempts to treat constitutional doctrine neutrally elide important questions and obscure available answers* », L. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1978, p. ii.

de la protection de la liberté contractuelle. Le problème est tout simplement que la Cour a protégé les « mauvais » droits<sup>74</sup>. Dès lors, selon eux, la question que doivent se poser les juges n'est pas de savoir s'ils doivent ou non intervenir, mais plutôt comment ils doivent le faire. Le débat sur les valeurs constitutionnelles que le juge doit défendre l'emporte ainsi sur celui relatif à la préservation de la légitimité institutionnelle du juge constitutionnel. En d'autres termes, contrairement à leurs aînés, la nouvelle génération de juristes libéraux produits par la Cour Warren développe une conception offensive de la légitimité du juge et non pas défensive. C'est par ses actions et ses interventions que le juge remplit sa mission, non par la déférence envers le législateur et l'inaction.

De manière ironique, ce débat a commencé à se jouer en sens inverse il y a quelques années. Face aux décisions conservatrices de la Cour Rehnquist et de la Cour Roberts, des auteurs libéraux réunis sous la bannière du « constitutionnalisme populaire »<sup>75</sup>, prônent à nouveau la retenue judiciaire, ce qui a d'ailleurs provoqué une nouvelle scission au sein du mouvement libéral. Ces tensions s'illustrent à travers le désaccord entre Laurence Tribe et le Doyen Larry Kramer, exprimé dans les pages du *New York Times* en 2004<sup>76</sup>. Alors que Larry Kramer apporte une réponse institutionnelle au problème posé par l'activisme conservateur de la Cour contemporaine, en prônant la mise en retrait du juge constitutionnel, Laurence Tribe entend mener le combat sur le plan de la substance, en contestant non pas le pouvoir de la Cour, mais simplement le sens dans lequel celui-ci est exercé. Laurence Tribe est ainsi fidèle à la position qu'il adopte depuis les années 1970<sup>77</sup>. La controverse Larry Kramer – Laurence Tribe du début du XXI<sup>e</sup> siècle reproduit ainsi en sens inverse la querelle doctrinale des années 1950, qui avait divisé les libéraux au sujet de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Warren. À l'époque, à partir d'une doctrine largement favorable à la retenue judiciaire<sup>78</sup>, et donc circonspecte face aux audaces jurisprudentielles de la Cour Warren, un groupe de jeunes auteurs progressistes s'était affranchi de cet héritage intellectuel en embrassant la défense d'un rôle étendu du juge constitutionnel. Aujourd'hui, à partir d'une doctrine largement favorable à l'intervention poussée du juge, certains auteurs libéraux, revenus du mirage de la Cour Warren, prônent la limitation sinon l'élimination des pouvoirs du juge constitutionnel.

<sup>74</sup> Voir L. Tribe, *American Constitutional Law*, 3<sup>e</sup> ed., p. 1370.

<sup>75</sup> Voir notre étude, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique de l'argument contre-majoritaire* p. 249 et s.

<sup>76</sup> Voir L. Tribe, « The People's Court », *The New York Times*, 24 octobre 2004, p. 32. Laurence Tribe émet ici une critique au vitriol de l'ouvrage de Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, 376 p. Voir également L. Tribe, « To the Editor, *Kramer v. Tribe* », *The New York Times*, 21 novembre 2004 et L. Kramer, « To the Editor, *Kramer v. Tribe* », *id.*

<sup>77</sup> Voir *supra*.

<sup>78</sup> Parce que cette position lui avait été inculquée par ses maîtres tout au long de l'ère Lochner.

On pourrait objecter que cette nouvelle défense de la retenue judiciaire est sincère et qu'elle n'est pas liée au fait que la Cour soit aujourd'hui dominée par les conservateurs. Néanmoins, les juristes se livrant à une réflexion sur la justice constitutionnelle le font presque nécessairement en réponse à la manière dont celle-ci est exercée, c'est-à-dire en réponse aux décisions de la Cour suprême du moment. Toute réflexion en la matière, aussi sophistiquée soit-elle, peut difficilement échapper aux réalités des controverses constitutionnelles du moment. D'ailleurs, une des figures de proue du constitutionnalisme populaire, le Professeur Mark Tushnet à Harvard, a reconnu avec une franchise déconcertante que s'il pouvait s'assurer que les juges partageait ses vues libérales, il serait un ardent défenseur du contrôle de constitutionnalité<sup>79</sup>. Cela signifie bien que son engagement en faveur de la retenue judiciaire n'est pas un engagement de principe, mais est bien circonstanciel.

Ce réflexe opportuniste n'est pas l'apanage des libéraux. Un virage comparable a d'ailleurs lieu en ce moment chez les conservateurs.

### ***B. Le revirement contemporain des conservateurs: la défense de l'engagement judiciaire***

Dans le discours conservateur classique, l'activisme est une insulte et renvoie aux excès de la Cour Warren. Les juges de la Cour Warren sont dans cette optique des contre-modèles dont l'activisme menace la démocratie américaine. En 1968, le candidat Richard Nixon illustre cette idée lorsqu'il affirme vouloir nommer

« des juges qui envisageront leurs fonctions comme étant celle d'interpréter strictement le droit, et non de le créer. Ils se verront comme les gardiens de la Constitution et les serviteurs du peuple non pas comme une super législature, ayant carte blanche pour imposer ses conceptions politiques et sociales au peuple américain »<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> « *And of course if I could guarantee that five justices held exactly the views I have, I would be wildly in favor of judicial review* », M. Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, p. 155. Voir également M. Tushnet, « Is Judicial Review Good for the Left? », *Dissent*, Vol. 45, n° 1, 1998, p. 65-70, et « Democracy Versus Judicial Review », art. cit., articles dans lesquels Mark Tushnet affirme clairement que l'élimination du judicial review servirait les intérêts des libéraux.

<sup>80</sup> Richard Nixon, propos rapportés in D. Stephenson, *Campaigns and the Court: The U.S. Supreme Court in Presidential Elections*, Columbia University Press, New York, 1999, p. 181.

Le mouvement juridique conservateur moderne apparaît d'ailleurs dans les années 60, précisément en tant que réaction à la jurisprudence libérale de la Cour Warren. Le mouvement s'organise autour de grandes figures intellectuelles, notamment les juges Robert Bork et Antonin Scalia. Il se structure avec la création en 1982 de la *Federalist Society*, une organisation influente qui va diffuser les thèses conservatrices dans les écoles de droit et dans le milieu juridique dans son ensemble. Ce mouvement aura également une déclinaison théorique, à savoir l'originalisme en tant que méthode d'interprétation de la Constitution qui, en théorie du moins, prône un rôle limité du juge<sup>81</sup>.

Un des marqueurs du conservatisme juridique est la mise en exergue de la retenue judiciaire en lien avec le principe majoritaire. Si le juge doit faire preuve de retenue, et s'en remettre au sens originaire des dispositions constitutionnelles, c'est précisément pour ne pas se laisser « séduire par la politique » et ne pas empiéter sur les prérogatives des branches politiques. Comme l'écrit Robert Bork, le système américain suppose que, dans de larges domaines, la majorité doit l'emporter pour la seule raison qu'elle est la majorité<sup>82</sup>, raison pour laquelle l'intervention contre-majoritaire du juge doit être limitée. Lors de son audition devant le Comité judiciaire du Sénat, John Roberts exprime l'orthodoxie conservatrice (et formaliste)<sup>83</sup> en affirmant que

« les juges sont comme des arbitres. Les arbitres ne créent pas les règles ; ils les appliquent. Le rôle de l'arbitre et du juge est essentiel. Ils assurent tous deux que le monde obéit aux règles mais c'est un rôle limité [...] Mon rôle est d'arbitrer, pas de jouer »<sup>84</sup>.

On le voit, la référence à la retenue judiciaire constitue un point clé du conservatisme juridique traditionnel. Toutefois, un nouveau terme est apparu récemment dans les milieux conservateur et libertarien qui remet en cause cette

<sup>81</sup> Voir notre étude, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique de l'argument contre-majoritaire* p. 401 et s.

<sup>82</sup> R. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990, p. 139.

<sup>83</sup> Il convient de préciser que les juges conservateurs n'ont pas l'apanage de ce genre de propos formaliste. Les juges libéraux, lors de leurs auditions, tiennent peu ou prou le même discours. Sonia Sotomayor affirma ainsi : « Ma philosophie judiciaire est simple : fidélité au droit. Le rôle du juge n'est pas de créer le droit – il s'agit d'appliquer le droit », Confirmation Hearing on the Nomination of Sonia Sotomayor to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States : Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 111<sup>th</sup> Cong., 2009, p. 59. Il n'est guère surprenant que les juges relaient cette vision formaliste. En revanche, s'agissant de la doctrine, le discours autour de la retenue et d'un juge qui ne fait qu'appliquer le droit est prédominant chez les conservateurs, ainsi qu'en témoigne le succès de l'originalisme.

<sup>84</sup> Confirmation Hearing on the Nomination of John Roberts to Be Chief Justice of the Supreme Court of the United States : Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109<sup>th</sup> Cong., 2005, p. 55-56

posture traditionnelle: il s'agit du terme d'engagement judiciaire (*judicial engagement*). L'expression constitue, en quelque sorte, le « bon activisme », l'activisme vertueux, mais le terme « activisme » est trop connoté péjorativement pour pouvoir être mobilisé, de sorte qu'il fallait le remplacer. L'engagement judiciaire est ainsi l'habit neuf de l'activisme.

Ce terme apparaît au début des années 2010 dans les travaux de différents *think tanks* et groupes de réflexion tels que le *CATO Institute*, ou l'*Institute for Justice* et a rapidement fait florès<sup>85</sup>. L'*Institute for Justice* a d'ailleurs créé un Centre pour l'engagement judiciaire (*Center for Judicial Engagement*), mettant en exergue la nécessité de mettre en œuvre le contrôle de constitutionnalité des lois et fustigeant la déférence comme une forme d'abdication. Il s'agit rien de plus que d'un virage à cent quatre-vingt degrés par rapport à la position traditionnelle du conservatisme juridique, à travers une défense exacerbée du contrôle de constitutionnalité. La déclaration du Centre pour l'engagement judiciaire énonce ainsi qu'« invalider des lois et s'opposer aux actions illégitimes du gouvernement n'est pas de l'activisme, mais de l'engagement: c'est la mise en œuvre justifiée des limites sur le pouvoir politique »<sup>86</sup>. Dans cette optique, la retenue judiciaire est perçue comme une faute, une sorte de déni de justice constitutionnelle. Un rapport de l'*Institute for Justice* s'ouvre ainsi par le constat, chiffres à l'appui, que la Cour n'invalide pas suffisamment de lois, et ne protège ainsi pas les libertés auxquelles les lois validées portent atteinte<sup>87</sup>.

L'expression « engagement judiciaire » a gagné les prétoires et on la retrouve dans l'opinion d'une Cour d'appel fédérale déclarant inconstitutionnelle la réforme de l'assurance santé votée en 2010: « Lorsque le Congrès outrepassé ses limites, la Constitution requiert l'engagement judiciaire, non l'abdication judiciaire »<sup>88</sup>.

La difficulté, bien entendu, est de déterminer quels sont les champs dans lesquels l'engagement judiciaire doit opérer, quels sont les droits fondamentaux non prévus explicitement par la Constitution<sup>89</sup> que le juge doit protéger? Les conservateurs prônant cet engagement judiciaire mettent de façon non surprenante l'accent sur les libertés économiques et la propriété privée, et ce mouvement doit être mis en parallèle avec la littérature récente visant à réhabiliter

<sup>85</sup> Voir C. Neily, *Terms of Engagement: How Our Courts Should Enforce the Constitution's Promise of Limited Government*, Encounter books, New York, 2013, 232 p.

<sup>86</sup> Declaration of the Center for Judicial Engagement, accessible à l'adresse suivante: <http://ij.org/center-for-judicial-engagement/programs/declaration-of-the-center-for-judicial-engagement/>

<sup>87</sup> Institute for Justice, *Government Unchecked. The False Problem of « Judicial Activism » and the Need for Judicial Engagement*, 2011, 20 p., accessible en ligne.

<sup>88</sup> *Florida ex rel. Atty. Gen. v. U.S. Dept. of Health and Human Services*, 648 F.3d 1235, 1284 (11<sup>th</sup> Cir. 2011).

<sup>89</sup> La déclaration du Centre pour l'engagement judiciaire met en exergue la protection des droits non écrits.

l'arrêt *Lochner*<sup>90</sup>. Naturellement, les libéraux mettraient eux l'accent sur le droit au respect de la vie privée, protégeant ainsi le choix de recourir à l'avortement, de sorte que l'on retombe sur une opposition *Lochner contre Roe*<sup>91</sup>.

Ce renouveau de l'engouement pour l'intervention du juge crée une tension au sein du mouvement conservateur qui se retrouve divisé, à la manière de la scission qu'a connue le mouvement libéral dans les années 60. L'affaire récente *NFIB v. Sebelius*, la première décision de la Cour suprême sur la constitutionnalité de la réforme de l'assurance santé, est à ce titre particulièrement révélatrice<sup>92</sup>. En l'espèce, au terme d'une longue et complexe décision, la Cour, par cinq voix contre quatre, valide la disposition centrale de la loi avec, fait surprenant, le Président de la Cour John Roberts qui rejoint l'aile libérale. La surprise provient du fait que c'est généralement le juge Kennedy, le juge pivot, qui rejoint l'aile libérale pour faire basculer la Cour dans certains contentieux. Le raisonnement du juge Roberts est le suivant. L'obligation de s'assurer prévue par la loi ne peut pas être fondée sur les pouvoirs du Congrès tirés de la clause de commerce, mais il est possible de la fonder sur les pouvoirs fiscaux du Congrès, même si ce n'est pas l'interprétation la plus évidente. On peut ainsi y recourir pour sauver la loi.

Pour avoir voté avec les libéraux et validé la loi, le Président Roberts a été considéré comme un traître par les conservateurs<sup>93</sup>. D'ailleurs, lors des débats durant la campagne présidentielle de 2016, les candidats républicains Ted Cruz et Donald Trump ont tenté de rassurer leur base conservatrice en précisant qu'ils ne nommeraient pas des juges comme John Roberts. Pourtant, à bien y regarder, l'argumentation de John Robert correspond à ce qui était il n'y a pas si longtemps l'orthodoxie de la pensée constitutionnelle conservatrice.

La décision rédigée par John Roberts est en effet parsemée de références à la retenue judiciaire. Il rappelle « qu'entre deux interprétations possibles d'une loi, le devoir de la Cour est d'opter pour celle qui sauve la loi d'une déclaration d'inconstitutionnalité »<sup>94</sup>. Il conclue sur le même ton en affirmant que « la Cour ne s'est pas prononcé sur la sagesse de la loi car ce jugement est réservé au peuple en vertu de la Constitution »<sup>95</sup>. Cette conception limitée du rôle du juge, c'est celle que les conservateurs ont traditionnellement défendu. C'est celle qu'ils ont mis en avant face à ce qu'ils considéraient être les excès de la Cour Warren.

<sup>90</sup> Voir T. Colby, « The Return of Lochner », *Cornell Law Review*, Vol. 100, 2015, p. 5267-602.

<sup>91</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), arrêt dans lequel la Cour garantit le droit pour une femme du choix de recourir à l'avortement.

<sup>92</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012). Voir notre commentaire, *RFDC*, n° 97, 21014, p. 185 et s.

<sup>93</sup> C. Camia, « Chief justice takes fire for health care ruling », *USA Today*, 28 juin 2012, accessible en ligne.

<sup>94</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566, 2593 (2012).

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 2608-2609.

À l'inverse, les quatre juges conservateurs dans la minorité, qui estiment que l'obligation de s'assurer est inconstitutionnelle, dénoncent l'opinion de John Roberts. Ils disent qu'en fait de modestie, la décision traduit plutôt un excès de pouvoir judiciaire. On a là deux conceptions qui s'affrontent : une en vertu de laquelle les cours ont un rôle limité et il leur appartient d'éviter dans la mesure du possible d'invalider une loi, une autre plus offensive, en vertu de laquelle il n'appartient pas au juge d'essayer de dégager une interprétation raisonnable pour sauver la loi. En cela, l'arrêt traduit à la fois une crise et une transition au sein du mouvement conservateur. Cette évolution au sein du mouvement juridique conservateur se retrouve également, sur un plan plus théorique, dans les nouvelles versions de l'originalisme développée en doctrine, qui prônent un usage plus offensif du contrôle de constitutionnalité des lois<sup>96</sup>.

Les évolutions et volte-faces au sein du mouvement conservateur, traduites par l'émergence contemporaine du concept d'engagement judiciaire, qui serait ainsi la forme vertueuse de l'activisme, traduisent, une fois de plus la nature protéiforme et insaisissable de la retenue judiciaire.

\*\*\*

La référence à l'activisme ou à la retenue judiciaire obscurcit la discussion plus qu'elle ne l'éclaire, en raison de la profonde indétermination de ces termes. Les désaccords idéologiques, les nombreux revirements, les incohérences internes au sein d'un même argumentaire illustrent ainsi que l'activisme est dans l'œil de celui qui regarde et qui, le plus souvent, désapprouve la décision qu'il qualifie ainsi. Jean Rivero affirmait que les « mots dont la définition varie avec ceux qui les emploient inspirent un sentiment d'insécurité »<sup>97</sup>. Assurément, la « retenue judiciaire » et l'« activisme » sont de ces mots. Plus que d'insécurité, sans doute faut-il mieux évoquer une inintelligibilité du discours. À l'aune de ce constat, il serait sans doute préférable d'abandonner l'usage de ces termes et la présente étude aurait pu avoir pour sous-titre « Pour en finir avec l'activisme et la retenue judiciaire ». La difficulté, néanmoins, est que ces expressions ne manqueraient pas d'être remplacées par des formules tout aussi problématiques, telle que l'émergence de l'« engagement judiciaire » l'illustre, de sorte que les nouveaux mots seraient affectés des mêmes maux. La nature a horreur du vide et il est sans doute illusoire de penser que le débat puisse se passer de termes visant à qualifier l'intervention du juge. En dernière analyse, ce ne sont d'ailleurs pas tant les ex-

<sup>96</sup> Voir R. Barnett, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 2005, 366 p.

<sup>97</sup> J. Rivero, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, n° 5, 1978, p. 57.

pressions elles-mêmes qui sont en cause, mais bien l'intensité des lignes de faille qui parcourent le débat constitutionnel contemporain, des passions évoquées par Laurence Tribe<sup>98</sup> qui, précisément, laissent peu de place à l'accord.

---

<sup>98</sup> Voir *supra* note 19.



# 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 « défaisabilité » 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 défaisabilité 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.

# RÉFLEXION SUR LA NARRATION JUDICIAIRE DANS LES JUGEMENTS DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

---

Mathieu DEVINAT\*

*Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke*

**Abstract:** *A typical locus of disagreement in common law jurisdictions can be found in judicial decisions containing multiple opinions, whether they are concurring or dissenting. In these opinions, jurists find conflicting judicial pronouncements each supported by different argumentation. The study of divergent legal arguments has been a subject of interest for legal scholars in their understanding of the origins of disagreement between judges. The following paper explores another feature of judicial opinions, their narrative content. In the narrative parts of a judicial opinion, rather than specifically defending a point of view, judges objectively describe the facts and legal context at the heart of the conflict. As we will show, this narration is also useful in understanding the origins of disagreements among judges.*

Dans les pays de *common law*, l'une des manifestations typiques des désaccords est celle des dissidences exprimées dans les décisions judiciaires<sup>1</sup>. En leur présence, les juristes sont exposés à des affirmations conflictuelles sur l'état du droit et sur son application, chacune défendues par une argumentation différente. Bien que la partie argumentative des jugements ait souvent servi d'objet d'étude pour la compréhension de ces désaccords, nous avons préféré orienter notre réflexion vers les parties narratives<sup>2</sup> qui servent de soutien à celle-ci. Les

---

\* Je souhaite remercier Mme Valérie Beaulieu-Pfirtzel, candidate à la maîtrise (LL.M.) à la Faculté de droit, Université de Sherbrooke, et assistante de recherche pour ce projet. Ce texte reprend le format et le style d'une communication orale présentée lors du colloque « La construction de l'accord et du désaccord. L'épistémologie de la controverse dans l'argumentation en droit », ayant eu lieu le 25 novembre 2016, à la Faculté de droit et de science politique de l'Université Aix-Marseille

<sup>1</sup> Les jugements comportant des dissidences ont fait l'objet d'un intérêt renouvelé dans la doctrine canadienne, voir: W. D. Rankin et M. Jamal, « Dissents and Concurrences: Seven Debates in Charter Jurisprudence » (2013) 63 *SCLR* (2d) 8; C. Mathen, « The Upside of Dissent in Equality Jurisprudence », (2013) 63 *SCLR* (2d) 111; P. McCormick, « "With respect..." - Levels of Disagreement on the Lamer Court 1990-2000 » (2003) 48 *RD McGill* 89; Honorable Claire l'Heureux-Dubé, « The Dissenting Opinion: Voice of the Future? », (2000) 38 *Osgoode Hall Law Journal* 495; P. McCormick, « Standing Apart: Separate Concurrence and the Modern Supreme Court of Canada, 1984-2006 » (2008) 53 *McGill L. J.* 137; P. McCormick, « Blocs, Swarms, and Outliers: Conceptualizing Disagreement on the Modern Supreme Court of Canada », (2004) 42 *Osgoode Hall L. J.* 99; C. M. Joseph, « All but One: Solo Dissents on the Modern Supreme Court of Canada », (2006) 44 *Osgoode Hall L. J.* 501.

<sup>2</sup> Pour les fins du présent texte, la notion de « narration » désigne le récit qui décrit une série de faits et d'événements. Elle se distingue de l'argumentation judiciaire qui consiste à formuler un ensemble d'arguments en vue de convaincre le lecteur du bien fondé de la décision.

juges des tribunaux canadiens consacrent en effet de longs passages de leurs opinions judiciaires à décrire les contextes factuels et juridiques du litige. À la Cour suprême du Canada (ci-après la CSC), par exemple, il est de pratique courante d'intituler cette partie « introduction », « les faits » ou « origine du litige » dans laquelle les juges exposent, sous forme de récit, les enjeux juridiques soulevés par la cause ainsi que les faits qui en sont à la source. Loin d'être anodines, ces parties rappellent qu'au-delà des divergences d'opinion sur le fond du droit, les désaccords s'étendent aussi aux enjeux des questions qui leur sont posées et, de manière plus surprenante, à l'appréhension des faits de la cause.

En abordant les opinions judiciaires à partir des narrations qu'elles comportent, la présente étude s'inscrit dans une démarche de recherche prenant pour objet les pratiques d'écritures des différents acteurs du droit<sup>3</sup>. En décrivant le droit, le juriste est souvent appelé à emprunter la forme narrative où il raconte en quelque sorte ce qu'est le droit, en le contextualisant ou en l'inscrivant dans une trame historique. Lorsqu'il rend sa décision, le juge (du moins celui de *common law*) retient également cette forme narrative, mais dans ce cas, celle-ci comporte deux volets que l'on pourrait distinguer de la manière suivante : « *There are always two kinds of stories. One is a human story of who did what to whom, where, when, how, and why [...] The other is a legal story of rules, principles, procedures, and laws.* »<sup>4</sup>. Bien qu'elles puissent se chevaucher, les descriptions de l'histoire du litige (*human story*) et celle du cadrage du droit (*legal story*) méritent qu'on s'y attarde, car elles enrichissent la compréhension de l'argumentation du juge et du raisonnement qui la sous-tend. En comparant les narrations des juges majoritaires et dissidents, nous verrons en effet comment l'appréhension du contexte juridique (I) et des faits (II) jette un éclairage sur les raisons de leur désaccord.

## I. Narration du droit

Les questions soumises à la Cour suprême du Canada sont généralement, sinon exclusivement, controversées. Pour cette raison probablement, les décisions donnent souvent lieu à l'expression de plusieurs raisonnements que l'on

<sup>3</sup> En cela, le rapprochement avec l'activité littéraire n'est pas nouveau, voir la recension des orientations de recherche dans ce domaine : F. Ost, « Droit et littérature : variété d'un champ, fécondité d'une approche », (2015) 49 *RJTUM* 3. La question du style a aussi été abordée dans : N. Kasirer (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, Thémis, 2003. Dans une perspective nettement différente, voir : R. Dworkin, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, plus particulièrement dans le chapitre 7 « *Integrity in law* », lorsqu'il aborde « *the chain of law* », à la p. 228 et s. Voir aussi, J. Allard, « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », dans E. Danblon (dir.), *Argumentation et narration*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 67.

<sup>4</sup> G. Henderson, « The Cost of Persuasion : Figure, Story, and Eloquence in the Rhetoric of Judicial Discourse », (2006) 75 *University of Toronto Quarterly* 905, p. 913.

trouve exprimés dans des opinions concordantes ou dissidentes<sup>5</sup>. Si certaines oppositions s'expliquent par une différente pondération des arguments soumis par les parties, d'autres semblent reposer sur un aspect qui se situe à un niveau plus général, celui du contexte juridique entourant la question qui leur est posée. C'est, à tout le moins, ce qui ressort de certaines décisions dans lesquelles la manière de raconter le droit, le *legal story*, diffère d'une narration à l'autre<sup>6</sup>

Un exemple frappant des différentes contextualisations possibles qui s'offrent au juriste lorsqu'il traite d'une question de droit se trouve dans l'affaire *Amselem*. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada devait traiter du conflit entre l'exercice de la liberté de religion, sous la forme d'une souccah que l'on voulait construire sur un balcon, partie commune d'une copropriété divise, et la déclaration de copropriété qui l'interdit. À la lecture des différents motifs, on voit clairement que la manière de présenter la question ne s'impose pas d'elle-même. Si la majorité considère que le nœud du litige repose sur l'atteinte à l'exercice de la liberté de religion, les juges dissidents ont plutôt focalisé leur analyse sur le caractère contractuel de la déclaration de copropriété et sur une atteinte éventuelle à un droit de propriété.

En effet, on peut comparer le texte introductif de l'opinion majoritaire :

« Un aspect important de notre démocratie constitutionnelle est le respect des minorités, parmi lesquelles on compte bien sûr les minorités religieuses [...] De fait, une attitude respectueuse et tolérante à l'égard des droits et des pratiques des minorités religieuses est une des caractéristiques essentielles d'une démocratie moderne ».<sup>8</sup>

À cette introduction de l'opinion dissidente :

« Les deux affaires qui font l'objet de ce pourvoi mettent en cause des parties privées et posent le problème de la difficile conciliation de la liberté de religion des uns et du droit des autres à la propriété privée, à la sécurité et au respect des contrats ».<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Pour une description des différentes contributions possibles des juges dans les pays de *common law*, voir : C. Hanretty, « The Structure of Supreme Court Judgments, Eleven Ways to Leave One's Mark » (2013) 2 *Cambridge J. Int'l & Comp. L.* 41.

<sup>6</sup> Qui peut s'apparenter au concept de *legal framing* tel que mobilisé dans le domaine de la socio politique, voir : G. Leachman, « Legal Framing », dans *Studies in Law and Society*, volume 61, p. 25 : « *The sociological and socio-legal literatures on social movements have identified three main types of "legal framings" in contemporary social movement discourse: collective rights framing, individual rights framing, and nationalistic legal framing.* »

<sup>7</sup> *Syndicat Northerest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. Décision à comparer avec celle du 8 juin 2006 de la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation.

<sup>8</sup> *Syndicat Northerest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, au par. 1.

<sup>9</sup> *Syndicat Northerest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, au par. 172. Voir également les 176 et surtout le paragraphe 183 des motifs dissidents du juge Binnie.

Pour les uns, le litige porte sur le « respect des minorités » tandis que, pour les autres, il met en cause « des parties privées » et soulève un « problème de la difficile conciliation de la liberté de religion des uns et du droit des autres à la propriété privée, à la sécurité et au respect des contrats ». Chaque narration met l'accent sur une dimension distincte du litige, et curieusement, pour cette affaire en particulier, elle semble en avoir déterminée les conclusions.

D'autres contrastes sont également frappants. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Hasselwander*<sup>10</sup>, la CSC devait interpréter la définition de l'expression « arme prohibée » que l'on trouve dans le Code criminel. Cette arme est décrite de la manière suivante :

« “arme prohibée”

c) toute arme à feu, autre qu'une arme à autorisation restreinte décrite à l'alinéa c) de la définition de cette expression au présent paragraphe, pouvant tirer rapidement plusieurs balles pendant la durée d'une pression sur la détente; (nous soulignons) »

M. Hasselwander, collectionneur d'armes, était le propriétaire d'une mitraillette MiniUzi et au moment où il a tenté de la faire enregistrer comme « arme à autorisation restreinte », le registraire local a jugé que cette arme à feu était une « arme prohibée ». La preuve a permis de montrer que l'on pouvait facilement modifier la mitraillette de manière à ce qu'elle puisse tirer plusieurs balles pendant la durée d'une pression sur la détente. Mais il fallait, pour cela, la modifier. En l'état, par contre, elle ne pouvait pas tirer plusieurs balles « pendant la durée d'une pression sur la détente » telle que le prévoit la définition. La question soumise à la Cour suprême du Canada consistait donc à déterminer si le verbe « pouvoir » devait s'entendre comme pouvant éventuellement ou pouvant immédiatement. Écrivant au nom des juges dissidents, le juge Major décrit la question comme relevant strictement d'un débat sur l'interprétation correcte de la définition, son analyse portant essentiellement sur l'exégèse du verbe « pouvoir »<sup>11</sup>. En retour, le juge Cory au nom de la majorité présente la question dans une perspective de pondération entre la protection du public et (...) les droits des individus :

« Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si la mitraillette MiniUzi dont il est question en l'espèce doit être classée comme une arme prohibée. Pour ce faire, il faut tenir compte de l'équilibre à établir entre la protection du public contre l'avalanche possible de meurtres pouvant découler de l'utilisation d'armes automatiques et les droits des individus qui, en raison

<sup>10</sup> R. c. *Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398.

<sup>11</sup> R. c. *Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, à la page 402: « Le présent pourvoi porte sur l'interprétation du mot « pouvant » figurant à l'al. c) de la définition de « arme prohibée » au par. 84(1) du Code. »

de la possession d'une arme prohibée, peuvent être reconnus coupables d'un acte criminel qui, à l'époque, pouvait entraîner une peine d'emprisonnement de cinq ans ou d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ».<sup>12</sup>

Un dernier exemple de mise en contexte qui sépare les juges majoritaires et dissidents se trouve dans l'arrêt *Leiriao c. Val Bélair (ville)*<sup>13</sup>. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada devait déterminer si les municipalités disposaient d'un pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière selon la *Loi sur les cités et villes*<sup>14</sup>. L'appelant, M. Leiriaro, opérait un commerce de pièces usagées sur un terrain que la Ville de Val-Bélair souhaitait s'accaparer. Or, la ville n'avait pas de projet précis à proposer en lien avec cette expropriation, car elle procédait ainsi afin de constituer une « réserve foncière » pour des projets futurs. La question de droit portait essentiellement sur certaines dispositions de la *Loi sur les cités et villes*, et juges majoritaires et dissidents ont abordé à la question de manière tout à fait différente. Les juges majoritaires, qui donneront raison à la Ville de Val-Bélair, entament leurs motifs en décrivant la propriété de l'appelant comme une « cour à scrap »<sup>15</sup>, expression particulièrement péjorative, et ont strictement limité l'étude de la question à partir d'une analyse du pouvoir d'exproprier des municipalités. Dissidente, la juge L'Heureux-Dubé introduit sa décision en contextualisant la question soumise en opposant « la nature des droits de propriété et de l'expropriation au Québec ainsi que les conséquences d'un pouvoir illimité d'expropriation pour fins de réserve foncière »<sup>16</sup>, consacrant de longs extraits au caractère fondamental du droit de propriété, dont celui-ci, révélateur de sa compréhension des enjeux :

« L'expropriation constitue une atteinte draconienne au droit de propriété du particulier. Elle permet à un gouvernement de priver une personne de sa propriété. Dans certains cas, cela peut signifier que la personne perdra sa maison, son "refuge le plus sûr". Dans d'autres, comme en l'espèce, l'expropriation peut entraîner la perte du gagne-pain ».<sup>17</sup>

Ces exemples montrent, en quelque sorte, que la manière de raconter le litige et de le contextualiser sont susceptibles de contribuer à la compréhension

<sup>12</sup> *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, aux pages 407-408.

<sup>13</sup> *Leiriao c. ValBélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349.

<sup>14</sup> L.R.Q., ch. C19.

<sup>15</sup> *Leiriao c. ValBélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, p. 366.

<sup>16</sup> *Leiriao c. ValBélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, p. 354.

<sup>17</sup> *Leiriao c. ValBélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, p. 356.

des désaccords entre juges<sup>18</sup>. Entre les juges dissidents et la majorité, l'écart peut s'expliquer par les différentes compréhensions des enjeux que soulève la question qui leur est posée : la prise en compte du contexte dans l'argumentation juridique expliquerait en quelque sorte la divergence des solutions auxquelles ils arrivent. En retour, s'il est aisé d'admettre qu'on puisse concevoir différemment les enjeux juridiques d'une question controversée, il est plus étonnant que les juges fassent valoir une différente compréhension des faits à l'origine du litige. Or, comme nous le verrons, l'opposition entre les différentes narrations des faits illustre une seconde facette des divergences d'opinions en droit.

## II. Narration des faits

Les décisions de la CSC sont rendues au terme d'un long processus qui permet de filtrer l'information et la preuve concernant les faits du litige. Au terme de ce processus, ceux-ci sont rarement contestés et ne font pas l'objet d'interprétations contradictoires. En cela, le constat selon lequel il est inhabituel que les juges de la Cour suprême des États-Unis soient en profond désaccord sur le déroulement ou la signification des faits vaudrait également à l'égard de la CSC<sup>19</sup>. En revanche, la manière de présenter les faits, les parties et les enjeux sociaux soulevés par les litiges fait l'objet de divergences, parfois subtiles, qui trahissent différentes compréhensions du contexte factuel qui entoure la question de droit qui leur est posée. Nous avons ainsi répertorié les jugements de la CSC comportant des dissidences afin de comparer les parties dans lesquelles étaient décrits les faits du litige, ce qui nous a permis de dégager un certain nombre de techniques qui montrent que la narration des faits s'inscrit également dans un processus rhétorique.

La plus courante est probablement celle de la caractérisation des faits eux-mêmes<sup>20</sup>. Il est significatif, selon nous, qu'un juge décrive l'activité économique d'une des parties de « cour à scrap » alors qu'un autre va la désigner comme un

---

<sup>18</sup> Elle peut même, dans certains cas, avoir pour effet d'orienter les questions posées par les juges. Voir : *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, en comparant la question abordée par les juges majoritaires « La question à trancher est celle de savoir si La Société du Barreau du Manitoba (le « Barreau ») peut imposer des règles selon lesquelles le manquement par un avocat aux exigences d'un programme de PPP obligatoire est susceptible d'entraîner la suspension de son droit de pratique » à celle formulée par les juges dissidents : « [l]a véritable question concerne plutôt le caractère raisonnable de la règle de la Société du Barreau portant que les membres qui ne se conforment pas à ces exigences sont automatiquement suspendus. »

<sup>19</sup> J. C. Rideout, « A Tale Told Twice: Plausibility and Narrative Coherence in Judicial Storytelling », (2013) 10 *Legal Communication & Rhetoric*: JALWD 67, p. 68.

<sup>20</sup> Dans son étude, Chris Heffer écrit : « *The persuasive power of narrative lies in the fact that the narrator selects, slants and styles past actions to meet present rhetorical goals. Narrative permits the speaker to construct a thoroughly subjective storyworld while appearing to merely reconstruct the past.* » (C. Effer, « Revelation and Rhetoric: A Critical Model of Forensic Discourse », (2013) 26 *International Journal for the Semiotics of Law* 459, p. 468-69.

« gagne-pain »<sup>21</sup>. On pourrait accumuler les exemples : dans la décision, *Québec (Poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*<sup>22</sup>, les juges majoritaires ont qualifié d'inédite la conduite d'un avocat qui été décrite par les juges dissidents comme « ne présenta[nt] pas un caractère exceptionnel »<sup>23</sup>; dans *R. c. Saeed*<sup>24</sup>, « une fouille accessoire à une arrestation [qui porte] atteinte à la vie privée d'un individu. » est décrite par les juges dissidents comme « des prélèvements sur les parties génitales d'une personne lors de son arrestation – sans être tenus d'obtenir un mandat »<sup>25</sup>. Dans chacun des extraits répertoriés, les juges semblent décrire de manière objective une même réalité, ce qui accentue d'autant l'intérêt de ces divergences pour la compréhension de leur désaccord.

Une seconde technique de rédaction que nous avons pu relever concerne plus directement les références aux parties au litige : celles-ci sont parfois présentées de manière différente dans les différentes opinions judiciaires. Dans l'affaire *Thibodeau c. Air Canada*<sup>26</sup>, la majorité décrit la situation des « [deux] passagers, les appelants Michel et Lynda Thibodeau, [qui] ont réclamé devant la Cour fédérale des dommages-intérêts ainsi que des ordonnances dites “structurelles” ou “institutionnelles” obligeant Air Canada à prendre des mesures en vue d'assurer pour l'avenir le respect de la LLO [*Loi sur les langues officielles*] »<sup>27</sup>, alors qu'ils ne sont pas mentionnés dans la décision dissidente<sup>28</sup>. Le fait d'ignorer ou de ne pas relever l'expérience humaine à la source du litige permet de la désolidariser de la question de droit, et inversement. Dans d'autres cas, nous avons relevé que la narration ne mettait pas l'accent sur les mêmes acteurs. Les variations sont multiples : dans une opinion, on décrit les faits en focalisant sur l'une des parties

<sup>21</sup> *Leiriao c. ValBélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349.

<sup>22</sup> *Québec (Poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26.

<sup>23</sup> *Québec (Poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, comparez les par. 2 et 64.

<sup>24</sup> *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518.

<sup>25</sup> *R. c. Saeed*, 2016 CSC 24, [2016] 1 R.C.S. 518, aux par. 1 et 131. Voir également le raisonnement suivant : « Si le fait de prendre des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements buccaux et des empreintes dentaires constitue « l'atteinte la plus grave » à la vie privée d'une personne, que faut-il penser d'une fouille au cours de laquelle un individu doit enlever ses vêtements et faire un prélèvement par écouvillonnage de son pénis devant deux policiers en uniforme ? » (par. 92)

<sup>26</sup> *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340.

<sup>27</sup> *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 1.

<sup>28</sup> *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, Juge Abella, dissidente, au par. 64 : « Le droit international est en constante évolution. Les tribunaux des démocraties libérales se butent de plus en plus aux conséquences dans leur pays de l'application du droit international des droits de la personne. Dans la plupart de ces cas, il s'agit d'interpréter les règles nationales à la lumière de la protection plus étendue accordée par le droit international aux droits de la personne. En l'espèce, nous sommes en présence du scénario opposé : comment faut-il interpréter un traité international qui est peut-être en conflit avec la protection plus étendue des droits fondamentaux en droit national ? »

seulement, tandis que l'autre fait appel aux deux<sup>29</sup>; dans une autre, on nomme les parties (« Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane font partie des sept techniciennes du même laboratoire d'un hôpital qui ont appris être atteintes d'un cancer du sein. ») tandis que dans la dissidence on les désigne par leur statut professionnel (« La question dont le Tribunal était saisi était de savoir si le cancer du sein dont chacune des trois employées était atteinte était [traduction] "attribuable à" leur emploi de technicienne au laboratoire du Mission Memorial Hospital [...] »).<sup>30</sup> Enfin, nous avons relevé des décisions dans lesquelles les opinions majoritaires et dissidentes présentaient chacune la situation d'une partie seulement, les premiers en évoquant les appelants et les seconds les intimées<sup>31</sup>.

Qu'elles soient mineures ou fondamentales, ces variations dans la description des faits nous paraissent significatives pour le lecteur de l'arrêt. Elles sont néanmoins foncièrement ambiguës : elles peuvent être interprétées à la fois comme le reflet de divergences dans la compréhension du monde entre les différents juges, et qui expliquerait leur désaccord, soit comme des procédés rhétoriques visant à le convaincre. Chaïm Perelman a, à cet égard, décrit l'effet rhétorique de ces pratiques d'écritures dans *Logique juridique : nouvelle rhétorique* :

« Pour communiquer avec son auditoire, l'orateur considérera le langage comme un vaste arsenal dans lequel il choisira les moyens qui lui semblent les plus favorables à sa thèse. Tout exposé des faits peut les situer à différents niveaux de généralité. Une même action, celle de serrer les boulons d'une voiture, peut aussi être décrite comme une contribution à l'effort d'exportation d'un pays. Le choix d'un terme peut être valorisant ou dévalorisant ».<sup>32</sup>

<sup>29</sup> *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 34, [2016] 1 R.C.S. 1032, par. 5 : « La Financière est une personne morale de droit public constituée en vertu de la *Loi sur La Financière agricole du Québec*, RLRQ, c. L-0.1 (« LFAQ »). Elle a pour mission de « soutenir et de promouvoir, dans une perspective de développement durable, le développement du secteur agricole et agroalimentaire » (art. 3 LFAQ). Pour ce faire, elle met sur pied des programmes de protection du revenu, d'assurance et de financement agricole. » tandis que l'expérience de chacune des parties au litige est évoquée par la juge dissidente, au par. 102.

<sup>30</sup> *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) c. Fraser Health Authority*, 2016 CSC 25, [2016] 1 R.C.S. 587, par. 1 et 44. *M.M. c. États-Unis d'Amérique*, 2015 CSC 62, [2015] 3 R.C.S. 973 : « La présente affaire concerne trois jeunes enfants qui, après s'être enfuis et avoir vécu plusieurs jours dans une maison abandonnée, ont demandé à leur mère de les soustraire à un père violent qui les maltraitait. » (par. 173) et « La procédure d'extradition comporte deux objectifs importants, soit s'acquitter avec diligence des obligations internationales du Canada envers ses partenaires et protéger les droits de la personne dont l'extradition est demandée (« l'intéressé »). (par. 1) »

<sup>31</sup> *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147, au par. 44 et 122.

<sup>32</sup> C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 85.

## CONCLUSION

Les décisions de *common law* dans lesquelles on peut trouver des opinions divergentes ont un intérêt pour l'étude du raisonnement juridique. En formulant une argumentation pro et contra, elles permettent de relativiser le caractère général ou universel de la conclusion des juges majoritaires. Afin de comprendre la raison d'être de ces divergences, le juriste ne peut faire abstraction de la narration qui l'accompagne et qui a pour objet de mettre en récit les dimensions juridiques et matérielles du litige. Dans son ouvrage *Écrire la décision*, la juge Mailhot décrit le processus de description des faits et du litige de la manière suivante :

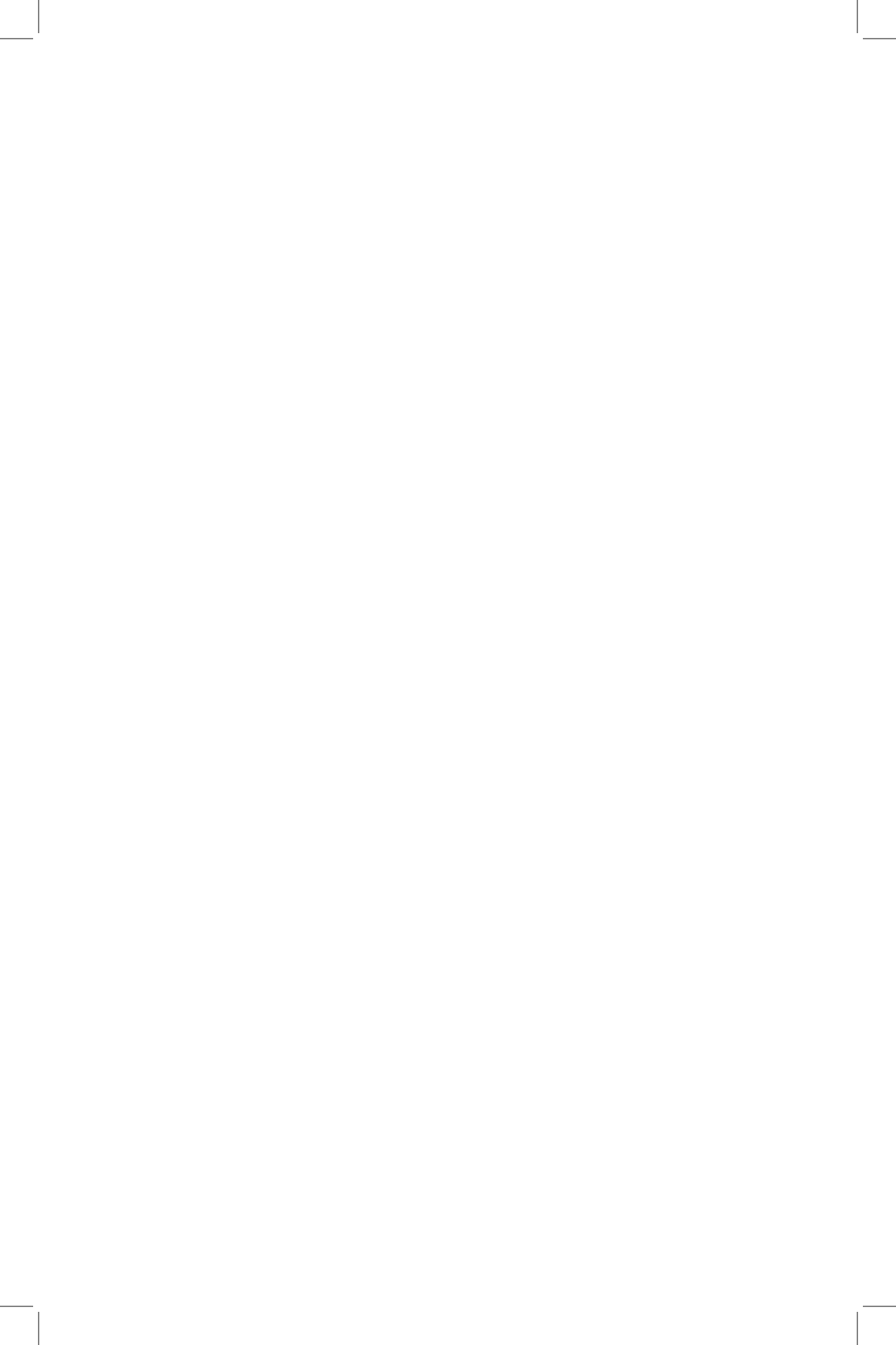
« [r]aconter l'histoire des événements d'une affaire ne signifie pas en constituer un inventaire. Il faut choisir les éléments nécessaires au bon déroulement du récit et les agencer de façon intéressante »<sup>33</sup>.

Même si la juge Mailhot insiste sur les qualité esthétiques<sup>34</sup>, le récit judiciaire peut également avoir d'autres finalités, et servir à convaincre le lecteur<sup>35</sup>. Dans une réflexion sur la construction des désaccords en droit, il nous paraissait donc utile d'exposer cette double finalité de la narration judiciaire, et de montrer que les désaccords peuvent aussi provenir d'une facette qui se situe peut-être en amont du raisonnement judiciaire, celle de la contextualisation des questions.

<sup>33</sup> L. Mailhot, *Écrire la décision*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon-Blais, 2004, ch. 3 « L'organisation du texte », à la page 56.

<sup>34</sup> À comparer avec l'importance de cohérence des faits dans le raisonnement juridique, décrit par Neil MacCormick : N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, à la p. 228 : « *The time-bound character of all human experience suggests indeed that a sense for the coherence of narratives is fundamental to our whole process of obtaining access to the past and of making judgements about it in which we can repose sufficient confidence to justify taking any action upon them.* ». Voir aussi : J. C. Rideout, « A Tale Told Twice: Plausibility and Narrative Coherence in Judicial Storytelling », (2013) 10 *Legal Communication & Rhetoric: JALWD* 67, p. 69-71.

<sup>35</sup> Décrit de la manière suivante par O. Reboul, *Introduction à la rhétorique. Théorie et pratique*, Paris, PUF, 1994, p. 67 : « La narration est l'exposé des faits concernant la cause, exposé en apparence objectif, et pourtant toujours orienté selon les besoins de l'accusation ou de la défense. Et c'est dans la narration que le logos prend le pas sur l'éthos et le pathos. Pour être efficace, elle aura trois qualités : clarté, brièveté, crédibilité. ».



# L'OBJECTIVITÉ DU DROIT DANS LES CAS DE DÉSACCORD PERSISTANT SUR LE DROIT ENTRE JUGES

---

Frédéric ROUVIÈRE

*Professeur, Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de théorie du droit)*

**Abstract:** *Intuitively, the disagreement is related to subjectivity. The aim of this paper is to show that the possibility of determining objective reasons explains the objectivity of the law despite of the disagreement. However, there are factors of resistance to the objectification of the reasons which explain the persistence of the disagreement.*

## 1. Le droit est-il encore objectif en cas de désaccord ?

Le but de cet article est de montrer que le droit reste objectif en cas de désaccord et même en cas de désaccord persistant. L'argument au soutien de cette thèse est que le droit ne réside pas dans un contenu mais dans la possibilité de produire des raisons objectives pour trancher les désaccords. Ainsi, la persistance d'un désaccord entre juges trouve en partie une explication par des facteurs de résistance à l'objectivation de telles raisons. Cette persistance n'est donc pas seulement liée à la subjectivité des intervenants ou au caractère moral et axiologique des questions discutées.

Pourtant, le désaccord est intuitivement mis en relation avec la subjectivité. En effet, si les juges discutent sur le droit applicable, c'est bien qu'il est difficile à identifier. Sinon quel serait alors l'objet de la discussion ?

Corrélativement, la persistance dans le temps du désaccord devrait s'interpréter comme le signe que le droit est sans doute indéterminable et que l'on pourrait discuter à perte de vue de la règle applicable, à supposer même qu'elle existe. Cette façon d'aborder le problème du rapport entre le désaccord persistant et l'objectivité est évidemment très péjorative. Elle fait penser que certains désaccords s'apparentent à une discussion sur le sexe des anges. Les

juristes eux-mêmes n'hésitent pas à parler de distinction<sup>1</sup>, de jurisprudence<sup>2</sup> d'analyses<sup>3</sup> ou de discussions « byzantines »<sup>4</sup> avec une connotation péjorative<sup>5</sup>.

Cette analyse semble postuler *a contrario* qu'en l'absence de désaccord le droit serait objectif et clairement identifiable. Pourtant, cela est loin d'aller de soi. Le courant du réalisme juridique, ou du moins celui des études critiques du droit<sup>6</sup> (*Critical Legal Studies*) laisse entendre que toute discussion juridique présente une teneur évanescence et sans consistance. Le raisonnement juridique serait en définitive un raisonnement politique et rien d'autre<sup>7</sup>.

L'enjeu du problème tient au fait de savoir si le désaccord persistant est le signe seulement apparent d'un désaccord politique ou éthique (et en ce cas, le droit n'est absolument pas objectif) ou bien s'il peut au contraire se terminer en découvrant une solution qui satisfasse tout le monde (et en ce cas le droit redevient objectif grâce à la controverse qui s'éteint alors d'elle-même). Derrière ce problème se cache ainsi d'importantes questions tenant au pouvoir du juge, à la détermination du droit et même à son ontologie. En effet, si le droit n'est plus objectif alors la controverse ne peut pas se clore par un acte de connaissance mais seulement par un acte de volonté, par une décision (éventuellement suprême) qui viendra mettre fin au débat. De même, si le droit ne peut jamais être objectif car présentant toujours un certain degré d'indétermination, alors à partir de quel moment le désaccord devient raisonnable? Cette dernière question a fait l'objet d'une précédente contribution<sup>8</sup>. Aussi, dans cette étude, nous nous concentrerons sur la question de savoir

<sup>1</sup> Conclusions du rapporteur public sous CE 12 oct. 2009, n° 315008, « Ce critère d'extériorité n'est pas sans conduire à des distinctions assez byzantines qui peuvent apparaître assez injustifiées aux yeux des intéressés au regard du principe d'égalité ».

<sup>2</sup> J.-L. Gallet, « Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction judiciaire », *Répertoire civil Dalloz*, 2016, n° 215 « Cette jurisprudence a d'ailleurs conduit à des solutions byzantines, car la distinction entre les différentes causes du dommage n'est pas toujours facile à opérer ».

<sup>3</sup> P. Delvolvé, « Les contrats de la "commande publique" » *RFDA* 2106, p. 201 : « Ainsi devraient être évitées ou, en tout cas limitées, les discussions et les analyses parfois byzantines sur l'identification des contrats et des règles qui leur sont applicables ».

<sup>4</sup> C. Saint-Alary-Houin, « Concession immobilière », Ph. Malinvaud (dir.) *Droit de la construction*, Dalloz action, 2016, n° 200.290 : « La discussion nous paraît un peu byzantine car le concessionnaire désireux de construire pourrait constituer une hypothèque sur le droit de construire afin d'obtenir du crédit, ce qui lui donne les avantages inhérents aux droits réels ».

<sup>5</sup> Comme la légende le veut, lorsque les Turcs ont attaqué Constantinople (Byzance), un concile s'y déroulait où l'on discutait du sexe des anges. D'où les querelles « byzantines », c'est-à-dire sans rapport avec la réalité à affronter.

<sup>6</sup> D. Kennedy, « Form and substance in private law adjudication », *Harvard Law Review* 1976, n° 89, p. 1685-1778.

<sup>7</sup> M. Thusnet, « Survey article: Critical Legal Theory (without modifiers) in the United States », *Journal of political philosophy*, 2005, n° 13, p. 99.

<sup>8</sup> F. Rouvière, « Le désaccord raisonnable en droit : le point de vue de l'argumentation », *RRJ: Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2016, p. 2097-2115.

ce que le désaccord persistant nous révèle à propos de l'objectivité du droit. Un tel désaccord confirme-t-il que le droit est, en réalité, toujours subjectif ? Au contraire, cela signifie-t-il qu'il ne le devient que dans ce cas ? Enfin, peut-on soutenir que le droit est toujours objectif en dépit d'un désaccord durable ?

Au fond, ces trois questions renvoient à trois prises de positions très célèbres. Un droit toujours subjectif est un droit où l'interprétation est un acte de volonté et non de connaissance : c'est la position, entre autres, de Kelsen<sup>9</sup>. Un droit parfois objectif et parfois subjectif est un droit où, en présence d'une certaine indétermination, les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire : c'est notamment la thèse de Hart<sup>10</sup>. Enfin, un droit objectif malgré un désaccord persistant est un droit où la réponse juridique doit être découverte et s'impose objectivement : on a cette fois reconnu la thèse de Dworkin<sup>11</sup>.

Chacune de ces thèses repose sur un même couple de concepts qui est celui de la volonté et de la connaissance. Soit la volonté prime (Kelsen), soit la connaissance prime (Dworkin), soit c'est un mélange des deux (Hart) ce qui revient dans cette dernière hypothèse à distinguer entre cas faciles et difficiles. On s'aperçoit en définitive que l'objectivité s'oppose à la subjectivité de la même façon que la connaissance s'oppose à la volonté ou le savoir au pouvoir. Nous pouvons donc en conclure qu'il y a objectivité à condition que la solution du litige ne dépende pas du seul exercice de la volonté. Autrement dit, l'objectivité découle de la possibilité de trancher la difficulté, c'est-à-dire de choisir l'une ou l'autre solution, à partir d'éléments indépendants de la volonté du juge.

Soutenir que la volonté prime a pour inconvénient de dissoudre le droit dans la volonté et donc de nier l'intérêt même de discuter de la solution applicable. Soutenir que la volonté est tempérée par la connaissance concède en vérité peu de choses car un désaccord sur un cas facile ou évident n'est certainement pas raisonnable<sup>12</sup>. Soutenir que la connaissance prime est la position de Dworkin : le droit intégrité signifie que la bonne réponse existe indépendamment des convictions et des opinions des juges<sup>13</sup>. Seulement, une telle position implique d'adhérer à une philosophie morale et une théorie de la connaissance qui n'ont

<sup>9</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann, 1999, p. 339-340.

<sup>10</sup> H. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Faculté universitaire de Saint-Louis, trad. M. van de Kerchove, 2<sup>e</sup> éd., 2005, p. 290.

<sup>11</sup> R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, trad. par A. Guillaïn, Recherches philosophiques, 1996, p. 181-182.

<sup>12</sup> Une nouvelle fois c'est le thème de notre contribution précédente : F. Rouvière, « Le désaccord raisonnable en droit : le point de vue de l'argumentation », *RRJ : Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2016, p. 2097-2115.

<sup>13</sup> R. Dworkin, « No Right Answer? » in PMS Hacker & J Raz (eds), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, 58, p. 58-84.

rien d'évidents : les valeurs morales sont-elles connaissables ? Existe-t-il vraiment des principes indépendants du sujet connaissant dans la réalité juridique ?

Aussi, nous voudrions proposer une quatrième solution qui soit une reformulation moins radicale de la thèse dworkinienne et qui viendrait s'insérer entre les positions de Hart et de Dworkin. Comme Hart, nous pensons que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du juge est une donnée indépassable du système juridique. Le nier semble nous faire basculer dans un monde d'idées pures qui correspond peu à la pratique judiciaire quotidienne. Toutefois, comme Dworkin, nous pensons également qu'il existe une objectivité, c'est-à-dire la possibilité que la décision judiciaire soit toujours fondée sur le droit en vigueur. En effet, les données du droit ne dépendent pas de la volonté des juges. À cet égard, il existe au moins une objectivité des textes, des règles et des solutions que le raisonnement est appelé à prolonger.

Notre thèse sera donc bien intermédiaire entre Hart et Dworkin. Nous concédons à Hart que le droit est indéterminé en raison de sa texture ouverte. Mais nous concédons aussi à Dworkin que le droit est toujours déterminable. Comment échapper alors à ce paradoxe apparent où le droit est à la fois indéterminé et déterminable ? Précisément en refusant une position ontologique forte affirmant que le droit est ou n'est pas déterminé. Pour cela, nous adopterons plutôt le point de vue du raisonnement juridique lui-même car c'est en définitive celui du juge qui doit motiver sa décision. De la sorte, nous pouvons affirmer sans contradiction que le droit n'est pas déterminé mais qu'il est déterminable. L'objet du désaccord est constitué par cette tension entre indétermination et déterminabilité. La persistance du désaccord (son caractère durable) ne tiendrait alors qu'à des variables particulières qui ne remettraient pas en cause la fonction déterminante du raisonnement juridique, dans tous les sens du terme.

Ainsi, la possibilité de déterminer des raisons objectives explique l'objectivité du droit en dépit du désaccord (I). Cependant, il existe des facteurs de résistance à l'objectivation des raisons qui expliquent cette fois la persistance du désaccord (II).

## **I. La possibilité de raisons objectives**

### **2. L'objectivité des raisons malgré l'indétermination du droit**

La thèse de l'indétermination du droit soutient précisément que le droit ne peut pas être fixé intégralement par avance et cela pour deux raisons principales. D'une part, en raison de la texture ouverte du droit qui pose en principe son indétermination native<sup>14</sup> découlant elle-même de l'indétermination du langage<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> H. Hart, *Le concept de droit*, précité, p. 142-143.

<sup>15</sup> H. Hart, *Le concept de droit*, précité, p. 147.

D'autre part, en raison du fait que nous ne sommes pas omniscients et que nous ne pouvons pas tout prévoir<sup>16</sup>. Aussi, il existe des cas typiques (clairs et certains) et des cas imprévus<sup>17</sup>. Même s'il existe des « exemples indiscutables »<sup>18</sup> d'application, il y aura toujours des hypothèses douteuses. Ce serait justement dans ces hypothèses douteuses que les tribunaux auraient un pouvoir de création<sup>19</sup>. Selon ce point de vue, la persistance du désaccord s'explique par l'indétermination du droit lui-même. En l'absence de cas objectifs, clairs et précis, les juges entrent alors dans un conflit d'opinions et de volontés qui rendent le droit totalement subjectif.

Pour réfuter une telle position, il faudrait prouver que le langage n'est pas indéterminé et que nous sommes comme des dieux pouvant tout savoir. La première proposition est pourtant attestée par l'expérience : le langage ne se comprend qu'en contexte, il possède toujours un certain degré d'indétermination, sans quoi il n'y aurait jamais de quiproquos. La seconde proposition est, hélas, également une donnée d'expérience : nous ne sommes bien que des hommes. Aussi, il paraît vain de s'attaquer aux prémisses de la thèse de l'indétermination du droit. En revanche, il est possible de proposer une autre position en conservant exactement les mêmes prémisses, à savoir que le droit est indéterminé et que nous ne pouvons pas tout prévoir.

En effet, ce n'est pas parce que le droit est indéterminé qu'il n'est pas déterminable. Ceci revient à dire que si tout n'est pas prévu, on peut pourtant tout prévoir. Or c'est ici que nous retrouvons deux réponses possibles pour cette prévision : soit celle d'un certain réalisme qui propose de s'intéresser aux déterminants sociaux de la décision en se fondant sur l'idée que les mêmes causes produisent les mêmes effets ; soit celle d'un Dworkin qui pose en principe qu'il existe d'avance une seule bonne solution. Entre l'idée que tout est décision ou que tout est connaissance, entre l'indétermination radicale des règles et leur détermination absolue, il existe une voie intermédiaire. Cette voie est celle de l'argumentation où les prémisses du débat sont connaissables et les raisons objectivables. De ce point de vue, il y aurait toujours de bonnes raisons d'opter en faveur d'une thèse plutôt qu'une autre. La persistance du désaccord s'expliquerait alors par la difficulté à identifier ces raisons, non pas dans l'absolu, mais au regard du droit positif sur lequel les juges raisonnent. Ainsi, l'objectivité est forcément relative au contenu positif des règles et la persistance du désaccord s'expliquerait alors par la difficulté à discerner la meilleure raison.

<sup>16</sup> H. Hart, précité.

<sup>17</sup> H. Hart, *Le concept de droit*, précité, p. 148.

<sup>18</sup> H. Hart, *Le concept de droit*, précité, p. 150.

<sup>19</sup> H. Hart, *Le concept de droit*, précité, p. 164.

Le désaccord persistant découlerait donc de la configuration du système juridique lui-même et non simplement du conflit d'intérêts ponctuel que les parties en litige auraient entre elles. Ainsi, par exemple, le fait de savoir si l'inconstructibilité d'un terrain est une erreur ou un vice caché<sup>20</sup> est un désaccord persistant entre juges depuis plus de trente ans. Parfois, l'impossibilité de construire est qualifiée d'erreur, parfois de vices cachés. Le comble de la confusion a même été atteint dans un arrêt qui a proclamé que l'« erreur était la conséquence d'un vice caché rendant la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée »<sup>21</sup>. Les deux qualifications sont pourtant incompatibles sur les délais pour agir (respectivement deux et cinq ans). La persistance du désaccord provient moins de l'opinion des juges que de la formulation même de la loi. L'erreur devait porter sur la substance de la chose<sup>22</sup> et désormais sur les qualités essentielles de la prestation<sup>23</sup>. Le vice caché doit porter quant à lui sur un défaut caché qui rend la chose « impropre à l'usage auquel on la destine »<sup>24</sup> ce qui inclut bien évidemment l'usage de construction, usage substantiel ou essentiel. Nous disposons donc de deux prémisses d'égale valeur pour aboutir à deux conséquences incompatibles. Malgré des publications abondantes sur le thème depuis plus de cinquante ans<sup>25</sup>, la doctrine est incapable de donner un critère efficace de distinction<sup>26</sup>. Même le raisonnement purement pragmatique selon lequel le délai le plus court est préférable pour éviter le contentieux<sup>27</sup>, n'a jamais suscité un accord durable si bien que les juges persistent dans la voie de la qualification d'erreur sans qu'on puisse savoir si elle est erronée!

Dans cet exemple, la persistance du désaccord ne provient pas de l'indétermination du droit mais plutôt de sa sur-détermination : il y a trop de qualifications disponibles. C'est moins un problème de lacunes qu'un problème de trop-plein. En outre, l'origine du désaccord est objective : elle découle de la difficulté à choisir la prémisse du raisonnement. Est-ce à dire que le droit lui-même n'est pas objectif ? Même en réduisant le droit à un ensemble de règles, la réponse est loin d'être évidente. Les règles sont parfaitement applicables mais le droit est difficile à identifier en l'espèce. Le droit n'est pas indéterminé quant à la solution mais plutôt quant aux raisons du choix de la solution. De même, ici, les juges n'ont pas besoin de créer du droit pour fixer la solution, ils doivent plutôt discerner la

<sup>20</sup> F. Rouvière, « L'inconstructibilité entre non-conformité, erreur et vice caché », *RDI* 2010, p. 253.

<sup>21</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup> 11 fév. 1981, *Bull.* III, n<sup>o</sup> 31.

<sup>22</sup> Cciv. anc. art. 1110.

<sup>23</sup> Cciv. art. 1132.

<sup>24</sup> Cciv. art. 1641.

<sup>25</sup> La question est traitée au moins depuis la thèse de J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, LGDJ, Bibl. dr. privé, t.41, 1963.

<sup>26</sup> F. Rouvière, précité, p. 263

<sup>27</sup> Ch. Radé, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », *JCP* 1997, I, 4009, n<sup>o</sup> 1.

règle véritablement applicable. Ils doivent donc entreprendre une recherche des raisons qui peuvent faire basculer leur choix dans un sens ou dans l'autre.

Seulement, l'existence de deux positions également argumentables en droit signifie-t-elle que le choix entre les deux solutions est purement subjectif ou politique ? Cela dépend évidemment de la possibilité de trouver une raison objectivement meilleure qu'une autre. Or cette objectivité relève bien d'un problème de savoir et non de pouvoir. C'est ici qu'on retrouve le thème de la cohérence, si cher à Dworkin, puisque la meilleure raison sera la raison qui permettra de comprendre la totalité du droit sous son meilleur jour c'est-à-dire de maximiser sa cohérence. En effet, la qualification de l'inconstructibilité conduit à manipuler un très grand nombre de concepts et de données : les précédents jurisprudentiels, la distinction de la formation et de l'exécution du contrat, la distinction du droit commun et du droit spécial, les concepts de responsabilité, de faute, de dommage, de consentement et bien d'autres encore.

Sans paradoxe nous pouvons ainsi dire que les juges sont objectivement en désaccord sur un droit objectif. La seule difficulté provient du manque de précision. Pour vider la controverse, il faudrait que le législateur prenne un texte qui dise explicitement que l'inconstructibilité est une erreur ou un vice caché. De cette façon, le cas difficile serait supprimé et deviendrait un cas facile, un cas d'application, clair et typique. Mais on comprend vite que cette façon de procéder ramènerait le législateur à se saisir des problèmes au cas par cas ce qui est plutôt le propre du juge.

Le désaccord persistant est donc moins un problème de précision des règles qu'un problème de précision des raisons. En effet, comme il est impossible au législateur de tout prévoir, il y aura toujours un cas inédit qui mettra à mal la précision des règles. En plaçant le débat sous l'angle des raisons, on admettra que les juges sont obligés de prendre parti certes sur le conflit à trancher, mais encore sur la cohérence du droit. Il faut en effet pouvoir décider de l'insertion des raisons dans un ensemble plus vaste comme peut l'être une branche du droit. Ainsi, il est possible de remarquer que tous les cas d'inconstructibilité qualifiés de vice cachés portent sur un problème inhérent à la chose<sup>28</sup>. La cohérence pourrait donc être rétablie en considérant par symétrie que l'erreur doit porter sur des éléments externes à la chose comme la modification des documents d'urbanisme par exemple. Ce faisant, il faudrait distinguer des hypothèses au sein du cas de l'inconstructibilité en enrichissant les concepts légaux d'erreur et de vices cachés. Il ne s'agit donc pas d'un désaccord sur les faits mais bien sûr le droit, c'est-à-dire

---

<sup>28</sup> F. Rouvière, précité, p. 258 : « présence d'anciennes carrières de gypse qui entraîneraient des mouvements du sol et des désordres immobiliers », « terrassement [...] entrepris pour couler les fondations » ; « talus jouxtant la parcelle [...] effondré », « terrains [...] marécageux et parsemés de trous d'eau ».

sur la façon de découper conceptuellement les faits. De façon assez paradoxale, l'excès de règles est résolu en ajoutant une distinction. Le problème est de savoir si cet ajout est une création du droit manifestant un pouvoir judiciaire ou bien s'il est une opération de connaissance du droit.

### 3. L'objectivité des raisons malgré la création du droit

Si les juges ajoutent à la loi une distinction qu'elle ne comporte pas, il paraît difficile de soutenir qu'ils ne créent pas de droit et que cette création n'est pas soumise à leur volonté. En conséquence, la création du droit exclurait toute activité de connaissance. Cette position repose une radicalisation de la distinction entre l'interprétation comme acte de volonté ou comme acte de connaissance. Même Kelsen, promoteur de cette distinction, reconnaît que les choses sont plus nuancées. Citant Kant, il reconnaît que la connaissance elle-même peut être une création<sup>29</sup>. Toutefois, Kelsen est obligé de soutenir que cette création intellectuelle n'est pas une création du droit afin de maintenir la distinction entre droit et science du droit<sup>30</sup>.

La connaissance n'est donc pas nécessairement la révélation d'une chose déjà existante, d'une entité déjà présente. Cette façon platonicienne de théoriser la connaissance relève une ontologie très particulière qui affirme la réalité d'éléments inobservables au rang desquels se trouvent les « formes intelligibles » ou les « Idées ». La connaissance est pourtant parfaitement théorisable selon un modèle constructiviste où c'est l'activité du sujet connaissant qui produit des concepts<sup>31</sup>. Cette thèse est totalement transposable en droit<sup>32</sup> car les théories sont construites<sup>33</sup> et le juriste invente sans cesse des raisons.

Ce qui se brise alors sous nos yeux est la fausse équation entre création et subjectivité. Ce n'est pas parce que les raisons sont créées, inventées ou produites qu'elles sont forcément subjectives. La création du droit n'est donc pas incompatible avec la création de raisons objectives pour tenter de résoudre le désaccord. On pourrait même dire que la persistance du désaccord s'explique justement par la difficulté à inventer ces raisons objectives.

<sup>29</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 80 : « conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif, et qu'elle "crée" donc son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible ».

<sup>30</sup> H. Kelsen, précité : « c'est seulement au regard de la théorie de la connaissance que l'on peut parler ici de création. Il faut bien le voir, l'opération est d'une nature essentiellement différente de la création du droit par l'autorité juridique, et d'ailleurs aussi de la création d'objets par le travail humain ».

<sup>31</sup> G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, PUF, 1938, I, § 1, p. 14

<sup>32</sup> G. Teubner, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47<sup>e</sup> année, trad. N. Boucquoy, n° 6, 1992, p. 1149-1169

<sup>33</sup> J. Parain-Vial, « Notes sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Arch. phil. droit* 1959, p. 131 s.

Dans une perspective constructiviste, les concepts sont construits, les interprétations sont des créations, les arguments sont donc proprement inventés. Cependant, ce statut de construction ne signifie pas que n'importe quel argument est valable, bien au contraire. Comme Michel Foucault l'a parfaitement montré, il existe des règles de construction du discours<sup>34</sup>. Ainsi, la règle formelle de justice selon laquelle il faut traiter les cas semblables de façon identique est la règle fondamentale de construction de tout discours juridique<sup>35</sup>. Le choix des cas de référence pour l'argumentation n'est pas arbitraire non plus, dans la mesure où la théorie des sources a justement pour fonction de désigner les prémisses possibles<sup>36</sup>. Les règles de droit ont elles-mêmes pour rôle de poser des cas « *in abstracto* »<sup>37</sup>.

Ainsi, la création d'une distinction fondée sur des concepts déjà admis peut bel et bien mettre fin à un désaccord persistant. Ce fût le cas avec la thèse de Christian Mouly sur les causes d'extinction du cautionnement<sup>38</sup>. Jusqu'alors, les juges hésitaient sur le sort des dettes prises en charge par la caution en cas de décès du débiteur principal. Fallait-il que la caution continue de payer? Cela paraissait absurde puisque le contrat principal était souvent éteint par le décès. Fallait-il alors, en raison de l'accessoire, considérer que le contrat de cautionnement était éteint? C'était tout aussi absurde car la caution était libérée du cautionnement sans que celui-ci ne serve à rien. Le désaccord a été soldé en distinguant l'obligation de couverture de la caution qui vise les dettes futures et l'obligation de règlement qui vise les dettes passées. Ainsi, le décès du débiteur principal libère la caution pour l'avenir mais non pour le passé. C'est la production de cette raison objective de distinction qui a mis fin au débat. Cette raison n'existait pas dans la loi mais elle a été dérivée de l'étude d'un grand nombre de textes légaux et jurisprudentiels et rattachée à des concepts déjà existants comme ceux d'obligation ou de contenu du contrat. Cette distinction est désormais parfaitement intégrée dans le droit du cautionnement et continue de permettre de trancher des litiges. C'est la création d'une raison objective, c'est-à-dire appuyée sur des données objectives, qui a mis fin au désaccord.

#### 4. L'objectivation de l'implicite

Tout l'enjeu du désaccord persistant tient dans l'objectivation de l'implicite. Pour le comprendre, il suffit de prendre comme point de départ la distinction

<sup>34</sup> M. Foucault, *Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 141.

<sup>35</sup> F. Rouvière, « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, n° 8, p. 286

<sup>36</sup> S. Goltzberg, *Les sources du droit*, PUF, Que sais-je?, 2016, p. 11.

<sup>37</sup> G. Cornu, *Linguistique juridique, Montchrestien*, 2<sup>e</sup> éd., 2000, n° 71, p. 285 et note 20: « Il s'agit d'un cas de figure, non d'un cas d'espèce. Mais il est évident que lorsque, dans la réalité, le cas "se présente", l'hypothèse "se réalise" ».

<sup>38</sup> Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Thèse, Montpellier, Litec, 1979

intuitive entre les cas faciles et difficiles. Il ne peut pas y avoir désaccord sur les cas faciles car l'identification du précédent qui sert de raison de décider est totalement explicite. Critiquer un cas prévu explicitement par la lettre de la loi revient à sortir du cadre du désaccord raisonnable<sup>39</sup>.

Autrement dit, le désaccord ne peut prospérer et durer qu'à la condition que le cas qui sert de précédent soit implicite. Au sens propre du terme, « implicite » a la même racine qu'impliquer<sup>40</sup> : c'est donc ce qu'on peut découvrir comme étant virtuellement contenu dans la lettre de la loi ou dans le système juridique<sup>41</sup>. L'implicite ne se superpose pas forcément avec une lacune. La lacune relève certes de l'implicite mais toute règle générale contient un implicite qui n'est pas une lacune mais plutôt une conséquence de sa généralité. Le général est ce qui englobe virtuellement une série indéfinie de cas.

En ce sens, si le droit créé pour mettre fin au désaccord est nouveau, il conserve un caractère objectif. En effet, l'objectivité découle du fait que la solution est appuyée sur des précédents jurisprudentiels ou des catégories légales qui constituent une chaîne continue de raisons. La contrainte argumentative est donc interne au discours juridique lui-même.

En cas de désaccord persistant, le droit n'est donc pas plus subjectif, il est plus difficilement objectivable. La persistance du désaccord résulte d'un manque de précision du droit qui n'est pas pathologique mais qui découle de sa nécessaire généralité. Le droit demeure objectif (indépendant de la volonté du juge) car l'argumentation ne se fonde que sur les données du droit positif<sup>42</sup>.

## 5. La gestion des cas inédits

L'objectivité du droit en cas de désaccord résulte de la gestion des cas inédits. Comment assimiler à un cas non prévu par les textes (loi ou jurisprudence) à un cas déjà prévu<sup>43</sup> ? Tel est le problème de base qui explique la possibilité d'invoquer des précédents différents et des lois différentes. L'idée même d'inédit a pu être nié dans la mesure où le droit serait complet<sup>44</sup> et contiendrait forcément

<sup>39</sup> F. Rouvière, « Le désaccord raisonnable en droit: le point de vue de l'argumentation », *RRJ: Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2016, p. 2097-2115.

<sup>40</sup> Emprunté au latin classique *implicitus* « enveloppé », une des formes du participe passé de *implicare* (d'où impliquer)

<sup>41</sup> A. Marmor, « Can the law imply more than it says? On some pragmatic aspects of strategic speech », in A. Marmor et S. Soames (dir.), *Philosophical foundations of the language in the law*, Oxford, Oxford university press, 2011, p. 83 et s.

<sup>42</sup> J. Ghestin, « Les données du droit positif », *RTD civ.* 2002, p. 11 et s.

<sup>43</sup> Ch. Atias, « *Jurisdictio*: redire l'inédit », *D.* 1992, p. 281

<sup>44</sup> L'idée de complétude est très ancienne et remonterait à Guillaume d'Occam: G. Samuel, *Epistemology and Method in Law, Chippinham*, Ashgate Publishing, 2003, p. 68 et s.; la critique des

la solution à tous les problèmes<sup>45</sup>. La persistance du désaccord s'expliquerait alors dans cette hypothèse par l'échec d'un des discutants à discerner la bonne solution.

Cette vue paraît conduire implicitement à considérer que seule l'une des deux solutions était vraie. En vérité, deux ou trois solutions peuvent être vraies au sens où elles peuvent se prévaloir de précédents différents et de qualifications différentes. Le problème n'est donc pas de savoir si une solution est plus vraie en soi que l'autre mais de savoir si les raisons invoquées possèdent plus de poids au regard de celles qui lui sont opposées. Autrement dit, il s'agit toujours d'une évaluation de la cohérence du système juridique qui est menée en termes de force des arguments.

La cohérence des raisons n'est pas déjà donnée, déjà présente et seulement à découvrir. L'objet même du débat est construire et créer cette cohérence. Nous ne pouvons donc soutenir que le droit est complet. Au contraire, l'une des propriétés remarquables des systèmes juridiques est qu'ils sont incomplets. Mais cette propriété s'accompagne d'une caractéristique non moins remarquable qui est la possibilité de compléter les règles par le raisonnement<sup>46</sup>. En droit, ce n'est donc pas que tout est prévu mais c'est plutôt qu'on peut tout prévoir. Le problème n'est pas de savoir quelle est la solution applicable mais bien plutôt pourquoi nous n'arrivons pas à la désigner comme étant la solution préférable. C'est le problème de la résistance à l'objectivation des raisons.

## II. Les facteurs de résistance à l'objectivation des raisons

### 6. L'insuffisance des règles et/ou des précédents

La faiblesse des ressources du système juridique peut expliquer la difficulté à avancer des raisons objectives c'est-à-dire appartenant au système juridique lui-même. Ainsi, la persistance du désaccord s'expliquerait par la difficulté à identifier les raisons pertinentes de décider en faveur d'une solution ou d'une autre.

Ainsi, par exemple, les juges se sont longtemps demandé si le paiement était un fait juridique (preuve par tous moyens) ou un acte juridique (preuve par écrit). Ce problème a perdu tout son enjeu depuis que la réforme des obligations considère que le paiement se prouve par tout moyen<sup>47</sup>. Le cas difficile a été transformé

---

lacunes a été reprise par Kelsen (précité, p. 245 et s.)

<sup>45</sup> R. Dworkin, « La complétude du droit », *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P. Amselek et Ch. Grzegorzczak, Paris, 1989, p. 127 et s.

<sup>46</sup> J.-L. Gardies, « Une particularité du raisonnement juridique : la présence de fonctions complémentaires », *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 64.

<sup>47</sup> CCiv. Art. 1342-8

en cas facile, simplement parce que le désaccord n'avait plus d'enjeu. En supprimant l'implicite, le législateur supprime du même coup l'intérêt du débat. Certes, on pourrait continuer la discussion pour le plaisir, mais ce serait alors purement théorique et sans conséquence pratique sur la question de la preuve. En revanche, le problème peut se reporter sur un autre point : il se pose à propos de l'annulation du paiement. En effet, si le paiement est un fait juridique, il est absurde d'en demander l'annulation. En revanche, s'il est un acte juridique, l'annulation est possible. Du coup, si l'on admet cette dernière possibilité, on pourrait être étonné qu'un acte juridique puisse se prouver par tout moyen. Le désaccord persiste ainsi sur la nature juridique du paiement même si la solution quant au régime probatoire est désormais totalement objective. Comme le législateur prévoit qu'il faut être capable pour recevoir le paiement<sup>48</sup>, il paraît admettre qu'il est un acte juridique. Il faudrait donc, pour retrouver une comptabilité entre ces différents énoncés, trouver une distinction qui concilie de façon optimale la distribution des différents régimes juridiques.

De façon générale, si le système juridique ne pose que des directives très générales, sous la forme de concepts indéterminés ou très peu déterminés, les juges pourront être enclins à réviser systématiquement leurs définitions au fur et à mesure des cas d'application. Une hypothèse exemplaire de cette situation nous est fournie par une très longue hésitation jurisprudentielle sur la question de l'exonération du commettant lorsque le préposé a agi hors de ses fonctions. En effet, dans ce cas, l'employeur n'est plus responsable du fait de son salarié car une telle responsabilité du fait d'autrui suppose que le salarié ait bien agi sous la direction et le contrôle de l'employeur. Seulement, le texte légal se contente de faire référence aux fonctions dans lesquelles le préposé est employé sans autre précision<sup>49</sup>. La Cour de cassation a alors dû construire quasiment de toutes pièces le concept d'abus de fonctions.

Pour cela, la Cour de cassation a dû réunir pas moins de quatre assemblées plénières pour répondre à cette question, étant entendu qu'une seule assemblée plénière est censée mettre fin à la divergence entre chambres. Le critère de l'abus de fonctions a d'abord été défini comme une action réalisée « sans autorisation et à des fins personnelles »<sup>50</sup> dans le cas où un salarié avait utilisé le véhicule de l'entreprise pour se promener et avait provoqué un accident mortel. Mais la Cour de cassation a eu à juger le cas d'un chauffeur voulant voler du fuel mais qui a paniqué et déversé celui-ci dans une carrière en polluant tout le réservoir d'eau d'une commune. Il n'avait pas agi à des fins personnelles, aussi la Cour de cassation a rectifié sa précédente définition en considérant qu'il s'agissait « d'un

<sup>48</sup> CCiv. Art. 1342-2

<sup>49</sup> CCiv. art. 1242 al. 5

<sup>50</sup> Ass. Plén. 10 juin 1977 *D.* 1977, p. 465, note Larroumet ; *JCP* 1977 II 18730, concl. Gulphe

acte délibéré, étranger à ses fonctions »<sup>51</sup>. Toutefois, lorsque deux ans plus tard un vigile a incendié volontairement l'usine qu'il devait surveiller, il s'agissait d'un acte délibéré rentrant dans le cadre temporel de ses fonctions. La Cour de cassation est alors revenue vers sa première définition pour l'amender en posant que la personne a agi « sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions »<sup>52</sup> et a ainsi pu exonérer le commettant. Par un ultime rebondissement, les juges ont réalisé une synthèse de tous ces critères dans le cas d'un prospecteur en assurances qui avait détourné des sommes à son profit. Le commettant a été considéré cette fois responsable car il fallait que le préposé agisse « hors fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions »<sup>53</sup>.

Cas après cas, les juges ont sans cesse révisé le concept d'abus de fonction, sans même aujourd'hui encore être parvenus à éteindre le débat sur ce point. Une hypothèse, fort répandue, fait encore difficulté. Il s'agit du cas où le client d'une banque est victime des agissements indéliçables d'un employé qui détourne les fonds qui lui ont été remis. Dans ce cas de figure, le contrat qui existe entre le client et son agence bancaire, dont l'employé est le préposé, engendre une responsabilité contractuelle. Du coup, le commettant ne devrait pas pouvoir se prévaloir de l'abus de fonctions. Ainsi, en contrepoint, les juges ont inventé la notion d'apparence en se demandant si la victime pouvait se douter des agissements irréguliers du préposé<sup>54</sup>.

On le voit, la question de l'abus de fonctions n'est toujours pas tranchée et fait l'objet d'un désaccord persistant. Pour autant, le droit applicable demeure objectif en ce sens qu'il n'a pas cessé d'être précisé au fur et à mesure des hypothèses de fait dont les juges ont eu à connaître. Il est certes aujourd'hui impossible de prédire avec une certitude parfaite ce que le juge décidera dans tel ou tel cas. Mais la certitude s'accroît avec la possibilité d'invoquer des précédents semblables. Autrement dit, l'indétermination conceptuelle n'est pas ici seule en

<sup>51</sup> Ass. Plén. 17 juin 1983 *JCP* 1983. II. 20120, concl. Sadon, note Chabas ; *RTD civ.* 1983, p. 749, obs. Durry

<sup>52</sup> Ass. Plén. 17 nov. 1985 *D.* 1986. 81, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1986. II. 20568, note Viney ; *RTD civ.* 1986, p. 128, obs. Huet

<sup>53</sup> Ass. Plén. 19 mai 1988 *Gaz. Pal.* 1988. 2. 640, concl. Dorwling-Carter ; *RTD civ.* 1989, p. 89, obs. Jourdain

<sup>54</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 29 mai 1996, n° 94-15460, *Bull. civ.* II, n° 118. Des éléments matériels pourront la plupart du temps conforter cette conviction de la victime : le préposé s'est servi d'imprimés officiels (Paris, 10 oct. 1989, *RCA* 1990, n° 52), ou était un interlocuteur habituel (civ. 2<sup>e</sup>, 11 juin 1992, n° 91-10.281, *Bull. civ.* II, n° 164 ; *RTD civ.* 1993, p. 371, obs. Jourdain). À l'inverse, le caractère inhabituel d'une transaction bancaire (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 juill. 1993, n° 91-21.118, *RCA* 1993, n° 330) ou le fait de déposer une somme en espèce, contre l'espérance d'une rémunération particulièrement élevée (Civ. 2<sup>e</sup>, 19 nov. 1997, n° 95-18.438, *RCA* 1998, n° 74, pour une rémunération de 20 % - civ. 2<sup>e</sup>, 24 juin 1998, n° 96-12.781, *RCA* 1998, n° 293)

cause. Il faut aussi compter avec les cas inédits, présentant des singularités telles que leur assimilation à des cas déjà jugés fait difficulté.

La persistance du désaccord s'explique alors moins par l'absence de définition que par la gestion inévitable des situations nouvelles qui ne correspondent jamais exactement avec celles qui ont déjà été tranchées. À ceci s'ajoute le fait que les distinctions juridiques, comme celle de la responsabilité contractuelle et délictuelle, complexifient le débat. Les juges doivent alors articuler à la fois les précédents entre eux tout en respectant les contraintes conceptuelles qui permettent de distribuer l'application des régimes délictuel et contractuel. Aussi, il n'est guère étonnant que toute variation infime sur l'un de ses points puisse par une espèce « d'effet papillon » conduire à reconsidérer les définitions et les organisations des autres séries jurisprudentielles ou des concepts eux-mêmes. En résumé, le droit est un mouvement perpétuel d'objectivation : ce mouvement est certes un horizon sans fin mais il lui permet de garder un cap.

## 7. Le caractère moral du problème

Le caractère moral (ou éthique) d'un problème peut expliquer la difficulté à trouver des raisons objectives. Il est acquis que des notions comme la dignité humaine, le caractère raisonnable d'un comportement, la gravité d'un comportement, l'intérêt de l'enfant appellent de la part des juges une évaluation qui est avant tout qualitative<sup>55</sup>. Selon cette analyse, la persistance du désaccord s'expliquerait avant tout parce que des valeurs morales fondamentales sont en conflit. Pour le dire techniquement, le désaccord persisterait en raison de sa teneur axiologique.

Cette façon d'aborder la question paraît frappée au coin du bon sens. Cependant, elle ne doit pas masquer le fait que, même en matière éthique, il est possible d'avancer des raisons objectives. Cette possibilité que nous défendons ne découle absolument pas d'une prise de position en faveur du cognitivisme éthique selon lequel les valeurs sont connaissables. Bien au contraire, nous soutenons que les valeurs sont en soi inconnaissables. Elles peuvent se déclarer, se prescrire mais non se connaître<sup>56</sup>.

Cependant, le droit peut trancher un litige éthique sans être lui-même une éthique. Cet apparent paradoxe s'explique simplement par le fait que la teneur éthique du débat ne modifie pas fondamentalement la structure de l'argumentation juridique. Il s'agira toujours de traiter les cas semblables de façon identique<sup>57</sup> ;

<sup>55</sup> F. Haid, *Les notions indéterminées dans la loi*, thèse, Aix-en-Provence 2005, p. 248.

<sup>56</sup> J.-F. Lyotard ; J.-L. Thébaud, *Au juste*, Christian Bourgeois éditeur, 2006, p. 68-69.

<sup>57</sup> F. Rouvière « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, n° 8, p. 286 ; F. Rouvière, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, 2012, p. 95 et p. 100.

il s'agira toujours corrélativement d'admettre des solutions différentes si les cas sont essentiellement ou substantiellement différents. Il s'agira toujours de faire face et de gérer les cas inédits comme en témoigne l'un des derniers arrêts que la Cour européenne des Droits de l'Homme a rendu en matière d'euthanasie<sup>58</sup>.

À notre sens, le piège à éviter est de croire que le droit est éthique parce qu'il peut porter sur des valeurs éthiques. En réalité, nous pouvons discuter de problèmes éthiques (par le contenu) de façon purement juridique (par la méthode). En cela nous entendons que la discussion juridique, à la différence de la discussion éthique, se refuse à se prononcer de façon absolue sur la meilleure solution à apporter aux dilemmes éthiques<sup>59</sup>. L'objectif du droit est (hélas ou heureusement) bien plus modeste. Il consiste à trancher un litige *hic et nun*, ici et maintenant, en essayant pour cela de respecter les précédents et les lois déjà institués. Le droit ne propose qu'une solution imparfaite pour un monde imparfait<sup>60</sup>. Mais ce qui fait son originalité, et osons le dire sa puissance, est qu'il tranche dans le temps du procès<sup>61</sup> des dilemmes moraux qui, en tant que tels, appellent pourtant un temps infini de résolution. C'est bien l'un des traits qui différencie l'argumentation juridique de l'argumentation éthique. Dans l'affaire *Vincent Lambert*, la Cour européenne des Droits de l'Homme l'a d'ailleurs reconnu sans détour : « La Cour n'a jamais statué sur la question qui fait l'objet de la présente requête, mais elle a eu à connaître d'un certain nombre d'affaires qui portaient sur des problèmes voisins »<sup>62</sup>. Cette déclaration qui pourrait passer pour anodine dit pourtant en peu de mots le rôle que s'assigne la Cour européenne des Droits de l'Homme : dire le droit en l'espèce au regard des solutions déjà admises pour des problèmes voisins c'est-à-dire similaires. Il s'agit toujours de se fonder sur des précédents admis et de raisonner par assimilation.

En adoptant ce point de vue, on comprend mieux pourquoi les notions et concepts juridiques sont soumis à une perpétuelle révision et une perpétuelle transformation<sup>63</sup>. L'objet même de l'argumentation juridique est de discuter, et au besoin de reconstruire, les identités admises entre les cas. L'existence en arrière-plan de valeurs difficiles à appréhender donne bien entendu un aspect particulièrement tendu au débat mais elle n'en change pas la nature et la structure. Les raisons sont toujours objectivables même si la tentation est grande de faire

<sup>58</sup> CEDH 5 juin 2015, requête n° 46043/14, *Lambert c. France*

<sup>59</sup> S. Boarini, *Qu'est-ce qu'un cas moral?* Vrin, 2013, p. 18-21.

<sup>60</sup> Ph. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître? », *Revue de droit de McGill*, vol. 32, 1986, p. 154.

<sup>61</sup> Ch. Perelman, « De la temporalité comme caractère de l'argumentation », *Le champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, p. 41-63.

<sup>62</sup> CEDH précité, n° 136 : Nous soulignons

<sup>63</sup> V. Sur ce point, F. Rouvière (dir.), *L'évolution et la révision des concepts juridiques*, *Cahiers de Méthodologie juridique*. RRJ, PUAM, 2014.

constamment basculer le problème dans une discussion purement éthique. Bien entendu, la conscience des enjeux éthiques et moraux est un pré-requis nécessaire pour discuter du problème mais il ne forme pas le cœur même de la discussion.

Le caractère moral du problème agit bien comme un facteur de résistance au sens propre, c'est-à-dire comme un appel à refuser de subir les contraintes d'une argumentation proprement juridique. Mais le cadre même du débat, à savoir le procès, doit normalement conduire les juges à objectiver leurs raisons sous la forme d'une motivation qui s'inscrit dans la chaîne des précédents. Autrement dit, le caractère moral du débat et sa subjectivité corrélative rendent plus difficile l'objectivation des raisons. Mais cette objectivation n'est pas impossible : cette nuance fait toute la différence.

## 8. La position incorrecte du problème

Si le problème à traiter est juridiquement mal posé, la réponse à donner ne pourra pas être trouvée. La position incorrecte du problème est ainsi un obstacle à la possibilité d'objectiver des raisons.

Un premier exemple très significatif est le débat persistant qui existe toujours entre juges pour savoir si un tiers au contrat peut se prévaloir de l'inexécution contractuelle. En d'autres termes, même si je n'ai pas conclu le contrat, puis-je demander à la partie qui ne l'a pas respecté et m'a causé indirectement un dommage de le réparer mais en rapportant seulement la preuve de l'inexécution du contrat? Si l'inexécution du contrat est en même temps une faute, la réponse est évidemment positive. Si l'inexécution est autre chose qu'une faute, par exemple un dommage, la demande n'a alors plus de sens. Les juges ont décidé, dans une affaire où une petite fille avait eu un œil crevé en raison de l'éclatement d'un cerceau que les parents (tiers au contrat de vente) pouvaient agir à l'encontre du vendeur pour défaut de sécurité<sup>64</sup>. Une décision similaire a été prise dans le cas du suicide d'une personne alors surveillée en hôpital psychiatrique : le mari, tiers au contrat, a pu engager la responsabilité de l'établissement car « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve »<sup>65</sup>. Pourtant, ces solutions ont été le début d'une vive controverse jurisprudentielle car depuis les années 1930<sup>66</sup>, les juges décidaient au contraire que les tiers au contrat devaient établir une « faute envisagée en elle-même et indépendamment de tout point

<sup>64</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 17 janvier 1995, *Bull.* I, n° 43, *D.* 1995, jur., p. 350, note P. Jourdain, *RGAT* 1995, p. 529, obs. P. Rémy.

<sup>65</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 18 juillet 2000, *Bull.* I, n° 221, *JCP* 2000, II, 10415, rapport P. Sargos, *RTD civ.* 2001, p. 146, obs. P. Jourdain

<sup>66</sup> Civ. 22 juillet 1931, *D. H.* 1931, jur., p. 506 ; Req. 28 juin 1938, *D. H.* 1938, jur., p. 562.

de vue contractuel »<sup>67</sup> ou bien « détachable du contrat »<sup>68</sup>. Bien que l'assemblée plénière soit intervenue pour trancher en faveur de l'identité de l'inexécution et de la faute<sup>69</sup>, certains juges hésitent encore<sup>70</sup> et le Conseil d'État adopte lui-même la position inverse<sup>71</sup>. Aussi, le projet de réforme de la responsabilité prévoit d'imposer au tiers victime d'une inexécution de rapporter la preuve d'un fait générateur distinct de l'inexécution<sup>72</sup> ce qui constituerait un renversement de la jurisprudence de l'assemblée plénière.

On le voit, le débat est très loin d'être clos. Mais on peut légitimement se poser la question de savoir comment l'investissement de tant d'intelligence pour répondre à cette question n'a produit que de si maigres fruits. En effet, le désaccord tend à disparaître bientôt non plus par des raisons objectives mais plutôt par des affirmations de pouvoir: recours à l'assemblée plénière puis recours au législateur.

Aussi, nous pensons en pareille hypothèse que la difficulté à produire des raisons objectives pour résoudre le problème provient d'une insuffisance structurelle du problème. La façon dont est posée la question produit une forme d'antinomie qui permet de discuter à perte de vue. Si l'inexécution est en même temps une faute il est alors à la fois cohérent de permettre aux tiers de s'en

<sup>67</sup> J. Huet, obs. à la *RTD civ.* 1984, p. 504. Égal. M. Tchendjou, « La faute extra-contractuelle », *Gaz. Pal.* 2000, doct., n° 6 et s., p. 615 et s. V. par ex. civ. 1<sup>re</sup> 13 octobre 1992, *Bull.* I, n° 250; civ. 23 juillet 1986, *Bull.* III, n° 129.

<sup>68</sup> G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1995, n° 213, p. 394. V. par ex. com. 17 juin 1997, *Bull.* IV, n° 187: « si la faute contractuelle d'un mandataire à l'égard de son mandant peut être qualifiée de faute quasi-délictuelle à l'égard d'un tiers, c'est à la condition qu'elle constitue aussi la violation d'une obligation générale de prudence et de diligence ».

<sup>69</sup> Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006: *Bull. civ.* n° 9; R., p. 398; *BICC* 1<sup>er</sup> déc. 2006, note et rapp. Assié, concl. Gariazzo; *D.* 2006. 2825, note Viney; préc. IR 2484, obs. Gallmeister; *D.* 2007. Pan. 2900, obs. Jourdain, et 2976, obs. Fauvarque-Cosson; *JCP* 2006. II. 10181, concl. Gariazzo, note Billiau; préc. 2007. I. 115, n° 4, obs. Stoffel-Munck; *JCP E* 2007. 1523, n° 15 s., obs. Kenfack; CCC 2007, n° 63, note Leveneur; *AJDI* 2007. 295, obs. Damas; *LPA* 22 janv. 2007, note Lacroix; préc. 16 mai 2007, note Depadt-Sebag; *RCA* 2006, Étude 17, par Bloch; *RLDC* 2007/34, n° 2346, note Brun; *RDI* 2006. 504, obs. Malinvaud; *RDC* 2007. 269, obs. D. Mazeaud, 279, obs. Carval, et 379, obs. Seube; *RTD civ.* 2007. 61, obs. Deumier, 115, obs. Mestre et Fages, et 123, obs. Jourdain.

<sup>70</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 22 oct. 2008, n° 07-15.583, *D.* 2008. 2793; *RTD civ.* 2009. 121, obs. P. Jourdain; *JCP* 2009 I. 123, obs. P. Stoffel-Munck, arrêt interdisant à un expert fautif de se prévaloir de la faute d'information du vendeur à l'égard de son propre acheteur et imposant à la cour d'appel de « rechercher si le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle à l'égard de (l'expert) ». Également, manifestant la persistance du désaccord: civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2011 n° 10-17.691, *D.* 2012. 659, note D. Mazeaud; *RTD com.* 2012. 393, obs. B. Bouloc

<sup>71</sup> CE 11 juill. 2011, n° 339409, *D.* 2012. 653, note G. Viney; *AJDA* 2011. 1404, et 1949, chron. X. Domino; *RDI* 2011. 508, obs. N. Foulquier; *AJCT* 2011. 576, obs. A. Burel; *RFDA* 2012. 692, note L. Janicot.

<sup>72</sup> M. Bacache, « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *D.* 2016, p. 1454.

prévaloir (c'est une faute) tout comme il est cohérent de la limiter aux parties au contrat (elle est contractuelle). Posée ainsi, la question est insoluble car elle revient à se demander si une pièce de monnaie est représentée par son côté pile ou son côté face. Autant dire que cela revient à tirer à pile ou face!

L'origine du problème est donc nichée dans la structure de la conceptualisation elle-même<sup>73</sup>. C'est parce que la faute a une double qualité (délictuelle pour les tiers et contractuelle pour les parties) que toute solution est insatisfaisante. D'un point de vue méthodologique, il faudrait alors admettre une reconceptualisation de l'inexécution. Le point de vue de la faute est en soi générateur d'une contradiction. Peut-on alors poser le problème de façon à ce que la réponse entre le délictuel et le contractuel ne soit pas « les deux » mais soit l'un, soit l'autre? C'est précisément ce que nous avons jadis proposé: considérer l'inexécution comme un dommage<sup>74</sup>, comme un défaut de la prestation attendue par les parties au contrat. Dès lors, les parties ne peuvent jamais se prévaloir de l'inexécution mais seulement de la cause de l'inexécution. Il faut rechercher *in casu* si l'inexécution a été causée ou non par une faute. Si telle est le cas, la faute pourra être invoquée par un tiers. Sinon, il devra établir une faute en sus de l'inexécution du contrat. L'alternative est maintenue mais elle ne dépend plus de la qualité de partie ou de tiers mais du seul critère de l'inexécution comme dommage.

Le problème de cette solution est qu'elle possède un coût épistémologique. Il faut admettre une mutation de notre représentation théorique de l'inexécution. Cela va à l'encontre des habitudes admises, de l'autorité de prestigieux traités et manuels et à l'encontre même d'une tradition parfois centenaire. Mais l'objectivité du droit n'est-elle pas parfois à ce prix? Si la question de la portée de l'inexécution à l'égard des tiers se pose depuis bientôt cent ans, c'est peut-être que le ver est dans le fruit.

Le même constat pourrait être fait à propos de la distinction adoptée par la jurisprudence entre les obligations de moyens et de résultat. Cette distinction paraît si intuitive et si simple que toutes les tentatives de critiques ont nettement échoué<sup>75</sup>. Et pourtant, il existe un désaccord extrêmement persistant sur certains types d'obligations dont il semble impossible de savoir si elle sont de moyens

<sup>73</sup> G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938, p. 13: « il ne s'agit pas de considérer des obstacles externes, comme la complexité et la fugacité des phénomènes, ni d'incriminer la faiblesse des sens et de l'esprit humain: c'est dans l'acte même de connaître, intimement, qu'apparaissent, par une sorte de nécessité fonctionnelle, des lenteurs et des troubles ».

<sup>74</sup> F. Rouvière, *Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, n° 265, p. 217

<sup>75</sup> J. Bellisent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 2001.

ou de résultat c'est-à-dire si le créancier doit établir une faute ou bien s'il peut se contenter de montrer que le résultat n'a pas été atteint.

Deux cas de figure sont particulièrement significatifs. Le premier est celui de l'obligation de sécurité des exploitants de remonte-pentes. L'exploitant est-il tenu d'une obligation de moyens ou de résultat? Les réponses des juges semblent aussi variables que la température ambiante ou l'épaisseur de la neige. Tous les trois ou quatre ans la qualification se renverse comme une crêpe<sup>76</sup>. Pareillement, l'obligation du teinturier<sup>77</sup> fait partie des cas définitivement insolubles: s'est-il obligé au résultat de rendre un vêtement propre ou d'employer les meilleurs moyens pour le faire? C'est une discussion qui n'a rien à envier à celle du sexe des anges ou de l'âge du capitaine.

L'origine de la difficulté tient encore dans la position du problème: aucun critère de distinction satisfaisant n'a jamais été trouvé pour qualifier les obligations de moyens et les obligations de résultat. Ni l'aléa, ni le comportement de la victime ne sont suffisant pour décider des hypothèses. Pire, les juges ont été obligés d'inventer des obligations de résultat « allégées » ou de moyens « renforcés » qui brouillent une distinction déjà peu claire en soi.

Une fois encore, la solution d'une telle difficulté est d'ordre méthodologique. Toute obligation comporte pour partie un résultat à atteindre et des moyens à employer pour le faire. Il est quasiment impossible de séparer ces deux aspects si bien que l'exactitude descriptive de la distinction n'est d'aucun secours pour trancher les litiges. D'un point de vue épistémologique, on peut ainsi souligner que la valeur des concepts juridiques ne se mesure pas à leur aptitude à décrire correctement la réalité factuelle mais bien plutôt à trancher le litige.

La possibilité même de poser des questions structurellement insatisfaisantes explique la persistance de certains désaccords. Ce qui peut paraître comme une faiblesse est en réalité une force. En effet, cela signifie que les réflexions théoriques les plus pointues peuvent avoir un rôle à jouer dans la compréhension des difficultés qui affectent la résolution de litiges tout à fait banals et quotidiens. Le juriste peut-il ainsi rêver mieux? Il a à la fois les mains dans la boue mais les yeux fixés vers les étoiles. Au-delà de cette imparfaite métaphore, cela signifie qu'il pourra toujours trouver l'objectivité du droit non pas dans un arrière-monde idéal, un paradis des concepts, mais au contraire dans la refonte audacieuse de ses propres concepts.

En effet, ce sont bien les catégories juridiques qui sont à la fois sources de réponses et de questions c'est-à-dire à la fois alpha et omega de tout désaccord.

<sup>76</sup> Sur la discussion: P. Jourdain, obs. à la *RTD civ.* 1993, p. 364 et Ph. Brun « L'obligation de sécurité de l'exploitant d'un remonte-pente est une obligation de moyens », *D.* 1994, p. 45

<sup>77</sup> Par ex. Cass. civ. 1<sup>re</sup> 20 déc. 1993, *Bull. I*, n° 376.

Si le litige se déploie nécessairement sur la base d'un désaccord (sans quoi le litige même n'existerait pas), ce désaccord sur les faits peut devenir un désaccord sur le droit voire un désaccord dans le droit c'est-à-dire dissimulé dans sa structure même. Cette dernière remarque peut en définitive être vue comme un appel à l'humilité pour le juriste: si le désaccord est persistant et si les questions lui paraissent insolubles, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même: à lui de trouver les questions qui construiront un droit objectif, car vouloir la vérité, c'est souvent avouer son impuissance à la créer<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> F. Nietzsche, *Volonté de puissance*, Tel, Gallimard, 1995, tome II, § 6, p. 10.

# CONFUSION DE CONCEPTS, CONCEPTS ESSENTIELLEMENT CONTESTÉS ET DÉFINITION<sup>1</sup>

---

Stefan GOLTZBERG

*Chercheur au Centre Perelman de philosophie du droit, Université Libre de Bruxelles*

**Abstract:** *It is hardly possible to avoid confused notions altogether. But the attitude towards the confused notions in legal discourse varies greatly according to one's legal philosophy. It is most interesting to describe legal philosophies through their approach to undefined, confused, vague concepts. If admittedly no theory can do altogether without at least some undefined notions, there is a striking difference between theories that strive to define notions even if some notions remain undefined (let us call them the modern theories) and theories that sit very well with a great many possible undefined or confused notions (let us call them postmodern theories). There is a commonality between Gallie's essentially contested concepts and the use of definitions: their usefulness is not presumed, they are not presumptively useful in the sense that the researcher who wants to define a notion or who considers a concept as essentially contested needs in the first place to prove the usefulness of defining or categorizing the notion as being essentially contested. More generally the paper argues that one should avoid the wish to define all the notions come what may and the refusal to define any notion at all. Concepts should not be considered as essentially contested concepts unless one can show the usefulness of so doing. Even more generally, what is said about definitions and essentially contested concepts applies to the use of philosophy in legal research.*

## I.

Cet article porte sur un point de méthodologie de la recherche juridique et pose la question: dans quelle mesure est-il opportun de convoquer une notion philosophique ou un auteur de la tradition? En un mot, la réponse sera: il convient de citer le moins possible de philosophes (même et surtout ceux qu'on s'attend à entendre citer) et en tout état de cause de n'invoquer un concept philosophique que si cela s'avère utile. L'approche proposée est donc pragmatiste et nominaliste: la nécessité de l'outil philosophique ne se présume pas. Inversement, il est évidemment indispensable de notre point de vue de recourir aux notions philosophiques qui permettent véritablement de mieux résoudre un problème juridique. Le propos se concentrera sur les notions confuses, les concepts essentiellement contestés et la définition.

---

<sup>1</sup> Je remercie Noémie Benchimol pour ses précieux commentaires.

## II

La confusion est un phénomène qui apparaît de manière récurrente dans l'usage de la langue, en particulier – paradoxe apparent – dans certains usages juridiques, qui visent, justement, à la clarté dans l'exposition des règles de droit. Malgré les efforts de clarté et de clarification dont font preuve les spécialistes de la rédaction des lois – discipline que l'on appelle parfois la « légistique » – il n'a pas été possible, loin s'en faut, de dissiper toutes les obscurités et confusions. L'objet du présent article est de distinguer les différentes attitudes adoptées à l'endroit des notions confuses et de plaider pour une attitude prudente et économique à leur endroit. En un mot, le fait qu'il existe une confusion irréductible dans la langue ne constitue pas une raison pour ne pas mettre tout en œuvre pour limiter cette confusion. Que la mission d'élimination des notions confuses soit impossible à atteindre ne doit pas délégitimer le travail de clarification.

À cet égard, on peut distinguer deux grandes orientations, qui sont la traduction de deux projets. Selon le projet moderne, la confusion est un obstacle qu'il convient de surmonter à tout prix. La recherche consistera notamment à décomposer les notions confuses, afin de dissoudre la confusion et d'offrir un vocabulaire clair, univoque et désambiguïsé. Rappelons qu'au XVII<sup>e</sup> siècle, la clarté ne figure pas simplement parmi les exigences esthétiques et pédagogiques, mais constitue pour certains auteurs le signe de la vérité. Au côté du projet moderne, un autre projet, appelé parfois postmoderne, entretient avec les notions confuses un rapport très différent : tantôt une grande tolérance pour les notions confuses, tantôt une célébration de ce qu'un terme est indéfinissable, donc confus du point de vue de celui qui cherche une définition, même si on imagine davantage un auteur se réjouir de l'indéfinissabilité que de la confusion à proprement parler, cette dernière notion comportant une connotation péjorative. Il arrive que l'indéfinissabilité devienne alors une marque de sérieux et de profondeur. Le romantisme allemand, qui a beaucoup puisé dans des notions indéfinissables, a influencé durablement un pan de la pensée française et continentale. Celle-ci semble avoir conservé un certain scepticisme quant au projet consistant à réduire les notions à des catégories claires et distinctes. À cet égard, il faut distinguer l'approche *pragmatique* qui *suspend* la définition de certaines notions et l'approche *sceptique*, antimoderne, qui *refuse* jusqu'à l'entreprise de définition de ces notions. Le pragmatiste n'exclut pas d'emblée la possibilité de définir son objet une fois la recherche accomplie. Il peut certes se passer de définition au début de la recherche, mais rien ne l'empêche de proposer ou d'adopter une définition qui, au moment opportun de son enquête, saisira le mieux la nature de l'objet qu'il étudie. Le sceptique, en revanche, refuse de définir l'objet, à quelque moment que ce soit.

Cette opposition entre le projet moderne (définir autant de notions que possible) et le projet postmoderne (renoncer à la définition clarificatrice des notions) recoupe dans une large mesure deux types de philosophie du droit qui se font face depuis les débuts de la modernité : l'approche axiomatique et l'approche topique, pour reprendre l'opposition qui sous-tend *Topik und Jurisprudenz* de Theodor Viehweg. Les partisans d'une approche axiomatique entendent – ou entendraient, s'ils existaient – réduire le langage juridique aux canons de la logique et, en l'occurrence, satisfaire aux exigences d'univocité, de non-contradiction et d'exhaustivité. C'est contre ce projet logique ou logiciste que Perelman bâtira toute son œuvre : selon lui, le droit n'est pas en mesure d'échapper à l'ambiguïté, au vague, aux notions confuses<sup>2</sup>. Il faut souligner une différence importante entre les deux grands courants que nous avons opposés – le courant axiomatique et le courant topique. Tandis que ce dernier a connu et connaît encore de véritables partisans (Chaïm Perelman, Ronald Dworkin, pour ne citer que les plus connus), il n'en va pas de même du courant axiomatique. Celui-ci, s'il a jamais été promu par quelques auteurs, constitue surtout un repoussoir, un contre-idéal, une mise en scène d'un ennemi d'autant plus imaginaire qu'il répond à une caricature rendue crédible par l'existence des logiciens. Mais mis à part des chercheurs étudiant la logique déontique, on ne connaît guère de représentants d'un courant qui entend axiomatiser le discours juridique. Du moins, il existe un contraste entre leur petit nombre et l'obsession répandue qui consiste à éviter à tout prix le piège logiciste (formaliste, mécanique, etc.). À lire les partisans de l'approche topique, les théories axiomatiques contrôlèrent les facultés de droit. Or, tel n'est certainement pas le cas, loin s'en faut.

### III

On pourrait être tentés de reconnaître dans la différence d'approche dont nous venons de parler l'opposition entre les deux styles philosophiques que l'on appelle la philosophie analytique et la philosophie continentale. C'est en substance ce qui se dégage de l'ouvrage de Pascal Engel, *La dispute*. Le personnage incarnant le philosophe continental ne semble pas aussi pressé que le personnage du philosophe analytique de résoudre ou dissoudre les problèmes, mais au contraire, paraît se nourrir des confusions inhérentes à la langue ordinaire. Quittons à présent l'opposition de ces personnages. Plus précisément, le philosophe continental n'est pas avare de distinctions et clarifications mais elles ne sont pas nécessairement du même ordre. Par exemple, il arrive fréquemment qu'une notion soit distinguée sans que l'on sache d'où provient la distinction. Deleuze et Foucault distinguent le

<sup>2</sup> S. Goltzberg, *Chaïm Perelman, L'argumentation juridique*, Michalon, « Bien commun », Paris, 2013.

fondement et la fondation. On comprend presque l'utilité de la distinction, pour le coup assez claire, entre les deux notions, même si l'on peut rester sceptique quant à la nécessité de séparer artificiellement les significations de ces deux termes. Plus étonnant, on lit parfois des distinctions que l'on pensait connaître, mais que l'on ne comprend plus guère une fois effectuée la distinction conceptuelle. Par exemple, alors que l'opposition entre énoncé et énonciation est à la fois bien connue et claire en philosophie du langage, on ne saisit pas immédiatement le sens que Foucault, dans *L'archéologie du savoir*, voulait lui donner. Évidemment, une telle opposition entre ces deux grands styles de philosophie n'a pas toujours existé. En l'occurrence, paradoxalement, la philosophie analytique est *marquée* au sens où elle semble constituer un type particulier de la philosophie, alors que, dans la francophonie du moins, les philosophes continentaux sont présentés simplement comme des philosophes – sans plus de précision. Or, on peut jeter sur cette opposition un regard différent et *dater* la philosophie continentale à peu près à l'éclosion des œuvres des postkantien. Une telle chronologie réunirait Descartes et Kant au sein d'une tradition ayant pour objectif de faire, autant que faire se peut, toute la clarté sur des questions philosophiques souvent confuses. La confusion demeure pour ces auteurs un problème à *résoudre*.

#### IV.

Au-delà de l'opposition entre philosophie continentale et philosophie analytique, on retrouve cette divergence entre ces deux projets au sein même de la philosophie analytique. En effet, on peut y distinguer deux grands courants. Le courant logique ou logiciste, notamment sous l'égide de Frege et Russell, se méfie volontiers de la langue naturelle, qui présente tous les traits – les imperfections – qu'un langage logique entend éviter. On pourrait même dire que la logique contemporaine symbolique (que l'on appelle aussi parfois formelle) se définit par un constant effort pour exclure de son langage ce qui fait le propre de la langue naturelle : l'ambiguïté, le flou, l'indétermination, le vague, la dépendance par rapport au contexte, l'importance de l'intention du locuteur, les déictiques. Bref, la logique a expulsé de son langage tous les objets qui sont étudiés par la pragmatique<sup>3</sup> (par opposition à la sémantique). La confusion est alors éliminée du langage logique. C'est ainsi que des membres du cercle de Vienne ont pu considérer que de nombreux problèmes métaphysiques étaient simplement causés par les termes – confus – dans lesquels les problèmes métaphysiques étaient posés. Une fois ces termes remplacés par un langage dépourvu d'ambiguïtés et de vague, ces

<sup>3</sup> M. Ariel, *Defining Pragmatics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

questions philosophiques ne se poseraient plus ou du moins plus de la même manière et, assurément, moins fréquemment.

Mais la philosophie analytique connaît également une deuxième branche, qui, pour le coup, se concentre sur tous ces éléments que les logiciens ont « externalisés » : la philosophie de la langue ordinaire (appelée souvent, sans doute par anglicisme, philosophie du langage ordinaire). La langue naturelle (le français, l'anglais, etc.) n'est plus considérée comme irrémédiablement irrationnelle, mais comme porteuse d'une rationalité qu'il convient de mettre au jour. Cette fois-ci, l'idée n'est plus de se passer d'une langue confuse pour dissoudre les problèmes philosophiques, mais de scruter attentivement – et rationnellement – le fonctionnement de la langue, afin de saisir les problèmes philosophiques, et, si possible, de trouver une solution à ces problèmes. Les deux approches au sein de la philosophie analytique – l'approche logique et la philosophie de la langue ordinaire – ont tout de même un point commun qui suffit à les distinguer de la philosophie continentale : la recherche de clarification des problèmes, le besoin de définition et la *réticence* à reconnaître l'existence d'une notion intrinsèquement confuse.

Dans la mesure où nous avons dit plus haut que personne ne soutient l'approche axiomatique contre laquelle pourtant de si nombreux auteurs élèvent des objections, la différence entre les deux courants est sans doute mieux comprise de la manière suivante : il y a ceux qui (typiquement, les philosophes analytiques) tentent de limiter le nombre de termes confus, vague ou ambigus et ceux qui (dont certains philosophes continentaux) acceptent volontiers, voire célèbrent le caractère indéfinissable d'une notion ou d'un concept. Ce que ces deux attitudes ont en commun est l'acceptation d'une série de notions indéfinissables. La différence tient, d'une part, dans le nombre (minimal pour les premiers) de ces notions indéfinissables et, d'autre part, dans l'attitude par rapport à l'existence de notions indéfinissables : c'est à contrecœur que les premiers admettent – à l'instar d'une défaite – l'irréductibilité de ces indéfinissables, alors que pour les seconds l'idée même de pouvoir tout définir, le simple projet de dissiper la confusion *naturelle* de la langue *humaine* reviendrait à une tentative de *dénaturer* et *déshumaniser* la langue et la philosophie. Tandis que pour les premiers l'indéfinissabilité est la conclusion d'un effort de clarification n'ayant pas totalement abouti (pour différents types de raisons), l'indéfinissabilité semble souvent être, pour les seconds, un parti pris, voire, en exagérant un peu, l'objectif à atteindre. C'est alors que le dernier Wittgenstein est cité, comme cautionnant l'idée selon laquelle il convient de remplacer les conditions nécessaires et suffisantes (projet de définition et de clarification) par la métaphore des ressemblances de familles, qui permet non pas simplement de se *contenter* de notions indéfinissables malgré les efforts de clarification et de définition mais de *revendiquer* d'emblée le caractère indéfinissable de l'objet d'étude.

Parmi tous ces courants, où se situe alors la théorie de Gallie à propos des concepts essentiellement contestés ? À première vue, il semblerait que cet objet d'étude – les concepts essentiellement contestés – le rapproche des auteurs qui font preuve d'une certaine tolérance, voire d'une complaisance, à l'égard de la confusion inhérente à la langue naturelle. C'est pourtant le contraire qui est vrai. Dans « Art as an essentially contested concept<sup>4</sup> » publié à peu près au même moment que « Essentially contested concepts »<sup>5</sup>, Gallie récuse l'ambition de ceux qui prétendent que l'art est indéfinissable. Il utilise au contraire la notion de concept essentiellement contesté dans le but de rendre possible un échange sur la définition de l'art. On est donc loin du dernier Wittgenstein qui remettait en question le projet de définir les notions par conditions nécessaires et suffisantes.

Il existe un point commun intéressant que l'on peut déceler entre le fait de proposer une définition et le fait de caractériser un concept comme étant essentiellement contesté. À première vue, ces deux notions semblent opposées : définir un concept, c'est révéler – ou lui donner – une signification claire et distincte, alors que caractériser un concept comme étant essentiellement contesté, c'est, au contraire, voir en lui une notion sur laquelle il existe un débat irréductible qui touche au cœur de la signification du concept. Pourtant, nous pouvons également percevoir un point commun entre ces deux gestes : il n'est pas *a priori* utile (1) de définir un concept (2) ni de le considérer comme un concept essentiellement contesté.

1. La première affirmation peut sembler paradoxale, tant on connaît les vertus de la définition dans la recherche, notamment la recherche en droit. Un des gestes typiques du juriste n'est-il pas précisément de définir et de définir précisément ? Nous montrons ailleurs que la définition n'est en réalité pas un genre littéraire inhérent au droit mais uniquement *une* manière d'organiser les critères permettant l'identification d'un objet ou d'un fait. Donner, chercher, exiger des critères, voilà en revanche une démarche que l'on trouve apparemment dans tous les droits : à partir de quand peut-on parler d'un empoisonnement, d'un vol, d'un parjure ? Mais le fait de formuler les critères sous la forme d'une définition contenant un genre prochain (par exemple, le vol est la *soustraction frauduleuse*) et une différence spécifique (*du bien d'autrui*) est contingent. La fortune de la définition dans les droits occidentaux s'explique notamment par l'influence de la théorie aristotélicienne de la définition sur le droit romain et par la diffusion de cette théorie dans tous les systèmes juridiques influencés par le droit romain. C'est pourquoi on retrouve le geste de la définition tant dans les systèmes romano-germaniques qu'en *common law*<sup>6</sup>. Revenons à la question l'utilité de la définition. Alors que la définition

<sup>4</sup> W. B. Gallie, « Art as an Essentially Contested Concept », *Philosophical Quarterly*, 1956/6, p. 97-114.

<sup>5</sup> W. B. Gallie, « Essentially Contested Concepts », *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 56, 1955-1956, p. 167-198.

<sup>6</sup> Pour plus de détails, voir notre article sur « La définition comme greffe juridique », à paraître.

semble de bonne méthode, il n'est pas *a priori* nécessaire de définir les concepts. Le fait que de si nombreux concepts juridiques soient définis ne contredit pas la présomption selon laquelle on ne suppose pas la nécessité de définir un concept : dans tous ces cas, il *est* apparemment nécessaire de définir les termes (ou à tout le moins d'en fournir des critères). Mais il existe des notions pour lesquelles l'absence de définition ne provoque pas de problème particulier ; au contraire, c'est alors la définition qui suscite des problèmes qui n'existaient pas forcément. Prenons deux exemples : le concept d'abandon et le concept de droit. Il est interdit, dans de nombreux systèmes, d'abandonner un enfant. Pourtant, souvent, la nature et la portée de l'abandon ne sont pas précisées. La raison est simple : une définition de l'abandon d'enfant, par exemple le fait de le laisser plus de 10 minutes sans surveillance ou le fait de s'absenter pendant plus de 5 minutes de la pièce où il se trouve, serait contreproductive : les situations sont tellement différentes, les dangers dépendent tellement de l'âge des enfants et ceux-ci diffèrent à ce point les uns des autres qu'il serait inefficace de figer le concept dans une définition<sup>7</sup>. Le second exemple de notion qu'il n'est pas utile de définir est un peu provocateur : il n'est pas certain que la définition du droit soit nécessaire pour définir ce que sont, par exemple, les sources du droit. En effet, dès lors que l'on définit le droit *dans le but* d'identifier les sources du droit, on exclut toutes les sources qui ne répondent pas à la définition que l'on s'est donnée. La conséquence est qu'une définition du droit rend plus difficile voire impossible une enquête comparative des sources du droit entre des cultures qui ne partagent pas la même conception du droit<sup>8</sup>. Toute définition du droit *encombre* donc la théorie des sources du droit et ne permet plus au chercheur de décrire toutes les cultures juridiques. Si l'on définit le droit par son caractère contraignant, cela exclut les droits ne possédant pas de sanction identifiable ; si le droit est par définition *écrit*, cela exclut les cultures orales ; si le droit est défini par l'existence de règles secondaires de Hart, cela élimine du champ d'étude toutes les cultures qui ne répondent pas à ce critère pour le moins euro-centré. On le voit, le droit n'est pas facilement définissable, mais il y a plus grave : il n'est pas certain qu'il soit *utilement* définissable.

2. On ne se dit pas spontanément d'un concept qu'il est essentiellement contesté : il incombe à celui qui thématise ce caractère essentiellement contesté de *démontrer* que le concept répond à une série de conditions nécessaires et suf-

<sup>7</sup> S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Dalloz, 2017, 3<sup>e</sup> édition, p. 34, où la définition suivante de l'abandon est analysée : « Abandon d'enfant : Crime ou délit, selon les circonstances, consistant dans le fait d'exposer ou de faire exposer, de délaissier ou de faire délaissier, en un lieu solitaire ou non, un mineur ou une personne hors d'état de se protéger en elle-même ». Cette définition évite soigneusement – et à juste titre – un trait qui permettrait de reconnaître à coup sûr qu'il y a eu abandon. Au contraire, chaque citoyen doit se comporter de manière à éviter l'abandon et le juge déterminera selon le cas s'il y a eu ou non abandon.

<sup>8</sup> S. Goltzberg, *Les sources du droit*, Puf, « Que Sais-je ? », 2016, p. 10.

fisantes. Les quatre premières sont les « quatre conditions nécessaires les plus importantes ». Gallie exige que le concept soit (a) évaluatif (*appraisive*); (b) complexe (*internally complex*); (c) ambigu; (d) « ouvert », au sens où son application peut être modifiée selon les circonstances. En d'autres mots, il persiste à être vague (*persistently vague*); (e) enfin, chaque locuteur doit être en mesure de reconnaître que son usage du concept est contesté par d'autres et saisir ne fût-ce qu'approximativement les critères suivis par ceux qui en font un autre usage. Ces critères font l'objet d'une série de reformulations – à commencer par Gallie lui-même, qui reformule les troisième et quatrième conditions (p. 172). L'énergie sera dès lors consacrée à améliorer cet ensemble de conditions, c'est-à-dire, à en proposer une formulation plus efficace. Un nouveau genre littéraire est né, qui consiste à redéfinir indéfiniment les conditions nécessaires et suffisantes qui permettent de déclarer qu'un concept est essentiellement contesté. Le sérieux de cette entreprise est sans conteste. Mais une autre question nous occupe : celle de l'utilité de la qualification d'un concept comme étant essentiellement contesté. En prenant l'exemple du droit (*law*), Kenneth M. Ehrenberg soutient qu'on ne devrait commencer une étude sur le caractère essentiellement contesté ou non d'un concept que si un tel examen est de nature à permettre une meilleure compréhension du concept analysé<sup>9</sup>. Ainsi, il écrit :

« Tandis que le fait qu'un concept ne répond d'une manière générale pas à la plupart de ces conditions permet de supposer qu'il ne sera pas utile de considérer ce concept comme essentiellement contesté, même si le concept répond à toutes les conditions, une analyse supplémentaire doit être effectuée pour déterminer l'utilité de regarder ce concept au travers de la catégorie de la contestation essentielle. » (p. 210-211).

Clairement, pour Ehrenberg, les conditions recensées par Gallie sont insuffisantes pour pouvoir parler d'un concept essentiellement contesté. On pourrait parler d'une lecture utilitariste : le caractère essentiellement contesté ne dépend plus seulement de la présence de certaines particularités de l'usage d'un concept, mais, du point de vue du chercheur, de l'utilité et de l'opportunité qu'il y a à parler de contestation essentielle. Ce point nous conduit à considérer que la nécessité de scruter le caractère essentiellement contesté ne se présume pas, mais se justifie par les services qu'une telle analyse est susceptible de livrer.

Pour résumer, les notions confuses sont un point de crispation entre plusieurs traditions et styles philosophiques : personne ne parvient à s'en passer mais l'attitude adoptée de fait varie considérablement. Ce qui est vrai de la définition

<sup>9</sup> K. M. Ehrenberg, « Law is not (best considered) an essentially contested concept », *International Journal of Law in Context*, 7/2, p. 209-232.

est vrai des concepts essentiellement contestés: leur nécessité ne se présume pas. S'il est nécessaire de s'en servir, autant le faire avec parcimonie et le plus clairement possible.

## V.

Plus généralement, ce que nous avons dit des définitions et des concepts essentiellement contestés vaut peut-être pour les notions philosophiques en général: il n'est pas certain qu'il soit opportun d'importer des concepts philosophiques dans le discours juridique. Pour le dire autrement, l'utilité des concepts philosophiques ne se présume pas. Malgré la mode qui consiste à citer certains auteurs (les paradigmes de Kuhn, les dispositifs de Foucault, le dispositif d'Agamben, le bricolage de Levi-Strauss, les actes performatifs d'Austin, etc.), un autre usage de la philosophie est possible et, selon nous, souhaitable. Il consiste à essayer de résoudre les problèmes juridiques (en recherche juridique notamment) sans l'aide de la philosophie, des notions, des auteurs de la tradition philosophique. Si le problème n'est pas résolu correctement sans l'aide des concepts philosophiques, ou si l'on établit qu'il est possible de le résoudre mieux, alors seulement, il est loisible de se tourner vers la philosophie. Encore une fois, une précaution est de rigueur. Il n'est pas du tout certain que les auteurs *de facto* incontournables sur une question soient en réalité utiles pour résoudre le problème. Ce n'est pas parce qu'il parle du monde carcéral que Foucault sera *forcément* utile, ce n'est pas parce qu'il est question de souveraineté que Carl Schmitt sera *forcément* utile; le chercheur peut se pencher sur la notion de règle sans nécessairement souscrire à la théorie de Hart; enfin, ce n'est pas parce que je parle de constitution que Kelsen me sera *forcément* d'une quelconque utilité. Trop souvent, une étape – capitale – est sautée: la recherche, dans la tradition philosophique au sens large, des notions qui me seront *véritablement utiles* pour résoudre un problème particulier. Trop souvent en effet, les citations philosophiques remplissent plutôt une fonction de signal: on se positionne par les auteurs qu'on évoque. Ce *name-dropping* possède bel et bien une utilité – s'identifier à une tendance – mais pas forcément une utilité pour la recherche elle-même. Qu'il nous soit permis d'envisager une philosophie du droit sans auteurs ou avec des auteurs qui ne sont pas nécessairement ceux auxquels on s'attend. Un tel usage réfléchi et non plus automatique de la philosophie serait alors du plus grand profit pour la recherche en droit. La question serait alors la suivante: quel est le problème que je ne parviendrais pas à résoudre sans convoquer telle notion philosophique ou tel auteur? Si je ne parviens pas à répondre à cette question, c'est que la notion ou l'auteur ne gagnent pas à être cités. Inversement, la recherche en droit, notamment la doctrine juridique, serait du plus grand profit pour les philosophes du droit: il s'agirait alors de sortir des sentiers battus par les grands noms de la tradition.

Une recherche véritablement libre des préjugés s'orientera d'elle-même vers les notions les plus fécondes et vers les auteurs les plus propices à mieux comprendre un problème intellectuel ou scientifique.

Un concept sera alors caractérisée comme essentiellement contesté lorsque l'utilité d'une telle caractérisation ne sera pas essentiellement contestable.

## EN MARCHÉ DERRIÈRE HART...

---

### RETOUR SUR LES DÉSACCORDS GÉNÉRÉS PAR L'IMPRÉCISION TERMINOLOGIQUE DES TEXTES NORMATIFS

Franck HAID

*Maître de conférences, Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de théorie du droit)*

**Abstract:** *Introducing the concept of 'open texture', H. L. A. Hart highlighted one of the main difficulties in applying normative texts: disagreements generated by the inevitable vagueness of terms used to formulate these texts. In this contribution, we propose to reconsider this observation, which will lead us to clarify it in order to confirm it, but also to continue modestly the analysis of the Oxford master by trying to understand better the vagueness of the terms and its consequences in the resolution of the disagreements it gives rise to.*

Personne ne saurait nier que le contenu des textes normatifs, ou plus précisément la détermination de ce qu'ils prévoient exactement, représente l'une des principales sources des désaccords relatifs à l'application du droit. Les controverses doctrinales ou les passes d'armes devant les plus hautes juridictions nous le montrent, nombre de désaccords sont cristallisés autour de ce que ne précisent pas les textes normatifs ou sur le sens à donner à certaines des indications qu'ils livrent expressément. Dans le premier cas, les textes manquent de précision; dans le second, c'est l'imprécision des termes de ces textes qui pose difficulté.

C'est sur ce second point que Hart souhaite s'arrêter dans son étude de la « texture ouverte »<sup>1</sup>. Pour ce faire, il décide de surligner une évidence, mais une de ces évidences qui ne saute aux yeux qu'une fois qu'elle nous a été montrée: tous les mots utilisés pour rédiger les règles de droit sont en partie imprécis, recèle une part d'imprécision, tout comme du reste tous les mots que nous employons pour formuler nos phrases dans la vie de tous les jours. Or, si l'on peut convenir que cette imprécision terminologique n'empêche nullement la communication entre les personnes, elle pose bien plus de problèmes lorsqu'il ne s'agit plus uniquement de comprendre un énoncé, pour éventuellement y répondre, mais lorsqu'il s'agit d'appliquer cet énoncé (on le suppose alors prescriptif), que ce soit à sa propre conduite ou pour trancher un litige.

---

<sup>1</sup> H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par M. Van de Kerchove (*The concept of Law*, 1961), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 155-188.

Le point de départ de la réflexion de Hart est un constat : à partir d'un certain nombre d'individus, il n'est plus possible d'organiser le contrôle social autour de directives particulières adressées séparément à chacun d'eux. Il est nécessaire de recourir à des catégories. Pour Hart, le droit vise ainsi des catégories de personnes, d'actes, de choses et de circonstances.

Or, les termes que notre langage propose pour désigner ces catégories recèlent tous par nature une part d'imprécision. Hart prend l'exemple désormais célèbre d'une interdiction d'accéder à un parc en véhicule pour montrer que si un terme comme celui de véhicule désigne sans aucun doute, sans désaccord possible, certains objets, et notamment une automobile, il existera, à côté de ces cas évidents d'application de la règle, des cas dans lesquels le fait de savoir si le terme s'applique ou non sera source de doutes et, par conséquent, de potentiels désaccords. Hart cite l'exemple de patins à roulettes qui pourraient, selon le point de vue adopté, être ou ne pas être considérés comme un véhicule.

Ces désaccords générés par la « texture ouverte » sont parfaitement raisonnables, par opposition à des désaccords déraisonnables qui reposeraient, par exemple, sur la mauvaise foi d'une des parties au débat. Il existe, en effet, dans les cas douteux causés par la « texture ouverte » à la fois des raisons de retenir le terme pour qualifier la situation de fait et à la fois des raisons de ne pas le faire.

Mais, l'analyse de Hart ne se contente pas de mettre en lumière les difficultés d'application liées à l'inévitable imprécision terminologique des textes normatifs. Elle prend également le temps d'en mesurer le principal avantage : celui de permettre à l'auteur d'une règle de droit de renvoyer aux choix ultérieurs d'une autorité de décision les questions auxquelles il ne voudrait répondre ou auxquelles il ne saurait répondre adéquatement au moment de l'élaboration de la règle.

En permettant cela, l'imprécision terminologique évite à l'auteur de la règle de droit de se frotter à une tâche impossible : celle d'envisager, dès l'élaboration de cette règle, toutes les hypothèses de fait qu'elle aura à trancher. L'entreprise serait, en effet, vouée à l'échec car, comme le résume très joliment Hart, « nous sommes des hommes et non des dieux ».

De manière plus pragmatique, l'imprécision terminologique représente surtout pour l'auteur d'une règle de droit un outil important dans la recherche du compromis qu'il doit systématiquement réaliser entre la sécurité juridique que doit offrir la règle et la souplesse nécessaire à une juste et raisonnable application du droit<sup>2</sup>.

En écrivant cela, Hart décrit magistralement ce que sont les désaccords générés par l'imprécision des textes normatifs. Ne pouvant complètement être écartés, ils peuvent en partie être anticipés et se présentent, par conséquent,

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 162.

comme le prix à payer pour assouplir une règle de droit en vue d'en permettre une meilleure adaptation aux réalités factuelles.

Mais, si Hart dévoile ainsi une bonne partie des enjeux du dosage de l'imprécision terminologique des textes normatifs sur leur application, il laisse le théoricien curieux devant de multiples interrogations. Son analyse nous conduit notamment à nous demander dans quelle mesure il est réellement possible pour l'auteur d'une règle de droit d'en doser l'imprécision terminologique vu que celle-ci est, en définitive, inéluctable. Elle nous invite également à nous interroger sur la nature de l'acte qu'est censée réaliser l'autorité de décision lorsque les désaccords surviennent du fait de cette imprécision.

Pour apporter quelques éléments de réponse à ces interrogations, nous les envisagerons ici sous l'angle de la linguistique juridique, c'est-à-dire en essayant d'utiliser les enseignements de la linguistique pour mieux comprendre le phénomène juridique mis en lumière par Hart dans son étude de la « texture ouverte ». Nous le ferons en revenant, dans une première partie, sur l'imprécision terminologique des textes normatifs, source majeure des désaccords relatifs à l'application du droit (I). Puis, nous aborderons la question de la résolution des désaccords générés par cette imprécision (II).

## **I. L'imprécision terminologique, source majeure des désaccords relatifs à l'application des textes normatifs**

Pour mieux évaluer dans quelle mesure l'auteur d'une règle de droit peut tenter d'en doser l'imprécision terminologique et réduire ainsi les désaccords potentiels relatifs à son application, il nous faut, en premier lieu, définir l'imprécision terminologique et étudier ses causes (A), avant d'en envisager le délicat dosage par l'auteur de la règle (B).

### ***A. L'imprécision terminologique : éléments de définition et causes***

Si l'imprécision terminologique des règles de droit constitue l'une des sources majeures des désaccords raisonnables relatifs à l'application de ces règles, c'est tout simplement parce que l'imprécision terminologique implique ontologiquement des doutes raisonnables.

La définition de l'imprécision s'articule, en effet, autour de la notion de doute. L'imprécision d'un terme dépend des doutes qu'il est susceptible de faire naître dans son usage ou dans sa compréhension, de la fréquence à laquelle ces doutes sont susceptibles de se présenter.

Les philosophes du langage s'accordent ainsi généralement pour considérer que la mesure de l'imprécision d'un terme (ou d'une expression linguistique) est proportionnelle au nombre de doutes qu'il peut générer lorsqu'il s'agit de savoir quelles situations ou quels objets sont désignés par le terme en question parmi toutes les situations ou tous les objets pouvant être envisagés.

Charles Sanders Pierce, logicien et mathématicien américain écrivait déjà, à ce propos, en 1902, dans le *Dictionary of philosophy and psychology*, qu'une proposition est imprécise lorsqu'il existe des situations possibles pour lesquelles il est « intrinsèquement incertain » pour celui qui observe la situation, de savoir si elle est ou non visée par la proposition. Cette incertitude doit, selon Pierce, être intrinsèque, autrement dit: elle ne doit pas être la conséquence d'une ignorance de l'interprète, que cette ignorance soit relative à la connaissance des éléments de la situation à qualifier ou à la signification exacte de la proposition en cause<sup>3</sup>.

Pour un discours descriptif, l'imprécision terminologique constitue donc une limite à la vérifiabilité complète des énoncés. Ainsi, vérifier qu'une centaine d'objets donnés sont ou ne sont pas carrés soulèvera en principe moins de désaccords que de vérifier si chacun de ces objets peut être considéré comme lourd; le deuxième adjectif étant bien plus précis que le premier.

Pour un discours prescriptif, tel le discours juridique, l'imprécision terminologique de la règle représentera un obstacle à la subsumation de cas d'espèces particuliers et concrets sous le cas d'espèce abstrait préfiguré par une disposition.

L'imprécision n'est donc pas une qualité qu'un terme a ou n'a pas, elle est inhérente à tous les termes<sup>4</sup>. Comme l'écrit Hart, elle est inévitable. Elle peut certes fortement varier d'un terme à l'autre, d'une expression linguistique à une autre, et même se révéler très faible, mais elle reste inéluctable.

La cause de ce caractère inéluctable de l'imprécision terminologique réside dans la relation d'inadéquation qui unit les énoncés d'une langue donnée à la réalité qu'ils doivent exprimer.

Le philosophe Adam Schaff l'explique parfaitement lorsqu'il écrit que :

« les signes verbaux sont imprécis non en raison de leur imperfection (ce qui suggérerait la possibilité de pouvoir y remédier par des moyens techniques qui l'élimineraient), mais parce qu'il y a une relation d'inadéquation

<sup>3</sup> C. S. Pierce, « Vague », in *Dictionary of philosophy and psychology*, London, 1902, p. 748, cité par R. Sorensen, « Vagueness », in *Stanford encyclopedia of philosophy*, 1997 (disponible sur internet: <http://plato.stanford.edu/entries/vagueness/>).

<sup>4</sup> Pour être plus précis, il convient de remarquer que c'est la signification des termes qui est imprécise et non les termes eux-mêmes. Il est toutefois d'usage d'attribuer directement, par métonymie, cette imprécision aux éléments linguistiques, C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 7.

entre la division rigide, qui classe à un certain point de vue les phénomènes réels, et cette réalité elle-même, laquelle par sa variabilité et le passage d'un état à un autre, d'une forme à une autre, déborde le cadre de toute classification rigide »<sup>5</sup>.

Autrement dit : les mots sont condamnés à ne donner qu'une idée imprécise de la réalité parce qu'ils n'ont d'autres possibilités que d'enfermer le réel dans des limites qui ne pourront jamais en épuiser toutes les nuances.

### ***B. Le délicat dosage de l'imprécision terminologique des textes normatifs***

Bien que l'imprécision terminologique soit inévitable, y compris pour l'auteur d'une règle de droit, ce dernier peut dans une certaine mesure la doser par le choix des mots qu'il retient pour formuler la règle, mais aussi par le recours à des techniques de définitions.

Ce faisant, l'auteur de la règle de droit peut parvenir à limiter les désaccords futurs.

Pour cela, il lui faut garder à l'esprit que l'imprécision d'une expression linguistique dépend avant tout de la nature de l'appréciation que le destinataire du message contenant cette expression doit réaliser pour la comprendre.

Plus cette appréciation doit s'appuyer sur des traits d'identification objectifs, voire scientifiques, plus elle relève du constatable, de l'observable, plus le terme ou l'expression linguistique est précis. Ainsi, dans notre exemple précédent, l'adjectif carré se révèle très précis car il s'appuie sur une définition mathématique. De la même manière, articuler la définition de la majorité autour de la notion d'âge permet d'en faire un terme juridique très précis.

À l'inverse, moins la détermination et l'application de ces traits d'identification reposent sur des éléments objectifs, plus l'appréciation à réaliser relève du domaine de l'évaluable, de l'estimable, plus le terme ou l'expression linguistique est imprécis.

C'est la raison pour laquelle des termes comme péril, faute, urgence ou encore une expression linguistique comme motifs graves s'avèrent, en l'absence de définition, si porteurs de désaccords potentiels.

Ces remarques sur l'importance de la nature de l'appréciation qu'exige le mot pour être correctement compris sont, bien entendu, non seulement à prendre en compte pour choisir en connaissance de cause les termes de la règle de droit,

---

<sup>5</sup> A. Schaff, « Les expressions vagues et les limites de leur précision », in *Langage et connaissance suivi de six essais sur la philosophie du langage*, Paris, Anthropos, 1973, p. 236.

mais aussi si l'auteur de la règle tente de préciser certains de ses termes par le biais d'une définition. L'emploi de techniques définitoires constitue, en effet, un levier important dans le dosage de l'imprécision des termes, mais un levier à manipuler avec précaution car les mots que l'auteur d'une règle pourrait employer, au sein d'une définition, pour dissiper les zones d'obscurité d'un terme, sont soumis aux mêmes lois linguistiques que n'importe quel autre terme : ils font inévitablement naître de nouvelles zones d'obscurité, normalement moins vastes, mais toujours présentes, en reposant à l'étage inférieur des questions de même nature que celles auxquelles ils répondent à l'étage supérieur.

Au-delà de la précision de ses termes, l'efficacité d'une définition posée par l'auteur d'une règle de droit dans la limitation des désaccords qu'elle est susceptible de générer dépend de la faculté de l'auteur de la règle à anticiper ces désaccords futurs et à les trancher clairement par d'autres mots ou même par le recours, lorsque cela est possible, à des chiffres, comme le montre l'exemple de la définition de la majorité. Autant dire que la tâche n'est pas simple et que la marge de manœuvre peut parfois s'avérer très étroite.

La tentative de limitation des désaccords potentiels par l'auteur d'une règle de droit se révèle d'autant plus compliquée que celui-ci ne peut ignorer qu'il ne saurait s'agir pour lui de mener une course à la précision à tout prix.

Offrir aux justiciables un maximum de sécurité juridique reste, certes, l'un de ses objectifs premiers dans l'élaboration de la règle, et la poursuite de cet objectif exige une certaine précision des termes de cette règle. Mais, comme l'explique Hart, le droit a également besoin dans certains domaines ou sur certaines questions de règles souples, pouvant être appliquées à des situations très diverses par l'intermédiaire d'une autorité mieux placée pour en préciser les zones d'ombre au cas par cas.

À cette fin, l'imprécision terminologique recèle des avantages pour l'auteur de la règle qui peut, grâce à elle, laisser certaines questions en suspend soit parce que ces questions sont trop nombreuses pour être évoquées en détail dans la règle, soit parce qu'elles ne peuvent être appréciées à leur juste valeur au moment de l'élaboration du texte normatif et semblent ne pouvoir être résolues de manière adéquate que lorsqu'elles se poseront dans le cadre d'une situation concrète.

Cet avantage vient compenser les trois handicaps dont souffre l'auteur d'une règle au moment de son élaboration : tout d'abord, son incapacité à envisager tous les cas de figure susceptibles de se présenter ; ensuite, son incapacité à anticiper toutes les évolutions de la société qui pourraient à l'avenir concerner la règle actuellement en cours d'élaboration ; et, enfin, sa difficulté à envisager dans

le texte normatif toutes les nuances factuelles qui justifieraient une différence de traitement par le droit.

L'imprécision terminologique permet à l'auteur de la règle de dépasser ces handicaps en renvoyant à une autorité de décision le soin de trancher les désaccords raisonnables au moment le plus propice à la compréhension du sens des mots, c'est-à-dire au moment de leur application à une situation de fait concrète. Mais, cette autorité ne saurait pour autant se considérer comme entièrement libre de fixer le sens des mots qu'elle est chargée d'appliquer car même les mots les plus imprécis lui enjoignent d'envisager un certain nombre d'arguments pour résoudre les désaccords qu'ils génèrent du fait de leur imprécision.

## II. La résolution des désaccords générés par l'imprécision terminologique

La résolution des désaccords générés par l'imprécision terminologique des règles de droit réside donc, comme nous venons de le voir, dans les mains des juges ou parfois d'autres autorités de décision. Il ne semble plus nécessaire désormais de convaincre les juristes de l'importance du pouvoir d'appréciation qui leur est ainsi reconnue, ni d'insister sur le rôle capital que l'exercice de ce pouvoir leur attribue dans la vie et la construction du phénomène juridique. Hart évoque à plusieurs reprises ce pouvoir d'appréciation précisant que celui-ci implique une fonction créatrice.

La question de la liberté dont disposent l'autorité de décision pour remplir ce rôle reste, quant à elle, très controversée. Plutôt que de revenir ici sur ce débat sans fin, il nous paraît plus intéressant de souligner que la nature des mots n'a pas que des conséquences sur l'apparition de désaccords lors de l'application de la règle, mais en a également sur la voie à suivre pour résoudre ces désaccords. Certes, tout interprète peut, à l'instar d'un personnage de Lewis Carroll, décider de faire abstraction des injonctions que lui adressent les mots pour être compris au mieux<sup>6</sup>. Mais, cela ne signifie pas pour autant que ces injonctions n'existent pas.

Ces injonctions adressées au destinataire du message sont de deux ordres. Certaines sont liées aux mots eux-mêmes puisque ceux-ci livrent toujours, même lorsqu'ils sont très imprécis, des indications sur leur sens : des frontières terminologiques floues ne doivent, en effet, pas être confondues avec une absence de

---

<sup>6</sup> « Quand moi, j'emploie un mot [déclare Humpty Dumpty d'un ton assez dédaigneux] il veut dire exactement ce qu'il me plaît qu'il veuille dire... ni plus ni moins. - La question [répond Alice] est de savoir si vous pouvez obliger les mots à vouloir dire des choses différentes. - La question [réplique Humpty Dumpty] est de savoir qui sera le maître, un point c'est tout ». L. Carroll, *De l'autre côté du miroir*, 1871, traduit en français par J. Papy, in *Alice au pays des merveilles. De l'autre côté du miroir* (Édition de J. Gattégno), Paris, Gallimard, 1994, p. 274-275.

frontières terminologiques (A). Une deuxième série d'injonctions découle du fait que tous les mots réclament un multiple éclairage contextuel pour être compris au mieux. La nécessaire contextualisation des termes justifie ainsi, du point de vue linguistique, les liens entre interprétation et argumentation juridiques (B).

### **A. *La distinction entre frontières terminologiques floues et absence de frontières terminologiques***

Livrant un premier aperçu de l'ampleur des désaccords que peut générer une imprécision terminologique élevée, certains termes ou expressions linguistiques aux limites particulièrement floues peuvent paraître totalement dépourvues de frontières sémantiques. Le « paradoxe du sorite » (ou paradoxe du tas de grains), dont la paternité est généralement attribuée au philosophe grec Eubulide de Milet, est à l'origine de cette impression<sup>7</sup>. Dans sa version la plus connue, ce paradoxe, régulièrement évoqué par les théoriciens du droit anglais et américains abordant le problème de l'imprécision des termes juridiques<sup>8</sup>, semble démontrer qu'il est impossible d'obtenir un tas de grains en ajoutant un grain de blé à la fois à partir d'un grain de départ, ce qui reviendrait à affirmer que l'expression « tas de grains » n'a pas de véritables frontières sémantiques. Seulement, ces conclusions ne sont en fait que le résultat d'une illusion d'optique, ce paradoxe permettant juste de souligner combien il est délicat de déterminer les limites d'un terme ne renvoyant que dans une très faible mesure à des éléments d'appréciation objectifs et combien il est important, dans ce cas, de se référer au contexte.

Fondé sur des prémisses manifestement vraies, le « paradoxe du sorite » aboutit à une conclusion défiant toute certitude. Il part d'un postulat incontestable : un grain de blé ne constitue pas un tas, si l'on ajoute un autre grain, nous n'avons toujours pas un tas et ce sera encore le cas si on en ajoute un troisième... Ceci étant, il paraît possible d'affirmer que si  $n$  grains de blé ne constituent pas un tas, il en sera de même de  $n + 1$  grains de blé. Le problème est que, de syllogisme en syllogisme, cette affirmation conduit à conclure que si un grain de blé ne forme pas un tas alors dix mille grains ne le forment pas non plus !

Or, une telle conclusion pourrait être tirée pour un grand nombre de termes. En s'appuyant sur le fait qu'une personne ne faisant qu'un mètre de hauteur est manifestement « petite » ou que quelqu'un n'ayant qu'un seul cheveu sur la tête est incontestablement « dégarni », puis en ajoutant centimètre sur centimètre ou

<sup>7</sup> Sur le « paradoxe du sorite », voir D. Hyde, « Sorites Paradox », in *Stanford encyclopedia of philosophy*, 1997 (disponible sur internet : <http://plato.stanford.edu/entries/sorites-paradox/>).

<sup>8</sup> Voir, par exemple, T. Endicott, *Vagueness in Law*, New York, Oxford University Press, 2000, notamment p. 77-98 ; R. Sorensen, « Vagueness has no function in Law », *Legal Theory*, Vol. 7, n° 4, 2001, p. 394 et s. ; S. Schiffer, « A little help from your friends ? », *Legal Theory*, Vol. 7, n° 4, 2001, p. 425 et s.

cheveu sur cheveu, on parvient irrémédiablement à des conclusions absurdes dans lesquelles une personne de deux mètres est encore considérée comme « petite » et un homme ayant plusieurs dizaines de milliers de cheveux sur le crâne reste « dégarni ». Et le même raisonnement peut parfaitement être transposé à un grand nombre d'expressions juridiques quantifiables, comme, en matière de clause pénale, celle de pénalité « manifestement excessive ou dérisoire » (art. 1231-5 C. civ.), qui pourraient ainsi paraître dénuées de véritables limites.

Mais si les conclusions du « paradoxe du sorite » peuvent momentanément entraîner l'adhésion, une analyse plus approfondie permet de constater qu'elles ne sont que le fruit d'une illusion d'optique. Le raisonnement autour duquel s'articule ce paradoxe n'est, en effet, pas exempt de critiques.

Ainsi, s'il est vrai que l'ajout d'un grain de blé ne peut permettre de qualifier de « tas » un ensemble de grains qui ne constituait pas un « tas » avant cet ajout, il est en revanche faux de considérer que cet ajout n'a aucune influence. Certes, un grain de blé ne constitue manifestement pas un « tas », mais l'ajout d'autres grains va progressivement effacer ce caractère manifeste jusqu'à ce qu'il y ait doute sur la qualification à retenir, puis que ce doute devienne de plus en plus important. Si l'on continue alors à ajouter des grains de blé, le doute s'amenuisera, l'observateur ayant de plus en plus souvent tendance à retenir la qualification de « tas », jusqu'à ce que cette qualification s'impose de manière manifeste. Ce terme, comme tous les autres termes, possède donc des limites qu'il est toutefois utopique de penser pouvoir identifier au grain de blé près. Encore faut-il pour les voir ne pas nier les variations qu'entraîne l'ajout progressif de grains sur la qualification à retenir.

L'argument est évidemment transposable aux expressions fortement imprécises employées par le législateur : certes, ces expressions ne disposent pas de frontières nettes et il est par conséquent impensable pour des expressions comme celles de « bref délai » ou de « peine manifestement excessive ou dérisoire » d'identifier ces frontières au jour ou à l'euro près, à moins que le législateur ne les quantifie expressément dans la loi. Mais cela ne signifie pas pour autant que ces expressions soient dénuées de limites. Ainsi, s'il était possible d'envisager toutes les situations susceptibles d'être confrontées à une expression donnée, on pourrait constater que certaines d'entre elles ne relèvent manifestement pas de son champ sémantique alors que, pour d'autres, ce caractère manifeste tend à s'effacer pour faire place au doute sur la qualification à retenir, ce doute étant plus ou moins important selon l'hypothèse prise en compte. Dans certains cas, le doute serait relativement faible, l'observateur ayant de plus en plus souvent tendance à considérer que l'hypothèse envisagée relève du champ sémantique de l'expression, celle-ci s'imposant même de manière manifeste pour qualifier certaines situations.

En outre, pour en revenir à l'exemple qui sert habituellement d'illustration au « paradoxe du sorite », le nombre de grains de blé n'est pas le seul élément à prendre en compte pour déterminer la qualification adéquate puisque, comme la grande majorité des expressions linguistiques, le terme « tas » ne renvoie pas à un seul et unique critère d'identification. Ainsi, la façon dont s'agencent les grains entre eux devra, elle aussi, être prise en compte. De la même manière, la réponse à la question de savoir si un homme est « dégarni » ou pas ne dépend pas uniquement du nombre de cheveux qu'il compte sur le crâne mais aussi de l'emplacement de ces cheveux ou encore de leur longueur. Face à ce type d'interrogation, il est par conséquent nécessaire d'effectuer une prise en compte simultanée de l'ensemble des facteurs conditionnant la décision à prendre, seule une telle prise en compte pouvant réellement permettre d'appréhender les frontières d'une expression linguistique donnée.

Il en est, bien entendu, de même pour les expressions utilisées par l'auteur d'une règle de droit. C'est ce que montre, par exemple, M. Ivainier lorsqu'il tente de schématiser le raisonnement à mener pour déterminer où se situe l'« intérêt de l'enfant » en matière d'attribution de l'autorité parentale ou de fixation de ses modalités d'exercice. Il relève, en effet, que plusieurs paramètres doivent être pris en compte pour évaluer cet intérêt parmi lesquels les conditions d'hébergement offertes par chacun des parents, la vie qu'ils mènent depuis leur séparation, leurs revenus respectifs ou encore leur contribution effective à l'éducation de l'enfant... Selon lui, les éléments factuels propres à chaque espèce devront être greffés sur ce schéma, ce qui permettra au juge de dresser un bilan dans lequel figureront des éléments à charge et à décharge pour chacun des intéressés, le solde de ce bilan guidant la décision du magistrat<sup>9</sup>.

Enfin, et ce dernier point est en partie lié à celui que nous venons d'évoquer, le raisonnement autour duquel s'articule le « paradoxe du sorite » néglige un élément capital : le fait que la signification d'un terme peut surtout dépendre du contexte dans lequel celui-ci est utilisé ; ce contexte pouvant jouer un rôle d'autant plus important que le terme est imprécis. Ainsi, une personne n'est pas « petite » dans l'absolu, elle l'est par rapport à son âge, à son sexe, à la taille moyenne des personnes qui l'entourent... De la même manière, le caractère « manifestement excessif ou dérisoire » du montant d'une clause pénale doit notamment être apprécié au regard du préjudice effectivement subi<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Th. Ivainier, « L'interprétation des faits en droit », *JCP*, 1986, I, 3235, n° 21.

<sup>10</sup> C'est d'ailleurs ce que confirme la jurisprudence : Com., 11 février 1997, *Bull. civ.*, 1997, IV, n° 47 ; *Deffrénois*, 1997, p. 740, obs. Delebecque ; *RTD Civ.*, 1997, p. 654, obs. Mestre.

## B. La nécessaire contextualisation des termes

Comme nous venons tout juste de le voir, en raison de leur nature, les mots demandent à être contextualisés, projetés dans leur contexte d'utilisation pour avoir une chance d'être correctement compris par leur(s) destinataire(s). Et cette exigence est d'autant plus forte que les mots sont imprécis.

Les linguistes l'affirment du reste sans détour: « tout mot est lié à son contexte dont il tire son sens »<sup>11</sup>. Le dictionnaire ne fait donc qu'indiquer les contours généraux des différents sens qu'un terme peut porter, et ce n'est que l'usage du terme dans un contexte déterminé qui va permettre d'en comprendre le sens effectif.

Cet environnement contextuel, qu'il soit linguistique (les autres mots de l'énoncé ou les énoncés entourant l'énoncé) ou extra-linguistique, influe directement sur la signification à retenir du terme, le « colore » selon l'expression de Pierre-André Côté, le précise tout simplement.

En s'appuyant sur une réflexion de Wittgenstein, issue des Recherches philosophiques<sup>12</sup>, M. Côté illustre parfaitement cette influence du contexte d'énonciation sur la signification des termes. Il prend pour ce faire l'exemple d'une maîtresse de maison demandant à sa gouvernante « enseignez un jeu aux enfants » et remarque que si cette dernière enseignait aux enfants à jouer au poker ou à la roulette russe, elle n'aurait de toute évidence pas compris le sens du mot « jeu » dans le contexte global dans lequel celui-ci a été employé<sup>13</sup>... De la même manière, renchérit M. Côté, la gouvernante proposant aux enfants de jouer aux cow-boys et aux indiens n'aurait pas non plus compris le sens du mot « jeu » si la maîtresse de maison lui avait donné cet ordre dans le but de ne plus être importunée par les cris des enfants<sup>14</sup>.

Ces deux exemples soulignent la variété des éléments du contexte d'énonciation pouvant avoir une influence sur la signification à donner aux termes employés: de la personne du locuteur à celle(s) du ou des destinataires, des intentions de ce locuteur aux objectifs poursuivis par l'ordre qu'il formule, de l'ensemble linguistique

<sup>11</sup> Mounin, *Clefs pour la sémantique*, Paris, Seghers, 1975, p. 23

<sup>12</sup> « Quelqu'un me demande: « Montre un jeu aux enfants. » Je leur apprend à jouer de l'argent aux dés, et il me dit: « Ce n'est pas ce type de jeu que je voulais dire. » Faut-il donc qu'au moment où il m'a demandé cela, il ait eu l'idée d'exclure le jeu de dés? » (L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, Traduction nouvelle par F. Dastur, M. Élie, J.-L. Gautero, D. Janicaud, E. Rigal [*Philosophische untersuchungen*, 1953]; avant-propos et appareil critique par E. Rigal, Paris, Gallimard, 2004, § 70, p. 66).

<sup>13</sup> P. A. Côté, *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 1999, p. 355.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

dans lequel le terme s'insère à l'ensemble des circonstances de fait dans lequel un tel ordre s'inscrit, à commencer par le moment et le lieu de son prononcé<sup>15</sup>.

Pour être correctement compris, les mots de n'importe quel message appellent donc un éclairage par divers éléments contextuels, ils exigent une contextualisation. Or, il semble que, pour ce qui regarde le message juridique que constitue la règle de droit, cet appel au contexte justifie le recours à l'argumentation pour déterminer le sens de la règle.

Il semble bien, en effet, que c'est parce que les mots doivent être projetés dans le contexte de leur usage que l'autorité de décision est chargée de les entendre au regard du contexte factuel de l'espèce. Certains termes ou expressions linguistiques particulièrement imprécis réclament même une totale immersion dans les faits d'espèce et se révèlent parfois très clairs dans un contexte factuel donné. C'est le cas, par exemple, de la notion d'intérêt de l'enfant, notion centrale du droit de la famille, qui, envisagée dans certains contextes familiaux ne posera aucune difficulté d'application, ne soulèvera aucun désaccord raisonnable.

Il apparaît également que c'est parce que les mots, quels qu'ils soient, exigent d'être compris dans l'ensemble du message dans lequel ils s'insèrent que les mots d'une règle de droit doivent être interprétés en tenant compte des autres mots de la règle dans laquelle ils figurent, mais aussi des mots du corps de règles dans lequel cette règle s'inscrit, ou même en tenant compte des autres textes du Code au sein duquel la règle se trouve, voire de l'ensemble des textes du droit concerné. L'exigence de contextualisation des mots tisse ainsi un lien avec les arguments juridiques reposant sur la cohérence supposée des textes.

De la même manière, la prise en compte, à titre d'argument, des intentions de l'auteur de la règle ou des objectifs que la règle poursuit se trouve justifiée par le fait que la contextualisation d'un mot suppose également la prise en compte de l'émetteur du message et de ses intentions. Comme le montre l'exemple emprunté à Pierre-André Côté, cet élément est même l'un des premiers à prendre en compte dans la compréhension d'un message, quelle qu'en soit la nature. Il ne peut qu'en être de même pour le message juridique.

Enfin, mais cette liste mériterait à vrai dire d'être complétée, c'est toujours parce que les mots demandent à être contextualisés pour avoir une chance de les comprendre au mieux qu'il est nécessaire pour l'autorité chargée d'interpréter le message juridique de voir comment ces mots ont été compris par les autres membres de sa communauté interprétative, comme le ferait n'importe quel destinataire de n'importe quel message.

---

<sup>15</sup> C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, *op. cit.*, p. 235-237. Il convient de remarquer que, dans ces deux exemples, bien que le terme jeu soit employé au sein d'énoncés prescriptifs, le contexte d'application n'a pas d'influence propre sur le sens de ce terme car il ne peut être distingué du contexte d'énonciation, l'ordre ayant vocation à être appliqué immédiatement.

C'est ici le recours à l'argument jurisprudentiel que l'appel à contextualisation qu'exigent les mots justifie.

L'imprécision terminologique des textes normatifs n'est donc pas qu'une des sources majeurs des désaccords relatifs à leur application, elle indique aussi de par sa nature la voie normale que doit emprunter le destinataire du message juridique pour tenter de le comprendre.

Les linguistes le disent et le répètent: cette imprécision ne se contente pas d'être inhérente à chaque terme, elle réclame également à chaque utilisation un multiple éclairage contextuel pour que la signification du terme en question soit comprise au mieux. Pour les termes employés dans les textes normatifs, cette caractéristique essentielle des mots tisse un lien direct entre interprétation et argumentation juridiques.



# LES COMMUNAUTÉS INTERPRÉTATIVES ET LA LIBERTÉ CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE D'ENTREPRENDRE

---

Olivier THOLOZAN

*Maître de conférences HDR, Aix Marseille Université, LTD (Laboratoire de théorie du droit)*

**Abstract:** *The Stanley Fish's concept of interpretive communities can be used to explain the legal phenomenon. The judicial review of french constitutional council was used, in 1982, to reconcile two political communities.*

La personnalité de l'américain S. Fish suscite chez un tenant de l'organisation universitaire traditionnelle européenne un sentiment de décalage. Du fait de la conception du droit et des études juridiques aux États-Unis<sup>1</sup>, ce professeur de littérature anglaise a pu exercer sans diplômes idoines les fonctions de professeur de droit. Pourtant cela ne l'a pas empêché de faire bénéficier les étudiants juristes de sa plus large réflexion sur l'interprétation, en insistant sur le rôle des communautés interprétatives. Ses idées ont provoqué dans le milieu des études juridiques une profonde controverse. Il a été accusé de relativisme radical. À titre d'illustration significative, on peut d'abord évoquer la critique de Th. Morawetz. Ce dernier considère que la notion de communautés interprétatives est ambiguë. On ne sait si ses membres ont les mêmes stratégies interprétatives à l'égard du réel ou si ces dernières ne font que se recouper<sup>2</sup>. T. Spaak oppose à Fish une auto-réfutation classique du relativisme : comment soutenir un point de vue lorsqu'on dit qu'aucun point de vue n'est plus justifié qu'un autre<sup>3</sup> ? Enfin, dans son testament intellectuel, R. Dworkin prend à parti Fish pour mieux affermir sa défense de l'objectivisme moral. Il synthétise sa critique en s'exclamant :

« Pourquoi les objectifs et les présupposés d'une communauté ne sont-ils pas meilleurs que ceux d'une autre ? Pourquoi ne sont-ils pas aussi bons qu'ils pourraient l'être ? S'ils sont effectivement les meilleurs, alors ils ne sont pas simplement corrects ; les objectifs et les présupposés d'autres communautés sont alors erronés »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La Doctrine*, Dalloz, 2004, p. 289.

<sup>2</sup> Th. Morawetz, « Understanding disagreement, the root issue of jurisprudence: applying Wittgenstein to positivism, critical theory and judging », D. Patterson (ed.), *Wittgenstein and Law*, Ashgate, 2004, p. 128.

<sup>3</sup> T. Spaak, « Relativism in legal thinking: Stanley Fish and the concept of an interpretative community », *Ratio juris*, vol. 21, n° 1, March 2008, p. 157-171.

<sup>4</sup> R. Dworkin, *Justice pour les hérissons La vérité des valeurs*, Labor et Fides, 2015, p. 165.

Cette interprétation critique de Fish peut être remise en cause. Certes cet auteur est anti-fondationnaliste. À son sens, « sans représentation des origines, on peut tout de même produire des assertions, lancer des recherches, déterminer le vrai du faux »<sup>5</sup>. Pour autant, il estime que le « relativisme » est intenable, plus particulièrement celui qui prétend que « les présupposés et opinions d'un individu... (sont) les siens » basculant ainsi dans le « solipsisme ». L'individu n'est pas « l'origine » de ses présuppositions ; c'est au contraire « leur disponibilité préalable qui délimite par avance les voies que peuvent suivre sa conscience »<sup>6</sup>. Cette récusation du relativisme radical prend toute sa force, lorsque Fish prétend « dépasser la dichotomie sujet/objet » afin d'expliquer « l'accord et le désaccord »<sup>7</sup> ou comment « la controverse » se résout grâce aux tentatives de tout un chacun de « persuader l'autre en rassemblant des preuves et en élaborant des arguments »<sup>8</sup>. Fish est ainsi conduit à dégager son concept de communautés interprétatives. Il est légitime ici de parler de concept car ce dernier remplit les fonctions conceptualisantes. Outre de généraliser, il permet d'inférer d'autres concepts, gagnant ainsi en densité. Une lecture attentive des travaux de Fish le montre facilement (I). Le concept de communautés interprétatives permet également une interprétation cohérente et riche du monde. Pour le montrer, il faut l'appliquer à un thème concret du droit. Ici, on retiendra la reconnaissance par le Conseil constitutionnel français de la liberté d'entreprendre (II). Les raisons de ce choix se justifient simplement. Le système juridique français repose depuis la Révolution française sur le légicentrisme et l'unité de l'ordre juridique. Or la réinterprétation de ce système au moyen du concept de communautés interprétatives permet de relativiser de tels fondements.

## **I. La pertinence du concept de communautés interprétatives dans le travail juridique**

S. Fish s'est efforcé de résoudre la question du désaccord en forgeant le concept de communautés interprétatives. Il a seulement abordé de façon cursive la question du désaccord juridique. Cependant il n'est pas difficile de montrer les riches virtualités de ce concept dans un tel domaine<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Postface, S. Fish, *Quand lire c'est faire L'autorité des communautés interprétatives*, éd. Les prairies ordinaires, 2007, p. 132.

<sup>6</sup> S. Fish, « Y-a-t-il un texte dans ce cours ? », S. Fish, *Quand lire... , op. cit.*, p. 49

<sup>7</sup> Postface précit., p. 130.

<sup>8</sup> *Id.*, p. 136.

<sup>9</sup> En véritable pragmatiste, Fish a reconnu le droit légitime d'employer sa pensée en fonction des propres préoccupations de recherche de l'utilisateur de ses idées (*id.*, p. 137-138).

### A. Une épistémologie fondée sur la croyance

Avouant l'influence de R. Rorty, S. Fish estime que pour accéder à la connaissance, on ne peut que « travailler avec le vocabulaire dont nous disposons tout en guettant sans relâche les procédés par lesquels il pourrait être étendu et révisé »<sup>10</sup>. Il atteste ainsi de la filiation profonde de sa pensée avec la philosophie pragmatiste américaine. Il en adopte le fondement le plus essentiel. À la suite de Ch. S. Peirce et W. James, il fait des croyances le tissu de l'entendement<sup>11</sup>. Il affirme l'impossibilité d'une « distance envers ses propres croyances et présupposés ». Aussi, la façon dont chacun « agit et débat » repose sur « la pleine confiance qu'assure la croyance ». Pour autant, en bon pragmatiste, Fish n'en conclut pas que tout un chacun est soumis à un credo figé. En effet, les croyances constituent des « normes et valeurs qui habilitent (la) conscience ». De ce fait, « lorsque les croyances changent, les normes et les valeurs qu'(un individu) avait acceptées sans réfléchir sont rétrogradées au rang d'opinions et deviennent l'objet d'une attention critique et analytique ». Ce changement d'état d'esprit est « habilité par un nouvel ensemble de normes et de valeurs qui restent sur le moment aussi impensées et incontestées que celles qu'elles ont déplacées »<sup>12</sup>.

Ayant récusé le solipsisme, Fish soutient que ces croyances sont « communautaires et conventionnelles » car les catégories du raisonnement sont celles d'un « acteur à l'intérieur d'une Institution ». Celle-ci lui « lègue automatiquement sa manière de produire du sens, son système d'intelligibilité »<sup>13</sup>. C'est d'ailleurs grâce à ces institutions que « nous avons accès au sens public et conventionnels qu'elles produisent ». Nous sommes ainsi « les produits de schèmes de pensée<sup>14</sup> sociaux et culturels »<sup>15</sup>. Fish précise alors la fonction de ces institutions qui

<sup>10</sup> *Id.*, p. 137.

<sup>11</sup> Pour Peirce, « le seul fondement rationnel qu'il puisse y avoir de préférer la méthode du raisonnement aux autres est qu'elle fixe plus sûrement la croyance. » (Ch. S. Peirce, « La logique, la vérité et l'établissement de l'opinion », in du même, *Œuvres philosophiques Pragmatisme et pragmatisme*, Les éditions du Cerf, 2002, T. I, p. 167). Il affirme de façon radicale : « Nous cherchons une croyance que nous pensons vraie. Mais nous pensons que chacune de nos croyances est vraie, et le dire est réellement une pure tautologie. » (« Comment se fixe la croyance », *id.*, p. 233). W. James va dans le même sens en soutenant qu'une « hypothèse » est « tout ce qui est proposé à notre croyance ». L'hypothèse « vivante est celle qui se pose comme une véritable possibilité devant l'entendement auquel elle est soumise » (W. James, « La volonté de croire », in du même, *La volonté de croire, Les empêchements de tourner en rond*, 2005, p. 40)

<sup>12</sup> S. Fish, « Y-a-t-il un texte dans ce cours ? », S. Fish, *Quand lire... op. cit.*, p. 49-50.

<sup>13</sup> *Id.*, p. 51.

<sup>14</sup> Dans la version originale anglaise du texte, S. Fish utilise l'expression : « *pattern of thought* » (« How to recognize poem when you see one », S. Fish, *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*, Harvard university press, 1980, p. 332). Le terme *pattern* signifie également modèle. Le mot schème doit donc être ici entendu au sens plein de modèle organisateur.

<sup>15</sup> S. Fish, « Y-a-t-il un texte dans ce cours ? », *op. cit.*, p. 68-69.

servent « d'espace à l'intérieur duquel » nous appréhendons le réel<sup>16</sup>. Il les qualifie de communautés interprétatives. Là est l'essentiel de l'apport de Fish à une épistémologie pragmatiste, néo-institutionnaliste<sup>17</sup>.

### **B. La dynamique des communautés interprétatives**

Pour Fish, chaque communauté interprétative ne se réduit pas à « un groupe d'individus partageant un point de vue » mais plutôt à « une idée ou manière d'organiser l'expérience » partagée par ses membres. Au sein de ces communautés, les cadres intellectuels sont mobilisés dans l'« entreprise communautaire » d'interprètes écrivant, « avec plus ou moins d'harmonie entre eux, le même texte bien que la ressemblance ne puisse être attribuée à une identité de texte mais à la nature communautaire de l'acte interprétatif »<sup>18</sup>. Aux yeux de Fish, chaque communauté interprétative pourrait tout aussi bien être qualifiée de « dimension d'évaluation... paradigme,... textualité,... épistémè... ou habitus ». Cette synonymie appuyée vise à révéler que « les structures discursives » ne sont pas « purement instrumentales » mais ont le statut de « données constitutives de tout – fait, vérité, valeur – »<sup>19</sup>. Ces propos rappellent Wittgenstein qui faisait reposer l'affirmation de la certitude sur « l'appartenance à une communauté dont la science et l'éducation assurent le lien »<sup>20</sup>.

Fish a immédiatement pris conscience du risque de pesanteur des « contraintes intériorisées de la communauté » sur ses membres dont l'influence s'exercerait « tyranniquement »<sup>21</sup>. Il récuse donc tout conservatisme en affirmant que le rôle des communautés interprétatives est « plus que sociologique »<sup>22</sup>. Cette formule lapidaire s'inscrit en faux contre le déterminisme sociologique et vise à insister sur la dynamique des communautés face au changement. Pour Fish, la pensée n'est pas une « structure statique... mais un ensemble de croyances apparentées, chacune d'entre elles pouvant exercer une pression sur l'autre dans un mouvement qui peut conduire à une auto transformation ». Cette pensée – et par extension chaque communauté

<sup>16</sup> Postface, *op. cit.*, p. 136.

<sup>17</sup> O. Winberger, « Les théories institutionnalistes du droit », P. Amssek et G. Grzegorzczak (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1989, p. 69-83; E. Millard, « Sur les théories italiennes de l'institution », B. Basdvant et M. Bouvier (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 31-46; O. Tholozan, « L'Institution entre le concept et l'action dans l'institutionnalisme et le néo-institutionnalisme », *Les concepts en droit : usages et identité*, Cahiers de méthodologie juridique, PUAM, n° 26, 2012, p. 2193-2202.

<sup>18</sup> S. Fish, *Respecter le sens commun Rhétorique, interprétation et critique en littérature et droit*, E. Story-scintia/LGDJ, 1995, p. 93.

<sup>19</sup> Postface, *op. cit.*, p. 132.

<sup>20</sup> L. Wittgenstein, *De la certitude*, Gallimard, 1976, n° 298.

<sup>21</sup> Postface, *op. cit.*, 129.

<sup>22</sup> *Id.*, p. 136.

interprétative – apparaît comme « un projet porteur dont les fonctionnements peuvent être contraints et sont en même temps les moyens qui permettent d'altérer ces mêmes contraintes »<sup>23</sup>. La communauté interprétative constitue donc « un moteur de changement » car ses « hypothèses » ne sont pas « un mécanisme servant à étouffer le monde mais à l'organiser pour voir les phénomènes comme s'ils étaient déjà reliés aux intérêts et aux buts qui font la communauté telle qu'elle est ». La communauté est un « travail au service de son propre projet », lui-même « transformé par son projet »<sup>24</sup>. Elle est constituée par « des pratiques institutionnelles... continuellement transformées par le travail qu'elles effectuent ». L'« identité » de la communauté s'inscrit ainsi « au sein d'une continuité de la pratique »<sup>25</sup>.

Fish explicite ce travail institutionnel en analysant le fonctionnement de la machinerie communautaire décrivant le réel empirique. Selon lui, toute description se voit opposer une « description concurrente ». Cette compétition s'effectue « en référence aux normes et modèles et aux procédures compris par la communauté comme pouvant être appropriés à la détermination d'un fait empirique »<sup>26</sup>. Ce travail est continu car la finalité communautaire est toujours la recherche « du mieux... étant en relation avec les faiblesses reconnues dans les circonstances actuelles »<sup>27</sup>. S. Fish en conclut donc que le changement, comme tout fait, est « irrémédiablement interprétatif »<sup>28</sup>. Sa pensée radicalement interprétativiste<sup>29</sup> n'a pas évité la question de la normativité juridique, si épineuse pour un tel paradigme.

### C. *Les communautés interprétatives et le droit*

Le souci constant de nier le conservatisme de l'action des communautés interprétatives incite Fish à leur reconnaître un rôle « moins que normatif »<sup>30</sup>. Il s'explique aussitôt, écrivant :

« Si vous vous demandez où trouver la preuve d'une intention de la communauté interprétative, la réponse est : nulle part et partout ; vous n'avez qu'à regarder et faire avec ce que vous trouvez... soyons expérimentaux »<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> S. Fish, *Respecter le sens commun...*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>24</sup> *Id.*, p. 101.

<sup>25</sup> *Id.*, p. 104.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 110.

<sup>27</sup> *Id.*, p. 111.

<sup>28</sup> *Id.*, p. 108.

<sup>29</sup> Fish a exprimé sa radicalité interprétativiste en proclamant : « Le fait que nos objets nous apparaissent, dans le contexte de quelque pratique, d'un travail de quelque communauté interprétative... signifie simplement qu'ils sont des objets interprétés et que, puisque les interprétations peuvent changer la forme perceptible des objets peut changer aussi » (*id.*, p. 104).

<sup>30</sup> Postface, *op. cit.*, p. 136.

<sup>31</sup> *Id.*, p. 137.

La connaissance du réel par l'interprétation est le fruit d'un travail dialectique entre la communauté et ses membres. C'est justement en envisageant cet effort pratique que Fish évoque trop rapidement « *the enterprise of the law* »<sup>32</sup>. L'expression est remarquable car elle recèle l'ensemble des virtualités du concept de communautés interprétatives appliqué au monde du droit. Ce terme d'entreprise du droit renvoie à la fois à un travail et à une initiative commune dans le domaine juridique. S. Fish considère les juristes comme les « *workers in the field of law* » qui effectuent un travail juridique (« *legal enterprise* »)<sup>33</sup>. Tous ces termes qui font appréhender le droit comme une activité sont d'autant plus heureux que le travail des juristes est qualifié en français de pratique et en anglais de practice.

L'approche de Fish permet tout particulièrement d'insister sur la spécificité de la communauté interprétative des juristes. D'une part, elle est dotée, dans les États de la modernité occidentale, du pouvoir de trancher les litiges entre les citoyens. D'autre part, comme l'exercice d'une telle prérogative repose sur la satisfaction du sentiment de justice, la communauté des juristes est aussi la caisse de résonance des débats entre les autres communautés interprétatives faisant société. D'ailleurs, les membres de la communauté des juristes peuvent chacun appartenir à différentes communautés interprétatives opposées; l'appartenance idéologique peut diverger en son sein. Et le débat juridique reflète souvent le pluralisme politique et culturel. Appréhender le phénomène juridique à travers l'activité des juristes conduit à effacer la différenciation kelsénienne entre connaissance et choix volontariste dans l'interprétation des juristes. L'analyse de la pratique du droit révèle un savoir en action. L'importance des modes de pensée juridique dans l'établissement de la force du droit peut mieux être mise en lumière. Max Weber a souligné ce point en disant que

« la manière selon laquelle se sont différenciées les conceptions fondamentales, aujourd'hui familières, relatives aux sphères du droit, dépend dans une large mesure de facteurs de technique juridique et en partie de la structure du groupement politique et ne peut être conditionnée que de façon indirecte par l'économie »<sup>34</sup>.

À s'en tenir aux seules sociétés occidentales actuelles, il s'agit de focaliser sur les types de raisonnement juridique tout en les replaçant au sein de l'action sociale.

L'utilisation de cette notion de communauté interprétative des juristes, ébauchée par Fish, nécessite d'en déterminer le contenu. La sociologie du droit est éclairante. Elle envisage la fonction juridique à travers sa professionnalisation sans

<sup>32</sup> S. Fish, *Doing what comes naturally Change Rhetoric and the practice of theory in literary and legal studies*, Clarendon press, oxford, 1989, p. 157.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF, 1986, p. 40.

ignorer le rôle des usagers dans l'élaboration des règles<sup>35</sup>. L'analyse de la communauté interprétative des juristes s'intéresse donc à la pratique des membres d'une assemblée législative, du pouvoir exécutif mais aussi des juges, auxiliaires de justice sans négliger les stratégies des entreprises économiques ou des associations de défense des droits. Depuis longtemps le droit comparé a révélé l'existence de communautés culturelles du droit caractérisées par des méthodes de raisonnement comme les systèmes de *Common law*, *Civil law* voire mixte. La matière juridique nécessaire à l'illustration de la notion de communauté interprétative est donc abondante. On se bornera au cas de la justice constitutionnelle.

Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, les grandes démocraties occidentales ont prôné le modèle de la Démocratie par le droit. La justice constitutionnelle est devenue l'un de ses modes d'expression privilégié. Aussi le procès constitutionnel peut-il apparaître comme le haut lieu de la communauté interprétative des juristes. Les grands débats politiques, sociaux et économiques s'y tiennent. La jurisprudence du Conseil constitutionnel français est, de ce point de vue, très intéressante. Place privilégiée de la communauté des juristes, le procès constitutionnel est l'endroit où les thèses des différentes communautés constituant la société française s'expriment et sont départagées. On peut considérer que le Conseil constitutionnel s'efforce d'établir cette « intention » de la communauté juridique si difficile à établir selon Fish<sup>36</sup>. Pudiquement l'article 61 de la Constitution française de 1958 prévoit que le contrôle de constitutionnalité des lois consiste à se prononcer sur leur conformité à la Constitution. En réalité, depuis au moins 1971, le Conseil interprète un bloc de normes constitutionnelles bien plus large que le texte constitutionnel formel<sup>37</sup>. On pourrait objecter que cette justice outrepassse ses droits en créant du droit et en exerçant un véritable gouvernement des juges. Mais une telle crainte se dissipe si l'on rappelle que l'on peut appliquer à l'interprétation juridique ce que M. Foucault disait plus généralement sur le commentaire. Lorsqu'un texte est commenté,

« le décalage entre texte premier et texte second joue deux rôles qui sont solidaires... Il permet de construire (et indéfiniment) des discours nouveaux... mais d'autre part, le commentaire n'a pour rôle, quelles que soient les techniques mises en œuvre, que de dire enfin ce qui était articulé silencieusement là-bas. Il doit, selon un paradoxe qu'il déplace toujours mais

<sup>35</sup> J. Commaille, *A quoi nous sert le droit?*, Gallimard, 2015, p. 121-122.

<sup>36</sup> Fish adopte une définition triviale de l'interprétation. Elle est « la spécification de l'intention d'un ou plusieurs auteurs » de message, y compris ceux qui forment une communauté interprétative (Postface, *op. cit.*, p. 136).

<sup>37</sup> D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2006, 7<sup>e</sup> éd., p. 101 et s..

auquel il n'échappe jamais, dire pour la première fois ce qui cependant avait été déjà dit et répéter inlassablement ce qui pourtant n'avait jamais été dit »<sup>38</sup>.

À l'image du commentaire, l'interprétation ne peut se clore sur le texte mais plutôt l'ouvrir sur l'évolution du monde.

Aussi pour distinguer la création d'une norme juridique et son interprétation, il faut déterminer la cohérence entre un texte premier et ce qui en dit; lorsque cette cohérence fait défaut alors s'exerce l'acte souverain d'édiction libre du droit. La différence peut paraître ténue mais elle constitue tout le charme des raisonnements du Conseil constitutionnel français. Le recours du juge constitutionnel à des principes juridiques non exprimés de façon explicite dans le texte formel de la Constitution de 1958 est une vive illustration de cet art subtil. En effet, pour montrer que les juges n'outrepassent pas leur fonction d'interprétation, il faut éclairer la façon dont ils construisent une cohérence entre les textes premiers et les solutions tirées de ces derniers. La reconnaissance de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitue un cas intéressant. Il faut dire que depuis la chute du mur de Berlin, en 1989, cette liberté est devenue un fer de lance du développement de l'économie de marché globalisée.

## II. La liberté constitutionnelle française d'entreprendre produit du dialogue des communautés interprétatives

La liberté d'entreprendre a été consacrée par le Conseil constitutionnel comme « principe à valeur constitutionnelle » dans une décision historique du 16 janvier 1982<sup>39</sup>. Cette reconnaissance intervint dans le contexte idéologique tendu des nationalisations voulues par les socialistes arrivés pour la première fois au pouvoir depuis l'adoption de la Constitution de la V<sup>e</sup> république. Pour dégager cette règle constitutionnelle, le Conseil a eu d'autant plus recours à l'interprétation que la liberté d'entreprendre n'était pas explicitement inscrite dans le texte formel de la Constitution de 1958. Son raisonnement s'est nourri de l'association du positivisme juridique et de l'argumentation logique. Le caractère interprétatif de cette solution juridique persiste puisque le débat sur le contenu, la nature et la portée de cette liberté n'est pas clos<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> M. Foucault, *L'ordre du discours*, Gallimard, 1971, p. 26-28.

<sup>39</sup> Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.*, p. 18.

<sup>40</sup> G. Quiot, « Service public national et liberté d'entreprendre », G. Koubi (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1990, p. 198-208; M-L Dussart, « De la liberté personnelle à la garantie d'un ordre économique: la mutation de la liberté d'entreprendre », 9<sup>e</sup> congrès français de droit constitutionnel, Lyon 26, 27, 28 juin 2014, [www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/commLa/A-Dussart-T2pdf](http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/commLa/A-Dussart-T2pdf) (consulté le 3/11/2016)

### A. *Un contexte idéologique particulièrement tendu*

Les nationalisations décidées par les socialistes français, après leur arrivée au pouvoir en 1981, étaient à contre-courant d'un mouvement général de libéralisation économique et de privatisation, amorcé à la fin des années 1970. Elles étaient le symbole d'une politique de gauche voulue par le programme commun socialo-communiste. Il faut aussi souligner que sans ces nationalisations le nouveau pouvoir aurait dû réutiliser les anciennes mesures du précédent premier ministre de droite, Raymond Barre. Les dirigeants socialistes espéraient donc se démarquer politiquement tout en luttant contre le chômage et en restructurant l'industrie. Au sein même du camp socialiste, une opposition minoritaire s'était manifestée, lors du conseil des ministres de Rambouillet du 2 septembre 1981, afin d'atténuer les mesures, en nationalisant uniquement 51 % de la part des entreprises visées. Mais la solution maximaliste des 100 % fut finalement retenue; seul Matra et Dassault furent acquis par l'État avec une simple majorité de contrôle. Les nouvelles acquisitions permirent de largement contrôler le secteur industriel et bancaire. À l'issue du processus, le secteur public représentaient dans l'industrie: 30 % des ventes, 24 % des effectifs. Dans le secteur financier, la même emprise se faisait sentir sur 90 % des dépôts et 85 % des crédits distribués. Au final, 40 % du PNB et 50 % des investissements étaient sous le contrôle d'entreprises publiques<sup>41</sup>.

Autant dire que le vote des lois de nationalisation suscita une bataille politique intense entre les nouveaux maîtres du pouvoir et l'opposition au sein des assemblées législatives. Cette lutte se joua entre septembre 1981 et février 1982<sup>42</sup>. La victoire socialiste fut difficilement acceptée. L'opposition de droite resta d'ailleurs insensible au virage libéral de la politique du gouvernement socialiste, dès 1983. Et, le retour de la droite au pouvoir, en 1986, impliqua une politique de « revanche économique » fondée plus particulièrement sur la privatisation des entreprises publiques<sup>43</sup>. On mesure donc à quel point le climat politique était détonnant, lorsque, entre fin 1981 et début 1982, l'opposition de droite tenta de faire annuler les lois de nationalisations par le Conseil constitutionnel. Avant sa décision du 16 janvier 1982, la majorité socialiste se déchaîna en attaques contre le Conseil. Le président de l'assemblée nationale, issu de la nouvelle majorité, lui-même sortit de sa traditionnelle réserve. La présidence de la république dut publier un communiqué pour faire cesser les attaques contre le président du Conseil constitutionnel. La première décision du Conseil n'invalida que partiellement la législation de nationalisation et le gouvernement représenta un nouveau

<sup>41</sup> J.-J. Becker, *Nouvelle histoire de la France contemporaine Crise et alternances (1974-1995)*, Seuil, 1998, p. 263, 265.

<sup>42</sup> *Id.*, p. 264.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 396-402.

texte devant le pouvoir législatif. Ce fut alors l'opposition de droite qui se lança dans la remise en cause des sages du Conseil. Au final, les décisions des juges constitutionnels furent appliquées et ils sortirent renforcés du feu du débat<sup>44</sup>.

Compte tenu du climat politique explosif, le Conseil avait su adapter quelque peu la procédure. Pour la première fois fut officiellement donné le nom du rapporteur. Celui-ci avait été soigneusement choisi. Il s'agissait du professeur de droit, Georges Vedel (1910-2002), grande figure du panthéon des autorités juridiques savantes. Nommé en 1980 par le président Giscard d'Estaing au Conseil, il devint rapidement un véritable « sage du régime », souvent consulté en matière de réforme constitutionnelle après la fin de son mandat<sup>45</sup>. Manifestement le Conseil souhaitait se protéger derrière l'aura scientifique de son rapporteur. Ce dernier manifesta une habileté politique évidente en recevant et en incitant même les intéressés à la procédures à lui soumettre de nombreuses communications écrites. Le caractère délicat de l'affaire à juger impliqua neuf jours de délibération au Conseil<sup>46</sup>. Il faut dire que derrière l'aridité et le laconisme du raisonnement juridique adopté se dissimulait une démarche astucieuse dont Vedel avait largement été l'initiateur.

### ***B. La liberté d'entreprendre fondée sur une intertextualité constitutionnelle***

Dans sa décision du 16 janvier 1982, le Conseil constitutionnel érige la liberté d'entreprendre en principe ayant pleine valeur constitutionnelle. Il a fondé ce principe sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Lors de l'adoption de la décision, le Conseil devait démontrer que ce texte du passé appartenait toujours au droit positif. Dans sa motivation, il estime que le référendum validant la Constitution de 1958 a donné force de droit à son préambule. Or ce dernier affirme l'attachement du peuple français aux droits de l'homme tels que définis par la déclaration de 1789<sup>47</sup>. Sans s'interroger sur la valeur juridique d'un préambule de la Constitution, les juges ont ainsi redonné vie à la Déclaration. Il reste que ce texte ne fait pas explicitement référence à la liberté d'entreprendre. Au cours de la délibération du Conseil, G. Vedel admettait que « la déclaration de 1789 est brève et ne contient pas de référence à la liberté du travail, du commerce et de l'industrie »<sup>48</sup>. Reprenant un raisonnement forgé en 1947, Vedel va proposer avec succès une solution ingénieuse au Conseil. Les restrictions arbitraires ou abusives

<sup>44</sup> Observations sous 81-132 DC du 16 janvier 1982, L. Favoreu et L. Philip (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2005, 13<sup>e</sup> éd., p. 435.

<sup>45</sup> V° G. Vedel, J. Julliard et M. Winock (dir.), *Dictionnaire des intellectuels français*, Seuil, 2002.

<sup>46</sup> Observations précit., p. 437-439.

<sup>47</sup> Décision n° 81-132 DC précit., considérant, n° 15.

<sup>48</sup> Délibération du Conseil constitutionnel, séance du 12 décembre 1981, p. 4-5, [www.ConseilConstitutionnel.fr](http://www.ConseilConstitutionnel.fr) (consulté le 3/11/2016).

de la liberté d'entreprendre menace la préservation de l'article 4 de la déclaration de 1789 aux termes duquel la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui<sup>49</sup>. Le raisonnement consacré par le Conseil constitutionnel en 1982 est complexe. Il repose sur la mise en place d'une véritable connexion intertextuelle entre la Constitution de 1958 et le Déclaration de 1789. Puis le Conseil fait de la liberté d'entreprendre un principe impliqué de la Déclaration.

L'appréciation de la cohérence de ce raisonnement dépend de l'évaluation de la crédibilité du lien d'implication établi par le Conseil entre la liberté d'entreprendre et la Déclaration de 1789. Il faut alors s'interroger sur la volonté des rédacteurs de ce texte du XVIII<sup>e</sup> s.. Pendant, la discussion sur l'abolition des droits féodaux du 4 août 1789, les membres de l'assemblée reculèrent devant la suppression des corps de métiers, même si l'inspiration libérale de leur débat a conduit, à tort, à penser le contraire. Ils craignaient de bouleverser trop brutalement l'organisation économique en reconnaissant la liberté d'entreprendre<sup>50</sup>. Dès les débuts de la discussion de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, nombre de voix vont pourtant proposer la reconnaissance de cette liberté. Proluxe l'article 6 du projet de déclaration de Sieyès prévoit que :

« Tout citoyen est pareillement libre d'employer ses bras, son industrie et ses capitaux ainsi qu'il le juge bon et utile à lui-même. Nul genre de travail ne lui est interdit. Il peut fabriquer et produire ce qui lui plaît, et comme il lui plaît; il peut garder ou transporter à son gré toute espèce de marchandise, et les vendre en gros ou en détail. Dans ces diverses occupations, nul particulier, nulle association n'a le droit de la gêner, à plus forte raison de l'empêcher. La loi seule peut marquer les bornes qu'il faut donner à cette idée comme à toute autre »<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Décision n° 81-132 DC précit., considérant n° 16. En 1947, G. Vedel soutenait que « la liberté économique » est implicitement incluse dans la définition de l'article 4 de la Déclaration de 89 », (J. Rivéro, G. Vedel, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution: Le préambule », *Droit social*, fasc. XXX, 1947, p. 29 cité par G. Quiot, op. cit., p. 198, note 25).

<sup>50</sup> A. Mathiez, « Les corporations ont-elles été supprimées en principe dans la nuit du 4 août 1789? », *Annales historiques de la Révolution française*, 1931, T. VIII, p. 252-257; S. Kaplan, *La fin des corporations*, Fayard, 2001, p. 426-427.

<sup>51</sup> Séance de la Constituante du 21 juillet 1789, Archives parlementaires (désormais AP), 1<sup>re</sup> série, T. VIII, p. 260.

Plus lapidaire, l'article 11 du projet de Mirabeau indique que

« tout citoyen a le droit d'acquérir, de posséder, de fabriquer, de faire le commerce, d'employer ses facultés et son industrie, et de disposer à son gré de ses propriétés. La loi seule peut apporter des modifications à cette liberté pour l'intérêt général »<sup>52</sup>.

D'autres proposeront des formulations moins légicentristes. L'article XI du projet du député Adrien Duport dit que : « Tout homme a le droit d'employer son travail, son industrie à tout ce qu'il juge lui être bon et utile. Aucun individu, aucune loi ne peut mettre obstacle à l'usage de cette faculté naturelle »<sup>53</sup>. Boislandry, négociant versaillais élu du Tiers-état aux États généraux, revient sur le thème en l'approfondissant. Tous en se référant à Sieyès<sup>54</sup>, son projet s'en démarque en étant plus jus naturaliste. L'article 12 de son projet affirme que :

« Tout citoyen est également libre d'employer ses talents, son industrie, ses capitaux, comme il le juge convenable à ses intérêts. Nul genre de travail ne lui est interdit ; il peut fabriquer, acheter, vendre ce qui lui plaît et comme il lui plaît ».

Avec des accents physiocratiques, l'article 13 ajoute qu'« il peut faire circuler ses denrées et ses marchandises d'un bout du royaume à l'autre, librement sans obstacle et sans entrave ». L'article 14 poursuit en prévoyant : « Aucun métier, aucun art, aucune profession ne doivent être réputé honteux, vil et dérogeant ». Cette même disposition conclut logiquement que « les privilèges exclusifs sont contraires à la liberté et aux droits de tous les citoyens... les jurandes et maîtrises sont des privilèges exclusifs et doivent être abolis »<sup>55</sup>. Au cours de la discussion, aucun député de la Constituante ne s'est opposé à la reconnaissance de la liberté d'entreprendre ou à ses expressions plus concrètes telles que la liberté du commerce, de l'industrie ou du travail<sup>56</sup>.

Malgré ces appels, la liberté n'apparaît pas de façon explicite dans le texte final de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les rédacteurs ont manifestement préféré cultiver l'art raffiné de l'ellipse. L'article 4 énonce que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres

<sup>52</sup> Séance de la Constituante du 17 août 1789, AP précit., p. 439

<sup>53</sup> Projet publié par S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 658.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 187.

<sup>55</sup> Projet reproduit in *id.*, p. 728.

<sup>56</sup> J.-L. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1984, chronique, p. 1-4.

membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». La liberté est uniquement limitée par la loi dont l'article 5 précise que sa fonction est de « défendre les actions nuisibles à la société ». Outre le souci d'une rédaction synthétique, ces dispositions attestent de la prudence des constituants. Ils étaient d'autant moins enclins à évoquer la liberté d'entreprendre qu'ils craignaient qu'elle soit invoquée par les citoyens pour s'opposer aux décisions du corps législatif<sup>57</sup>. De surcroît, ils ne voulaient toujours pas se prononcer sur l'encombrante question des corporations. Cette ambiguïté finit d'ailleurs par se retourner contre eux. La généralité des articles 4 et 5 de la Déclaration fut invoquée par les opposants aux corporations pour en justifier l'abolition<sup>58</sup>. En réalité la liberté d'entreprendre ne sera explicitement déclarée qu'à partir du décret d'Allarde du 27 mars 1791 sur la patente imposée à ceux qui commerceront<sup>59</sup>. Le caractère constitutionnel de la liberté d'entreprendre sera clairement proclamé dans les articles 1, 4 et 7 de la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 abolissant enfin les corporations et le droit d'association.

L'enquête historique montre donc qu'en 1982, le Conseil constitutionnel ne pouvait pas justifier le rattachement de la liberté d'entreprendre à la Déclaration de 1789 en invoquant la volonté des constituants du XVIII<sup>e</sup> s.. Son raisonnement n'est donc pas fondé sur un argument historique mais sur la cohérence d'une inférence logique abstraite. L'article 4 de la Déclaration est ici considéré comme une règle de droit positif dont la valeur n'est pas coutumière. Le Conseil estime que le référendum de 1958 a réintroduit cette disposition dans l'ordre juridique positif. Elle n'est plus le fruit de la volonté des constituants de 1789 mais de 1958. Conformément au pouvoir d'interprétation conféré par l'article 61 de la Constitution de 1958, le Conseil interprète l'expression formelle de l'article 4 de la déclaration sans avoir à se soucier des idées du passé. La liberté d'entreprendre devient un principe logiquement impliqué du bloc de constitutionnalité. Elle prend un sens particulier dans la décision de 1982. Pour le révéler, il faut la resituer dans l'ensemble du raisonnement plus général qui fonde la décision. Ce dernier vise à concilier deux lectures politiques opposées de l'histoire républicaine de la France.

<sup>57</sup> Les constituants redoutaient que les articles 4 et 5 de la Déclaration ne fassent de « tous les citoyens les juges de la loi » (intervention de Mrs Camus, Blin, Mougins de Roquefort et Martineau, séance de la constituants du 21 août 1789, AP précit., p. 464).

<sup>58</sup> S. Kaplan, *op. cit.*, p. 428. Cette interprétation erronée pouvait également se fonder sur un texte sans valeur juridique, daté du même jour que la Déclaration de 1789, relatif à son application et à ses dispositions fondamentales. Ce texte affirmait la suppression des corporations (Texte in M. Bouvier-Ajam, *Histoire du travail en France*, LGDJ, 1957, p. 695).

<sup>59</sup> J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, Economica, 2007, 2<sup>e</sup> éd., p. 54-57. Sur la consécration de cette liberté pendant le Révolution lire: O. Tholozan, « Liberté du travail et liberté d'entreprendre dans la France révolutionnaire: conjonction et disjonction », *Mélanges en l'honneur du professeur M. Ganzin*, éd. La mémoire du droit, 2016, p. 533-550.

### C. *L'articulation de traditions politiques divergentes*

Le rapporteur de la décision de 1982, G. Vedel, a clairement dégagé l'objectif que s'est impartie le Conseil face à la tension politique qu'il subissait. Le juge constitutionnel doit

« indiquer que l'on ne peut nationaliser à jet continu et sans limite. La difficulté est que cela revient à poser un contrôle futur de la nécessité publique... (or)... le Conseil constitutionnel dispose de peu de textes sur lesquels s'appuyer »<sup>60</sup>.

Pour résoudre ce problème éminemment politique, le Conseil forge un véritable dispositif intellectuel formé de différents éléments.

Il s'efforce d'abord de fonder un droit étatique de nationaliser qui n'est pas explicitement prévu par le texte formel de la Constitution de 1958. Il recourt à nouveau au préambule de ce texte, soulignant qu'il prévoit « l'attachement du Peuple français aux droits de l'homme tels qu'ils ont été... confirmés et complétés par le préambule de la Constitution de 1946 »<sup>61</sup>. Ce dernier se trouve ainsi intégré dans l'ordre juridique positif grâce au référendum populaire de 1958 qui a validé le préambule de 1958. Les juges du Conseil peuvent alors invoquer l'alinéa 9 du préambule de 1946 disposant : Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doivent devenir la propriété de la collectivité<sup>62</sup>. Cette disposition constitutionnalise le droit de nationalisation exercé par les socialistes en 1981. Le Conseil va alors établir des limites. C'est ici que la garantie de la liberté d'entreprendre prend toute sa place puisqu'elle est une borne posée à l'exercice de cette prérogative étatique. Le Conseil prévoit aussi que les nationalisations ne doivent pas remettre en cause l'inviolabilité de la propriété visée de façon explicite, cette fois, par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>63</sup>. Pour articuler l'assemblage de la notion de nationalisation et de ses limites, les juges constitutionnels ont dû déterminer la nature de leur contrôle. Lors de des délibérations, le rapporteur Vedel a clairement caractérisé le problème posé. Selon lui, « il ne faut pas oublier que le juge constitutionnel n'est pas chargé de substituer son appréciation à celle du législateur mais de dire si l'appréciation de ce dernier ne rencontre pas de limites de la Constitution »<sup>64</sup>. Aussi le Conseil va recourir à une forme du contrôle juridique restreint déjà utilisé par le Conseil

<sup>60</sup> Délibération du Conseil constitutionnel du 12 décembre 1981, précit., p. 4.

<sup>61</sup> Décision 81-132 DC précit., considérant 15.

<sup>62</sup> *Id.*, Considérant n° 17.

<sup>63</sup> *Id.*, Considérant, n° 16.

<sup>64</sup> Délibération du Conseil Constitutionnel, séance du 12 décembre 1981 précit., p. 4.

d'État à l'encontre des actes réglementaires: il s'agit du contrôle de l'erreur manifeste<sup>65</sup> dont l'idée avait déjà été évoquée dans la décision constitutionnelle « sécurité liberté »<sup>66</sup>. Vedel en a clairement précisé l'esprit en disant que « l'erreur manifeste est l'erreur qui tombe sous le sens de toute personne »<sup>67</sup>. Ce contrôle n'en a pas moins suscité une critique, inspirée par la philosophie analytique, en ce qu'il met à l'épreuve l'idée de souveraineté législative. En effet, la censure pour erreur manifeste d'appréciation soumet le législateur au risque d'un « despotisme de l'évidence » fondé sur la croyance discutable de la séparation absolue entre le discours descriptif (fondé sur la connaissance) et prescriptif (fondé sur l'acte de volonté)<sup>68</sup>. Cet ajustement délicat du raisonnement du juge constitutionnel révèle toute la difficulté de sa mission lors de l'affaire des nationalisations. Le Conseil a dû concilier les prétentions de deux communautés interprétatives, celle de l'opposition de droite et celle des socialistes.

La première communauté est idéologiquement libérale. Lorsqu'elle écrit l'histoire de la république, elle se réfère à la première moitié de la Révolution dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 constitue le parfait programme politico-social. Pour les juges constitutionnels, ce texte exalte la propriété mais ils sont allés plus loin. Ils ont souhaité réinterpréter de façon moderne la Déclaration en lui rattachant, de surcroît, la liberté d'entreprendre mieux adaptée au capitalisme libéral produit par une Révolution industrielle que les hommes de la Révolution de 1789 ne pouvaient pas connaître. En revanche, la communauté interprétative socialiste a une autre lecture de l'histoire républicaine. Elle se réfère plus volontiers au préambule de la Constitution de 1946 rédigé par une majorité SFIO-MRP. Le contexte historique de ce texte était très particulier. Sorti du second conflit mondial, les gouvernants français s'étaient inspirés du programme du Conseil national de la résistance favorable à une « véritable Démocratie économique » et à « l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie ». Peu susceptible d'être soupçonné d'adhésion à l'idéologie de gauche, le Général de Gaulle lui-même avait admis depuis 1942 que « les principales sources de la richesse commune seraient administrées ou tout au moins contrôlées par la Nation »<sup>69</sup>. L'ambiance était alors plus favorable à la nationalisation qu'à la garantie de la liberté d'entreprendre. Les communistes avaient pourtant proposé, dans l'article 50 de leur projet de déclaration de droits, d'admettre que « la loi garantit le rôle et la place des travailleurs indépendants, des professions libérales, des petites

<sup>65</sup> Décision 81-132 DC précit., Considérant n° 20.

<sup>66</sup> Décision 80-127 DC des 19 20 janvier 1981, *rec.*, p. 15.

<sup>67</sup> Délibération du Conseil Constitutionnel, séance du 12 décembre 1981 précit., p. 4.

<sup>68</sup> O. Cayla, « "Si la volonté générale peut errer" À propos de "l'erreur manifeste d'appréciation du législateur" », *Le temps des savoirs Revue interdisciplinaire, L'erreur*, n° 2, 2000, p. 61-90.

<sup>69</sup> J.-J. Israel, « Alinéa 9 », G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946 Histoire, analyse, commentaire*, Dalloz, 2001, p. 223.

et moyennes entreprises industrielles, commerciales ». Malgré cette formulation édulcorée, cette proposition n'a pas été retenue<sup>70</sup>. Les constituants de 1946 n'ont même pas évoqué la garantie de la propriété<sup>71</sup>, se bornant à évoquer laconiquement la réaffirmation des droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la déclaration des droits de 1789.

En 1982, il appartient au juge constitutionnel d'éteindre ce conflit des communautés interprétatives en établissant un fragile équilibre entre une économie de marché et le droit de nationaliser directement issu de l'esprit colbertiste. Le Conseil a-t-il rempli sa mission? La décision de 1982 a fait jurisprudence et a été admise par les deux communautés interprétatives. Le juge constitutionnel a concilié des textes juridiques issus d'un passé conflictuel. Sa médiation a permis d'écrire une Histoire constitutionnelle de la république apaisée.

## CONCLUSION

La notion de communautés interprétatives proposées par S. Fish mérite mieux que le discrédit trop rapide ou, tout au mieux, l'ignorance polie dans laquelle elle a sombré. Ce concept incite le juriste à décentrer son regard des textes vers l'activité juridique. On est conduit à focaliser l'attention sur la pratique d'un discours, à insister sur la recherche d'une conciliation entre des pratiques textuelles, lorsqu'elles s'inscrivent dans une continuité au demeurant déclarée. C'est le cas de l'histoire constitutionnelle de la république française. La décision du Conseil constitutionnel de 1982 sur la nationalisation l'illustre parfaitement. Le juge constitutionnel s'est efforcé de pondérer la présence de deux traditions, libérale et de gauche, au sein de l'histoire institutionnelle républicaine. Il a atteint son objectif en élaborant un régime juridique de la liberté d'entreprendre.

Toutefois la tâche n'est pas achevée: la jurisprudence en ce domaine reste une œuvre ouverte. Il faut dire que depuis 1982, le clivage politique gauche-droite n'est plus assumé par les socialistes et leurs adversaires plus libéraux. Ces deux camps politiques ont alterné au pouvoir et ont, de façon continue, aligné la France sur la tendance européenne en privatisant le secteur public. De surcroît, ces gouvernements ont interprété les traités communautaires de façon libérale, en s'efforçant d'introduire dans le droit français toujours plus de libre concurrence. La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la liberté d'entreprendre

<sup>70</sup> Observations... précit., p. 454.

<sup>71</sup> J.-J. Israel, *op. cit.*, p. 225. Pourtant l'article 35 du projet socialo-communiste de déclaration des droits du 19 avril 1946 avait reconnu le caractère inviolable et sacré du droit de propriété tout en précisant que tout homme peut y accéder par le travail et par l'épargne (J. Godechot, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, 1979, p. 375).

a évolué, traduisant l'impact de cette évolution de l'histoire du droit en Europe. M-L Dussart a récemment montré que le Conseil constitutionnel est désormais confronté à une nouvelle alternative. Il doit décider si la liberté d'entreprendre reste, comme à ses origines, une simple liberté personnelle ou si elle doit devenir la garantie d'un ordre économique fondé sur la libre concurrence<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> M-L Dussart, *op. cit.*



*VARIA*



## À QUOI SERT LE DROIT?... À COMPTER JUSQU'À TROIS

---

François OST

*Professeur, Université Saint-Louis, Bruxelles*

**Abstract:** *A recent monograph of mine focuses on what law serves to. My answer to this question is threefold: I have distinguished uses of law by rulers and subjects; technical functions that are specific to law; and aims of law when it promotes justice and democracy. My approach therefore combines humanities, legal theory, and philosophy of law.*

*So what is law meant for? Taking a critical distance toward my subject, I want to propose that law serves a 'count of three'; this catchphrase might seem provocative but truly underpins my monograph as a whole. From uses to functions, and aims, I have described indeed how law tears basic relationships away from their specific registers – such as politics, economics, or family, which are always threatened by violence: law makes those matters legal and therefore public and general. However, this formal doubling can only satisfy justice when operating under the authority of a 'third' figure: as a collectively shared rule, or as the judge, positioned above the parties.*

### INTRODUCTION

Dans un livre récent, je pose la question « à quoi sert le droit? »<sup>1</sup>. Je tente de répondre à cette question en distinguant les usages dont il peut faire l'objet de la part tant des gouvernants que des gouvernés, puis les fonctions techniques qui font sa spécificité, et enfin les finalités qu'il poursuit lorsqu'on le mobilise au service de la justice et de la démocratie. Je croise ainsi successivement une approche de sciences sociales, une perspective de théorie du droit, et enfin une analyse de philosophie du droit. Non moins de 570 pages sont alignées en vue de tenter de répondre à cette question, aussi élémentaire que complexe.

Et donc, en définitive, à quoi sert le droit? Prenant un peu de recul, et au risque de simplifier, je réponds maintenant: « à compter jusqu'à trois ». Cette réponse, qui peut paraître aussi cavalière que provocante, traduit pourtant la logique profonde de la thèse que l'ouvrage tente patiemment de mettre en place. En passant successivement des usages, aux fonctions puis aux finalités, je décris en effet comment le droit qui se met en place arrache la relation sociale de base (économique, politique, familiale,...) à son registre particulier (toujours menacé de

---

<sup>1</sup> F. Ost, *A quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 578 pages.

violence) pour l'inscrire dans la sphère publique et générale du droit, mais j'ajoute maintenant que ce redoublement formel ne satisfait cependant aux exigences de la justice que s'il s'opère sous le registre du tiers, instance de la loi commune et du juge au-dessus des parties.

Trois étapes jalonnent ici cette démonstration. Dans un premier temps, je me livre à une expérience de pensée, de nature phénoménologique, qui consiste à se demander ce qui change lorsque deux personnes ou un groupe décident de « passer au droit » (I). Ensuite, je reformule cette question sous l'angle de la théorie juridique, et je présente le droit comme redoublement (II), enfin, je montre que ce redoublement ne garantit réellement la justice que dans la mesure où il s'inscrit sur la scène du tiers (III).

Faire émerger et garantir un monde social en trois dimensions, indexé sur la référence structurale au tiers, telle serait en définitive la fonction propre du droit, l'inestimable plus-value qu'il peut apporter à la vie sociale chaque fois qu'il parvient à s'arracher aux manipulations de l'un et du même.

## I. Qu'est-ce qui change lorsqu'une relation sociale se juridicise ?

Cette question, qui a motivé mon écriture durant les trois années de rédaction de mon « A quoi sert le droit ? », je l'ai d'abord abordée sous un angle quasi intuitif, relevant de la méthode phénoménologique. Au risque (assumé) de sombrer dans la spéculation finaliste et la projection essentialiste, je n'ai cessé de me demander, en m'efforçant de pratiquer la suspension phénoménologique de mes acquis (*epochè*), ce qui se transformait lorsqu'une société, un groupe, ou même simplement deux individus, décidaient de « passer au droit », – je veux dire d'en appeler au droit, de se confier au droit, de mettre en place des mécanismes de jugement, de régulation, d'attestation relevant de ce quelque chose de spécifique que nous appelons le droit.

Que se passe-t-il de différent lorsque, s'arrachant à un lien fusionnel, on décide de formaliser une relation (passer de la cohabitation factuelle à l'engagement matrimonial, par exemple), lorsque, passant en quelque sorte à un autre registre, on se résout à officialiser un accord (le « *tope là* » des maquignons sur la place du marché, le *gentlemen's agreement* d'une conférence diplomatique, la convention informelle de deux partenaires commerciaux,...), lorsque, de façon plus ou moins consentante, on renonce à se faire justice à soi-même et on s'en remet à un juge ? Ou encore, que se passe-t-il de nouveau lorsque, se soustrayant à une relation marquée exclusivement par un rapport de force, les protagonistes, souvent pourtant dans une situation très inégalitaire, conviennent de se référer à l'une ou l'autre loi commune que le plus puissant des deux s'engage à respecter en dépit même de sa supériorité, tandis que le plus faible prend un pareil engagement

alors qu'il aurait toutes les raisons de se révolter (je songe notamment aux *chartes* octroyées par le seigneur aux bourgeois, nouveaux habitants des villes) ?

Notons bien la portée exacte de ces questions : il ne s'agit pas de se demander ce qui change quand une relation relève désormais d'une *règle*, car, dans tous mes exemples existait une règle, d'une autre nature, avant le passage au droit : l'engagement de cohabitation est souvent vécu comme plus personnel, plus fort et plus authentique que la convention matrimoniale, la confiance des maquignons est très solide et se passe volontiers d'écrits, le rapport de force, reposant sur « la loi du plus fort », est solidement régulé, etc. Ce que je demande, c'est ce qui change lorsque la régulation emprunte désormais la forme *juridique* ; on pourrait par exemple, pour m'en tenir à ce premier élément très simple de réponse, observer qu'une certaine distance, peut-être même une certaine méfiance, s'est installée entre les protagonistes qui décident de faire un pas de côté, ou de s'adresser à un tiers pour « établir » un fait, « acter » un engagement – que signifie cette distance ?

Je dois encore préciser que, chaque fois que je me suis livré à cette expérience de pensée, j'avais en tête l'exemple historique de la Loi des XII Tables que les patriciens romains concédèrent à la plèbe en 450 avant J.-C. Cette référence historique contribue sans doute à rendre la réflexion moins spéculative ; en même temps, il ne s'agit pas de s'y enfermer, au risque de réduire la portée de l'expérience, d'autant que nous ne savons que peu de choses de ce document, dont l'éminent romaniste A. Schiavone écrit qu'il s'agit d'un texte « mémorable et quasi-légendaire dont le souvenir se confond avec les origines de la communauté républicaine »<sup>2</sup>. Ce texte est souvent interprété comme le passage d'un droit religieux et non-écrit à un droit écrit plus moderne et laïc. À vrai dire nous n'avons guère de trace du « droit » antérieur (« prédroit », écrit L. Gernet, lié à la religion et la famille)<sup>3</sup>, fonds normatif originel constitué par les réponses orales des Pontifes. Ce texte marque donc, d'une certaine façon, le passage romain du pré-droit au droit, expérience somme toute banale qu'un grand nombre de sociétés connaissent à un moment ou l'autre de leur histoire (j'en traiterai plus loin à l'aide de la théorie de la « double institutionnalisation ») ; ce qui, en revanche, est sans doute moins banal, c'est la manière précisément romaine dont s'opère ce passage. Une manière qui conduit bon nombre d'auteurs – à commencer par Schiavone dans le titre même de son ouvrage de référence – à soutenir la thèse selon laquelle Rome aurait « inventé » le droit, comme la Grèce aurait inventé la philosophie.

La singularité romaine résiderait dans le fait que les règles de comportement social, en se détachant de la sphère religieuse, ne s'intègrent pas dans le modèle de la politique et de la loi, comme en Grèce (avec le précepte « un

<sup>2</sup> A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, traduit par G. et J. Bouffartigue, Paris, Belin, 2008, p. 371.

<sup>3</sup> L. Gernet, « Droit et prédroit en Grèce ancienne », in *L'année sociologique*, 3<sup>e</sup> série, 1948-1949, p. 21 s.

citoyen, une voix »), mais deviennent l'affaire de professionnels spécialisés, les juristes, qui bâtiront autour d'elles une connaissance technique, distincte à la fois de la vie religieuse et de la politique. On a même pu inverser le constat, et noter, à Rome, un « syndrome prescriptif » marquant la religion, – une religion pétrie d'injonctions, de rites, de préceptes entretenus par des castes de prêtres et concrétisés dans des formes rituelles et formules juridiques strictement codifiées<sup>4</sup>.

Reprenons donc notre question, au bénéfice (non exclusif cependant) de cet exemple privilégié : qu'est ce qui change à l'occasion du passage au droit ? Du point de vue matériel, la plèbe ne dut sans doute pas enregistrer de changement spectaculaire, ni même significatif, de sa condition : elle restait la classe exploitée, écartée des responsabilités comme des profits. Et pourtant, un changement qualitatif était intervenu, peu perceptible au début, exclusivement symbolique ou presque, dont on ne mesurait pas les immenses conséquences qu'il emporterait à terme. Tentons d'en dégager les éléments constitutifs.

#### **A. Un début de reconnaissance réciproque**

Premier élément de réponse : accorder une charte, mettre une convention par écrit, régir un groupe par la loi, c'est, en tout premier lieu, concéder une forme minimale de reconnaissance réciproque, instaurer un début de symétrie entre des protagonistes que tout différenciait. Ce belligérant avec qui je signe un traité d'armistice, ce terroriste avec lequel je négocie, cet apatride auquel j'accorde un recours, – Yahvé avec lequel le peuple juif noue une alliance, Méphisto avec lequel Faust pactise, ne sont plus « absolument autres » ; le commerce juridique nous engage, les uns et les autres, dans un début d'identification commune, une amorce d'égalisation (je me reconnais, ne serait-ce qu'un peu, dans cet autre avec lequel je contracte).

Contre épreuve : contracterait-on avec des animaux, des robots ou des martiens ? – les fictions qui ont imaginé l'exercice n'ont pu le soutenir que moyennant une quasi-totale anthropomorphisation de l'« autre ».

Je note par ailleurs ce fait essentiel que cette amorce de reconnaissance résulte, dans l'immense majorité des cas, de l'auto-affirmation des faibles, un sursaut de dignité, une prétention au droit, plutôt que de la soudaine générosité des forts. Ainsi de Nelson Mandela et de ses compagnons de captivité à *Robben Island* qui entamaient leur long combat juridique par l'exigence d'une ceinture pour tenir leurs pantalons – pour revendiquer son droit, il faut en effet pouvoir se tenir droit ; le « statut » (du latin *stare*, « se tenir debout ») suppose des hommes debout, conscients de leur dignité.

<sup>4</sup> A. Schiavone, *op. cit.*, p. 71.

## B. *L'inscription sur une scène tierce*

Le passage au droit suppose ensuite que le rapport social, privé ou public, interindividuel ou collectif, réussisse à s'inscrire sur une autre scène, celle du « tenu pour juste ». Au-delà de la connivence immédiate, on se réfère à un plan plus lointain, plus abstrait, virtuellement généralisable, comme si on se plaçait sous le regard d'un tiers arbitre. Il y va d'un léger écart, d'un imperceptible décentrement – mais un monde symbolique – entre le lien ordinaire, pratiqué et vécu par ses protagonistes, et la nouvelle scène de référence, le plan de la justice et du droit où s'inscrit désormais la commune mesure qui règle ce rapport. Qu'il suffise d'imaginer le séisme qui se produit par exemple lorsque, au bénéfice d'une toute première loi sur les « gens de maison », le rapport maître – serviteur (servante) échappe désormais, ne serait-ce que potentiellement, à l'univers domestique, et que les questions traditionnelles des gages et des congés se traitent dorénavant au regard et à l'aide de la loi commune.

Dans ces conditions, chacun, acteur public ou acteur privé, devient virtuellement justiciable, redevable de cette scène du « tenu pour juste ». Les détenteurs du pouvoir, qui n'ont pas du tout désarmés, n'ont cependant plus les mains tout à fait libres ; quelle que soit l'asymétrie de la relation, ils ne peuvent plus être complètement arbitraires, et un contrôle au moins minimal de leur action devient en principe possible (c'est tout l'objet de la célèbre nouvelle *Michaël Kohlhaas* de von Kleist : le maquignon sacrifiera sa vie pour que le hobereau qui lui a porté préjudice soit traduit en justice, dès lors qu'en principe il ne devrait plus y avoir de privilège de juridiction). Sans doute, partout et toujours, le glaive du pouvoir pèsera-t-il lourdement sur un des deux plateaux de la justice, mais, comme St. Ellman l'a montré dans ses travaux sur l'Afrique du Sud durant l'*apartheid*, la légitimité de la justice et du droit transcende, même sous les régimes les plus coercitifs, la manière dont l'institution judiciaire participe, dans les faits, de l'injustice du pouvoir<sup>5</sup>. Que ce changement symbolique n'aille pas de soi et implique un apprentissage incommode, en témoigne ce passage du Livre des *Nombres* 25, 5, où l'on lit que Dieu lui-même, depuis la révélation de la loi au Sinaï et la conclusion de l'Alliance, doit se soumettre lui aussi désormais à l'instance du jugement plutôt que de décider unilatéralement. Alors que les Israélites s'étaient livrés à la débauche avec les filles de Moab et avaient adoré leurs dieux, Yahvé dit à Moïse : « assemble tous les chefs du peuple et fait les pendre devant moi ». Loin de s'exécuter, Moïse s'adresse aux juges d'Israël et leur dit : « que chacun de vous égorge ceux des siens qui se sont unis à Belphégor ». Le traitement reste rude, on en convient, mais au moins passe-t-il désormais par l'instance judiciaire.

<sup>5</sup> St. Ellman, « Law and Legitimacy in South Africa », in *Law and Social Inquiry*, 20(2), 1995, p. 190.

Ce décentrement, cette désimplification, est aussi ce qui caractérise le passage de la justice privée à la justice publique, que P. Ricoeur tient, à raison, pour une véritable révolution qui signe le passage au droit<sup>6</sup>. On accepte de ne plus régler le contentieux « entre soi », mais on s'en réfère à un tiers institué dans une fonction de justice. L'inscription du contentieux privé dans un espace public institué, qui prendra des siècles et qui n'est jamais entièrement réalisée, induit une forme salutaire de distanciation qui contraint les protagonistes à traduire leurs griefs et prétentions dans le langage formel de la loi commune, et les engage, sous l'égide du juge, à une amorce de décentrement. À son tour, ce décentrement permet d'engager un début d'universalisation et de désintéressement des points de vue exprimés. Traduisant ce que H. Arendt appelait une forme de « pensée élargie », l'instance du jugement s'élève alors à l'exercice difficile qui consiste à se mettre à la place de l'autre<sup>7</sup>. On prend distance et recul et on soumet le litige à l'exercice abstrait de la permutation des positions : qu'en est-il ici du point de vue de l'autre, de n'importe quel autre, de la société toute entière, des justiciables à venir ?

Entrer en juridicité, c'est donc rendre le lien social virtuellement justiciable (*eventus iudicii*, un juge pourrait intervenir). Ce qui ainsi s'ébauche, très progressivement sans doute, c'est quelque chose comme une « secondarisation » du rapport social – je veux dire, un redoublement réflexif, dont l'écart entrevu tout à l'heure était le signe, et dont la « double institutionnalisation » (*infra*, II) est la théorie.

### C. Justiciabilité et justifiabilité

Le passage au droit s'accompagne d'autres effets encore, comme nous l'apprend l'archétype de l'édiction de la loi des XII Tables. Nous savons déjà que, de s'inscrire potentiellement sur la scène du « tenu pour juste », le lien social et politique en devient virtuellement *justiciable*. On peut maintenant ajouter que cette situation entraîne, d'une part, l'obligation d'avoir à *justifier* son comportement au regard de cette scène, mais aussi l'avantage d'y puiser, en contrepartie, d'inépuisables ressources *justificatrices* et légitimatrices. Au lendemain du passage au droit, le monde cesse d'aller tout à fait de soi, il ne procède plus simplement d'un ordre naturel, traditionnel ou révélé (trois des modalités principales de l'hétéronomie), et se pense au moins en partie comme une convention, un construit social, qu'il convient de justifier, et qui est lui-même source de justification. Ce monde repose désormais sur le fragile *logos* et implique qu'on s'y réfère pour autoriser son action et la rendre acceptable : il faudra rendre raison, *logon didonai*. Les patriciens ne cesseront, longtemps encore, d'exploiter la plèbe, mais, en cas de contestation, ils devront argumenter au

<sup>6</sup> P. Ricoeur, « L'acte de juger », in *Le juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 190.

<sup>7</sup> H. Arendt, *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, traduit par M. Revault d'Allonnes, Paris, Seuil, 1991, p. 72.

regard d'un texte auquel ils ont convenu de se tenir ; à l'inverse, tant que leur comportement reste, peu ou prou, dans le cadre de la loi, il les met efficacement à l'abri de toute mise en cause. Encore une fois, tout ceci mettra cependant longtemps à se généraliser ; il faudra beaucoup de temps par exemple pour que les procès s'articulent autour de preuves factuelles (plutôt que d'ordalies, « jugements de Dieu », et autres épreuves tributaires d'une mentalité pré-logique), et d'arguments rationnels, plutôt que d'affrontements de paroles performatives censées mobiliser des forces amies ou ennemies (imprécations, malédictions, serments)<sup>8</sup>.

#### **D. Le droit : contrainte et ressource, facteur de paix et vecteur de conflit**

À son tour, cette distanciation réflexive du droit à l'égard du rapport social primaire (affectif, commercial, politique,...) révèle deux traits essentiels de la spécificité juridique, de la plus-value ou propriété émergente qu'il représente par rapport à une régulation ordinaire, simplement immanente au social. Deux traits dialectiques : sa réversibilité de principe, d'une part, son caractère à la fois polémogène *et* irénologique, d'autre part. Dès lors qu'il fait loi commune entre le faible et le fort, le puissant et le manant, *primus* et *secundus* – dès lors qu'il occupe une position tierce, invocable tant par l'un que par l'autre (et cela même si, bien souvent, son contenu est plus favorable à l'un qu'à l'autre), le droit opère aussi bien comme une contrainte qui limite que comme une ressource qui libère ; il est bouclier de défense autant qu'arme de combat. Chacun doit pouvoir s'y référer, aussi bien comme demandeur que comme défendeur, comme accusateur que comme accusé. Comme le note L. Israël, après bien d'autres (dont Jhering qui parlait de « combat pour le droit »), si la connivence du droit avec le pouvoir se vérifie le plus souvent, il est néanmoins possible de jouer parfois le droit contre le pouvoir, et de retourner la justice contre l'État<sup>9</sup>. C'est ce qu'illustre le combat des juristes engagés dans la construction de « causes » (*cause lawyering*, *cause lawyers*). Je le répète : même si la balance du droit penche le plus souvent d'un côté (on devine lequel), sa mobilité même d'instrument de mesure lui assure la capacité d'enregistrer de plus justes pondérations d'intérêts. Tant le gouvernant que le gouverné peuvent le solliciter, et cela autant pour défendre le *statu quo* (l'ordre social imposé ou le droit subjectif obtenu) que pour opérer un changement (revendiquer un droit nouveau, ou imposer un nouvel agencement social).

Cette première réversibilité dialectique en implique une seconde, tout aussi essentielle : s'il est facteur d'ordre, de paix et de sécurité, le droit est aussi, et tout autant, facteur de contestation, de remise en cause et de conflit. Comme

<sup>8</sup> Pour l'étude de cette parole performative à fondements magiques dans la tragédie grecque, cf. F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 136 s.

<sup>9</sup> L. Israël, *L'arme du droit*, Paris, Les presses de sciences Po, 2009.

l'observe J. Freund, si le droit est « solution des conflits », il en est aussi, bien souvent, le « motif », de sorte que ce sont des fonctions « polémogènes » aussi bien qu'« irénologiques » qu'il faut lui reconnaître<sup>10</sup>. En actant officialisant tel état des relations sociales, la règle de droit pacifie sans doute un état de choses, imposant comme une trêve dans l'affrontement permanent des rapports de force et d'intérêt; mais, d'un autre côté, en visibilisant le conflit dont il émane et en dotant les protagonistes d'institutions et de procédures en vue de sa préservation ou de son amélioration, il instaure une sorte de « paix armée ». En régime juridique, la paix qui caractérise une société ne signifie pas absence de conflits, mais plutôt mise en place de mécanismes susceptibles de les régler pacifiquement: une sorte d'état « agonal » caractérisé par l'établissement d'une arène, la société précisément devenue « civile » au sein de laquelle prévalent des règles du jeu présidant à l'affrontement des protagonistes. « Paix armée », l'oxymore traduit bien le paradoxe dialectique du droit: un droit que nul ne peut totalement accaparer, et qui ne se ramène jamais exclusivement à l'ordre et la sécurité.

### ***E. Formalisation, abstraction, généralisation***

Revenons aux XII Tables et poursuivons notre exercice phénoménologique. Avant leur édicition, les rapports entre plébéiens et patriciens devaient certainement relever à la fois de la morale et de la politique, des valeurs et des rapports de force. Selon l'éthique, chacun se trouve face à sa conscience et engagé dans un face à face dont l'empathie n'est pas exclue (rapport éventuellement surdéterminé par l'environnement religieux); selon la politique, chacun est l'objet de diverses contraintes, objet virtuel d'exploitation, de menaces, d'indifférence, de favoritisme ou de soutien. La caractéristique commune de ces deux registres, c'est l'immédiateté, l'imprévisibilité, l'illimitation: fusion ou exploitation, collaboration ou exclusion, tout est direct et immédiat. Qu'il s'agisse de faveurs, de don, de pardon ou, à l'inverse, de chantage, de menaces, de violence, on ne peut parler ici d'arbitraire, puisque fait défaut la limite à laquelle mesurer l'action. En revanche, avec le passage au droit, tout se formalise: plus d'arrangements, mais des procédures, plus de faveurs, mais des droits, plus de menaces, mais des sanctions. On en appelle à un tiers et à des critères; en amont, on s'inscrit dans une ligne de précédents, ou dans l'ombre d'un texte; en aval, on cherche à faire jurisprudence. Les rapports éthiques et politiques primaires subsistent, bien entendu, mais, d'être désormais inscrits aussi sur la scène du « tenu pour juste », ils relèvent maintenant d'une limite ou d'une exigence moins directement disponible, avec laquelle ils devront composer.

---

<sup>10</sup> J. Freund, « Le droit comme motif et solution des conflits », in *ARSP*, 1974, p. 47 s.

Si cette scène du droit et de la justice s'impose comme un niveau de référence non directement disponible, c'est qu'il concerne à la fois une généralité abstraite de sujets, et un ensemble indéterminé de relations sociales relevant des secteurs les plus variés (« sous-ensembles fonctionnels » au sens de Luhmann, « cités » au sens de Boltanski et Thévenot, « champs » au sens de Bourdieu, « sphères de justice » au sens de Walzer). À ce niveau, il ne suffit donc pas d'enregistrer passivement tel ou tel état d'une relation sociale, mais, au fur et à mesure que le niveau juridique s'autonomise, de composer une régulation d'ensemble qui tout à la fois positionne l'ensemble des acteurs sociaux et articule l'ensemble des jeux différents qui se jouent sur le terrain social. Il ne s'agit donc pas seulement pour le droit d'occuper une position d'arbitre à l'égard de tel ou tel jeu déterminé, mais de réaliser un arbitrage inter-jeux de plus en plus complexe au fur et à mesure de l'évolution sociale et de la différenciation des sphères qui s'y opère comme le notait Max Weber. L'enjeu, à vrai dire, est considérable; ce qui se joue ici est la capacité pour une société de réaliser des arbitrages macro-sociaux susceptibles de produire quelque chose comme l'intérêt général ou le bien commun, transcendant les intérêts particuliers à telle classe de joueurs, et la logique propre à tel ou tel champ. Que ces arbitrages soient rarement impartiaux (et donc pas vraiment tiers par rapport aux rapports de force et d'intérêt) n'est pas une raison, au plan de l'expérience de pensée que je mène ici, de refuser au droit cette potentialité qui relève de sa nature normative elle-même: viser le devoir être – autrement dit ce qui est, dans un certain contexte, jugé souhaitable.

Un autre effet significatif du passage au droit est que la relation humaine sous-jacente se dépersonnalise désormais. Le monde de l'éthique, comme celui de la politique, sont des univers chauds, éminemment personnels: tout s'y joue à l'affectif ou à l'influence, à la sympathie, l'identification, l'antipathie ou la haine. À l'inverse, les mondes du droit et de la justice sont des univers refroidis où les protagonistes s'expriment et agissent sur un mode impersonnel. Le lien de l'esclave et du maître, du fils et du père, du gouvernant et du gouverné n'est plus seulement le lien de tel Jean et de tel Jacques, la relation d'allégeance personnelle du vassal et du suzerain, mais un lien abstrait entre des personnes fongibles, substituables, envisagées sous l'angle de leur statut ou du rôle qu'elles occupent sur la scène juridique. Même si cela semble contre-intuitif en première réflexion, cette impersonnalité caractérise d'abord et surtout la justice elle-même. « Quel est le vis-à-vis de la justice ? », demande P. Ricoeur, « non pas toi, identifiable par ton visage, mais *chacun* en tant que tiers »<sup>11</sup>. « Chaque un », ce chacun auquel le droit se fait devoir d'attribuer ce qui lui revient (*sum cuique tribuere*), selon une commune

<sup>11</sup> P. Ricoeur, « Qui est sujet de droit ? », in *Le juste, op. cit.*, p. 37-38.

mesure, qui veut ne faire acception de personne<sup>12</sup>. Et si la justice s'entend du fait d'appliquer à chacun une juste mesure, on notera que, précisément, c'est l'élément impersonnel de la relation ou de l'acteur qui est susceptible de mesure ou de comparabilité (par opposition aux éléments irréductiblement personnels qui relèvent eux, de l'affection ou du rejet). De plus, on comprend bien que dans cet élément primitif d'impersonnalité est contenu en germe le mouvement de généralisation, voire d'universalisation, qui, au terme de millénaires d'évolution et d'une considérable ampliation de l'univers juridique, conduira à l'idée de droits de l'homme dont tous sont potentiellement titulaires.

Ainsi, cet adolescent ou cette épouse écrasée dans l'étouffante pesanteur des rapports domestiques, ce travailleur immigré exploité par un employeur et des marchands de sommeil sans vergogne, ce responsable politique dont la vie privée est jetée en pâture au public par des médias voyeurs – toutes ces personnes immergées dans leurs « cités » respectives (« cités » au sens que leur donnent Boltanski et Thévenot: mondes spécifiques dotés de leurs propres principes d'action et de jugement: cité domestique, cité marchande et industrielle, cité de la renommée<sup>13</sup>,...) trouveront peut-être, grâce au droit (qui est « niveau » et pas « cité », comme je le dirai plus bas), une porte de sortie, une ligne de fuite, qui, en les faisant accéder à une autre scène, leur assurera une « réhabilitation », une nouvelle capacitation, quelque chose comme une relance de la partie.

Cette opération suppose un arrachement au déterminisme inhérent à chacune des cités, un détachement des rapports personnels très forts qui y prévalent, et un repositionnement, sous une autre forme, sur un terrain différent qui permette la formulation du grief et la revendication d'une autre condition<sup>14</sup>. Tel est précisément l'effet de la technique juridique qui assure doublement ce « grandissement » des personnes et le travestissement nécessaire à leur reconnaissance sous un angle nouveau et plus juste: d'une part, le droit confère à chacun une personnalité juridique, et, d'autre part, il les insère dans des catégories et des collectifs qui transforment les litiges individuels en causes potentiellement générales. La personnalité juridique confère à chacun une identité abstraite qui assure à la personne de ne jamais se réduire à la condition naturelle et aux statuts fixes qui prévalent au sein de chaque cité; elle est ce « masque » (*persona*, masque de théâtre en latin), qui, à la fois dissimule, protège, et promeut la personne, dont il est ainsi signifié que, quel que soit son rang au sein la cité où elle se meut, elle n'y est jamais absolument confinée, ni assignée à un statut inaltérable. Par ailleurs, en intégrant ces personnes, par le jeu des qualifications juridiques, dans des ca-

<sup>12</sup> L. Legaz Y Lacambra, « Les fonctions du droit; introduction générale », in *ARSP* 1974, Die Funktionen des Rechts, *op. cit.*, p. 6.

<sup>13</sup> L. Boltanski et L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

<sup>14</sup> En ce sens, L. Boltanski et L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur, op. cit.*, p. 374 s.

tégories générales et des collectifs accrédités (l'association, le syndicat, l'action d'intérêt collectif, ...), le droit pose un cadre qui tout à la fois désindividualise le conflit et lui confère une portée générale, en en faisant une « cause ». À ce niveau, la prétention au droit, se mouvant dans un « moyen de droit », et empruntant telle ou telle « voie de droit » (action en justice), prend la forme d'un « coup » recevable dans le jeu juridique et susceptible d'infléchir la nature des compromis et arbitrages qui y prévalent. Le tort qui affectait X ou Y dans les profondeurs confinées de la cité A ou B, devient un grief généralisable affectant une personne juridique substituable à d'autres, et sera traité par l'autorité juridique au regard de la situation de n'importe quelle autre personne juridique et en considération des intérêts et valeurs prévalant dans toutes les cités, A ou B, mais aussi C ou D.

### ***F. Dédoublement, dépassement, saut par-dessus ses propres épaules***

Cette impersonnalité juridique est poussée si loin qu'elle affecte le sujet de droit lui-même qui, sur la scène juridique, se voit attribuer un statut (droits et devoirs), et donc un rôle, qui se superpose à son identité narrative personnelle (sa personnalité concrète, évolutive, interrogative, altérée par le temps et les autres) et qui, dans son rapport politique à la cité, conduit au dédoublement de l'individu et du citoyen. Loin de représenter une faiblesse embarrassante ou une inutile complexité, ce dédoublement est la condition même de la réussite de la constitution juridique du montage politique.

Rousseau explique bien, à cet égard, que pour s'engager, comme citoyen, dans le contrat social d'association constitutif du rapport politique, l'individu doit contracter avec lui-même<sup>15</sup>. Cette apparente incongruité s'explique évidemment du fait que c'est à deux titres différents que le sujet figure au contrat : comme individu ordinaire, engagé dans ses rapports socio-économiques, politiques et affectifs préjuridiques, et comme citoyen en puissance qui, en quelque sorte, s'élève à la puissance de l'institution, se hisse à la hauteur du souverain auquel il participe. Ce saut par-dessus ses propres épaules est le signe même de l'opération d'« auto-transcendance », de passage à la puissance supérieure, d'anticipation d'une institution qui aura toujours été – toutes choses nécessaires à l'établissement d'une fondation juridique du politique<sup>16</sup>.

Ce saut qualitatif (distance à soi, dédoublement, auto-dépassement) est producteur d'une « propriété émergente », d'une logique du « supplément » qui explique aussi pourquoi Rousseau peut écrire que la volonté générale est plus et autre chose que la volonté de tous. Ce « supplément » est à comprendre comme

<sup>15</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social. Ou principes du droit politique*, Paris, Bordas, 1972, p. 77.

<sup>16</sup> Dans un sens comparable, cf. L. Boltanski, *L'amour et la justice comme compétences*, Paris, Éditions Métailié, 1990, p. 74.

la projection des acteurs vers l'état qu'annonce la « promesse », une promesse que les acteurs se font à eux-mêmes dans la Constitution, et dont le juge constitutionnel est aujourd'hui le gardien, parfois à l'encontre de la « volonté de tous » lorsqu'il censure une loi qui s'écarte de ces engagements.

Entre simples contractants particuliers la même opération s'observe également, dès lors que les « promettants » se réfèrent, au-delà de leur engagement concret et de la plus ou moins grande confiance qu'ils peuvent se faire, à l'institution « promesse » elle-même qui précède, encadre et fonde leur engagement personnel<sup>17</sup>. Une institution dont personne n'est l'auteur et qui, à ce titre, échappe aux manipulations, même si l'usage qu'en font les contractants peut, dans certains cas, relever du marché de dupes. On commence ainsi à saisir en quoi pourrait consister la spécificité de la plus-value que le juridique apporte à la relation sociale (économique, morale, politique) primaire – un infime distanciellement qui rend possible la référence à une mesure à la fois commune et indisponible. Une référence fondatrice au double sens où elle rend possible le jeu social (ici celui de la promesse), elle l'institue, le constitue (au sens aussi des règles constitutives, tant du langage que du droit), et en même temps en marque les limites et en fixe les interdits.

Tels sont les premiers résultats de l'expérience de pensée qui consiste à identifier la nature de la transformation du rapport social lorsqu'il devient juridique. L'expérience inverse n'en est pas moins significative : qu'est ce qui change lorsqu'on décide de déformaliser la relation, et de se passer du droit pour en revenir à la spontanéité du lien initial ? On devine aisément les avantages et les désavantages de ce choix. D'un côté, on retrouve une liberté de manœuvre qui permet d'amorcer plus facilement des contacts ou des flux d'affaires, ou, à l'inverse, de se désengager sans conséquences négatives ; on se félicite de pouvoir se faire confiance, et parfois même on s'enorgueillit de « régler ses affaires entre soi » sans déchoir en faisant appel aux autorités officielles ; parfois encore, on se flatte, comme dans la médiation familiale, d'éviter le formalisme et la surenchère juridiques. D'un autre côté, renoncer au droit (ou être contraint d'y renoncer), c'est évidemment se priver des garanties juridiques, procédurales ou substantielles, et s'exposer à la loi du plus fort.

On retrouve chaque fois l'idée que le lien social n'est jamais naturellement ou originairement juridique ; il le devient, éventuellement, dans un second temps

<sup>17</sup> Fr. Jacques, « La promesse et le pardon », in *Ethica e pragmatica*. Archivio di filosofia, 1987, 1-3, p. 328 ; P. Ricoeur, « Les implications de la théorie des actes de langage pour la théorie générale de l'éthique », in P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 103-104. Reconnaissons cependant que l'effet « juridique » ici identifié est lui-même redevable de certaines propriétés du langage lui-même qui pourra alors être tenu pour l'institution des institutions. On mesure, une fois encore, la difficulté de l'exercice auquel on se livre : est-ce le droit qui est tributaire d'une certaine normativité inhérente à certains actes de langage, ou ces derniers sont-ils, à l'inverse, fondés sur la normativité de certains principes, tel celui selon lequel il faut tenir ses promesses ?

lorsque se développe un besoin de sécurité, de publicité, ou de durabilité. Tout ceci révèle aussi que si « plus-value » il y a, dans ce passage au droit, ce n'est pas en termes d'efficacité, de rapidité, d'intensité de la régulation qu'elle se mesure ; sur ce terrain, d'autres formes de régulation, notamment les contraintes politiques et morales sous-jacentes, sont certainement plus opératoires.

Ces premières analyses, je le concède, ne répondent pas encore directement à la question de savoir à quoi sert le droit, mais elles livrent déjà de précieux éléments en vue de suggérer la réponse : l'idée du droit comme redoublement réflexif de la relation sociale primaire, que j'approfondis maintenant sur la plan de la théorie du droit, et l'idée que ce redoublement s'opère sous l'égide du tiers, que j'aborde ensuite sous l'angle de la philosophie du droit.

## II. Du « un » au « deux », le droit comme redoublement

Le philosophe C. Castoriadis dit du droit qu'il est une « institution du second degré »<sup>18</sup> ; tout se passe, comme si, venant toujours dans un second temps, et se situant sur une scène « méta », il assurait une réflexivité à la relation sociale primaire sans en changer véritablement la substance. Est-ce à dire que ce redoublement est un simple décalque, une répétition inutile ? Non pas : ce redoublement est un dépassement qui, s'il ne modifie pas la substance du rapport social, en transforme profondément la portée. On pourrait s'avancer dans l'intelligence de cette idée en évoquant la métaphore du « pilotage » qu'exerce le droit – en se rappelant que tout le vocabulaire de la « gouvernance » dérive du latin *gubernaculum*, gouvernail. Quelle est exactement la fonction d'un pilote (je pense par exemple aux pilotes stationnés en Manche en vue de sécuriser l'accès des navires de commerce aux ports d'Anvers et de Rotterdam) ? L'État impose leur montée à bord en vue de vue de conseiller le capitaine sur la route à suivre dans des eaux aussi dangereuses que fréquentées ; fonctionnaire étatique, le pilote ne se substitue pas au capitaine, « seul maître à bord » ; et pourtant, sa présence est obligatoire : guide officiel, il dicte la conduite à adopter dans les passes délicates. Le pilote est « prêté » par l'État ; quelques heures durant, il fait, et ne fait pourtant pas, partie de l'équipage ; opérant comme un « supplément » il s'ajoute à l'équipage et supplée son manque possible d'expérience. Dans son rôle de « pilotage » social, le droit « supplémente », redouble et dépasse – les institutions sociales préexistantes.

« Supplément » du réel, le droit le redouble sans en être pourtant le simple doublon, la reduplication passive sur un mode technique. Sa secondarité est active et créatrice, pas seulement réceptive ; sa réflexivité opère au plan symbolique et pas seulement fonctionnel. Le droit officialise l'accord intervenu et la coutume jugée obligatoire ; il indique ainsi les règles en vigueur dans une société donnée, et,

<sup>18</sup> C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975, p. 174.

dans un stade second, il met en place des mécanismes permettant explicitement leur transformation. Il organise également des procédures officielles de règlement des litiges, et institue des autorités répressives en vue de faire appliquer ces décisions. On aura reconnu, dans ces différentes fonctionnalités, l'action de ce que Hart appelle, de façon significative, les « normes secondaires » (*infra*). Cette secondarité n'est pas que fonctionnelle et instrumentale cependant : au fur et à mesure que les sociétés se complexifient et que l'ordre juridique s'autonomise, l'univers symbolique propre au droit (la référence au tiers, qui se traduit, notamment, par la publicité, le contradictoire, l'abstraction et la généralité) a pour effet de marquer la relation sociale primaire de sa « tercité » (*infra*, III).

D'où d'abord cet effet, souvent mal compris par la critique sociale et le justiciable ordinaire : le traitement juridique et judiciaire du réel entraîne un écart (linguistique notamment) par rapport à cette réalité quotidienne, générateur d'un effet d'aliénation (être rendu étranger) et d'un sentiment de dépossession<sup>19</sup>. En s'emparant d'un conflit social, en le nommant à sa façon, le canalisant dans le jeu complexe de ses procédures, le droit le transforme (le « dénature » aux yeux de ses protagonistes primaires, devenus désormais demandeur, défendeur, prévenu, accusé, partie civile, ...). Et pourtant, s'il parvient à le résoudre, ce ne sera qu'au prix de cette manipulation réalisée à l'aide de ses fictions propres et de ce traitement formalisé à l'extrême. Ainsi, cet écart, s'il est signe d'aliénation, est aussi bien indice de la créativité propre au traitement juridique du réel ; c'est dire que ce n'est que sous la condition de cette autonomisation des constructions juridiques au regard des données sociales de départ, que le droit peut déployer son efficace propre. Par ses opérations internes, le droit recrée le monde extérieur et lui revient sous la forme de ses propres fictions dont il attend un effet dans le réel. Le romaniste Yan Thomas souligne avec force, dans son ouvrage consacré aux *opérations du droit*, que le droit romain, tissé de fictions, s'est tout entier construit sur cet écart délibéré à l'égard du réel : « une radicale déliaison de l'institutionnalité d'avec le monde des choses de la nature », « aux antipodes de toute vérité tangible »<sup>20</sup>. En assumant explicitement ses fictions comme des contre-vérités, le droit naissant soulignait ainsi l'écart à l'égard du fait comme constitutif du juridique et condition de son efficacité sur le réel. Dans ces conditions, comme le souligne bien G. Teubner, c'est se tromper de cible que de reprocher au droit de manquer de sens du réel ; comme l'art et ses constructions imaginaires, il revient précisément aux fictions juridiques de se distancier des contraintes du réel, pour libérer des mondes possibles – ceux là même qui, parce qu'ils « sortent

<sup>19</sup> Cf. G. Simenon, *Lettre à mon juge*, Paris, Presses de la Cité, 1947.

<sup>20</sup> Y. Thomas, *Les opérations du droit*, Paris, EHESS-Gallimard-Seuil, 2011, p. 136-137.

du cadre », peuvent résoudre le contentieux qui s'enlisait<sup>21</sup>. Telle est l'efficace de la *quaestio iuris*, distincte, quoique solidaire, de la *quaestio facti*.

### A. Double institutionnalisation

La théorie du droit propose différents instruments et théories pour penser le redoublement juridique du social. La théorie dite de la « double institutionnalisation » décrit le passage du social, institution primaire, au juridique, institution seconde; la théorie de l'« articulation des normes primaires et secondaires », déjà évoquée, prolonge cette analyse sur le plan de la normativité. Quant à moi, je propose, cette fois sur le plan des fonctionnalités, de distinguer les « fonctions primaires » et les « fonctions secondaires » que remplit le droit, selon qu'il opère en priorité sur le social, ou seulement indirectement en régulant en priorité son propre fonctionnement<sup>22</sup>.

Il revient à l'anthropologue P. Bohannan d'avoir forgé et diffusé le vocable de « double institutionnalisation » pour penser le passage au droit et sa spécificité au regard des institutions sociales primaires<sup>23</sup>. Dans le cadre de sociétés sans État, baignées dans une seule culture, ce sont, explique-t-il, les coutumes partagées (traditions, modes, usages) qui assurent « que les institutions sociales accomplissent leurs tâches et que la société survive ». Inhérentes aux institutions elles-mêmes, et reposant sur la réciprocité (j'anticipe que l'autre se conduira comme il me demande de me conduire), ces coutumes n'ont pas besoin de formulation explicite. Par ailleurs, les contentieux ne font pas l'objet de « décisions »; ils se règlent par des « compromis », à la formulation plutôt vague, et qui ne sont pas « exécutés », mais « acceptés » parce que les protagonistes partagent une même culture<sup>24</sup>.

Lorsque s'opère le passage au droit, les coutumes font l'objet d'une reformulation explicite et plus précise, à l'initiative d'agents spécialisés, et dans un contexte bien identifiable en raison de la procédure désormais suivie. Quant aux contentieux, ils sont tranchés par des autorités, spécialisées elles aussi.

Les institutions juridiques qui sont ainsi mises en place présentent deux particularités<sup>25</sup>. D'une part, elles disposent de mécanismes spécifiques leur permettant d'intervenir dans le fonctionnement des institutions primaires, en vue d'en dégager le cas qui pose problème. Après traitement spécifique au plan juri-

<sup>21</sup> G. Teubner, « Les multiples aliénations du droit: sur la plus-value sociale du douzième chameau », in *Droit et Société*, n° 47, 2001, p. 81.

<sup>22</sup> F. Ost, *A quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 191 s.

<sup>23</sup> P. Bohannan, « The Differing Realms of the Law », in *American Anthropologist*, vol. 67, décembre 1965, p. 33-42.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 36.

dique, interviennent ensuite d'autres mécanismes en vue de réengager la solution intervenue dans le monde primaire des institutions de base.

D'autre part, précise Bohannan, les règles propres aux institutions juridiques sont désormais de deux sortes : les règles « adjectives », ou de procédure, qui concernent le fonctionnement de ces institutions elles-mêmes, et les règles « substantives », ou de fond, qui sont des réécritures ou des transformations des coutumes prévalant au niveau primaire.

Le modèle de passage au droit n'a pas attendu Bohannan pour être pensé sous la forme d'un redoublement. En témoigne notamment le récit qui, du XII<sup>e</sup> siècle à nos jours, constitue le fondement de la philosophie politique moderne : la fable du passage de l'état de nature à l'état civil. De Hobbes à Kant, de Locke à Rousseau, se transmet la même histoire : à l'origine, l'humanité vivait dans un état de nature, qui n'était pas sans règles, mais au sein duquel les règles étaient incertaines et impuissantes en cas de transgression ; de sorte que les hommes se persuadèrent peu à peu de l'intérêt de se doter d'institutions spécifiques en vue d'adopter officiellement des règles, les modifier quand de besoin, et surtout les faire appliquer, par la contrainte si nécessaire. Un état civil vient ainsi redoubler, préciser et garantir les règles coutumières prévalant dans l'état de nature<sup>26</sup> – c'est, on le voit, une logique fonctionnelle (répondre à des besoins structurels apparus au stade antérieur) qui, dans cette fable, explique le développement du droit moderne.

Ce récit canonique se précise sous la plume des pères fondateurs de la sociologie. E. Durkheim notamment, qui met en lumière un processus historique généralisé de différenciation sociale : alors que les sociétés primitives baignaient dans une vision holiste du mode, dépourvue des distinctions entre ce que nous appelons droit, religion, mœurs et morale, l'évolution conduisit à une lente désintégration de ces sphères, avec, à terme, la laïcisation du droit. Au cours de cette évolution, la discipline sociale, à l'origine assumée sous la forme d'un sentiment intérieur d'obligation, ne cessera de s'extérioriser, prenant la voie d'une codification officielle des règles et d'un système de contrainte extérieur et impersonnel<sup>27</sup>. La solidarité (mécanique) par similitude, dans le cadre de petites sociétés cimentées par une conscience collective forte, fait place, dans les meilleurs des cas, à une solidarité (organique) par différenciation et complémentarité, la fragilisation de la conscience collective étant suppléée par la discipline juridique et l'éducation

<sup>26</sup> Cf. notamment, J. Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, trad. par B. Gilson, Paris, Vrin, 1977, p. 146 s. Dans ce passage, Locke vise très explicitement les trois types de fonction que les règles secondaires de Hart, de trois types également, sont appelées à remplir.

<sup>27</sup> Pour une reformulation de cette thèse en rapport avec le phénomène de complexification des sociétés, cf. A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, p. 124 s.

à la civilité. Pour finir, revient au droit (« cristallisation de la conscience collective »)<sup>28</sup> la fonction générale de normalisation des rapports sociaux.

Dans la même ligne, F. Tönnies et M. Weber introduisent la célèbre distinction entre communauté (*Gemeinschaft*) et société (*Gesellschaft*) : alors que, au sein des premières, la conscience du moi s'efface devant le « nous », les solidarités sont très actives et les fonctions peu différenciées, au sein des secondes, la division du travail et la spécialisation des compétences s'établissent peu à peu, de sorte qu'une organisation sociale plus rationnelle s'impose, sous la forme d'une discipline juridique principalement (il s'agit notamment de garantir le respect des engagements et de faire respecter ce qui deviendra la propriété).

Ces différentes analyses convergent : à l'origine, les règles de comportement, de nature traditionnelle et coutumière, restent largement informulées, et l'on s'en remet aux réactions spontanées et diffuses du groupe pour en assurer le respect. Puis, sous l'effet de facteurs très variés (croissance démographique comme le pensait Durkheim, différenciation accrue des tâches, conquête étrangère accompagnée d'enrôlements fiscaux et de conscriptions militaires,...), des institutions spécifiques ont été investies, dans un premier temps, de la tâche de résoudre les conflits, et, dans un deuxième temps, de la compétence de modifier les règles en vigueur de façon immédiate et délibérée.

La double institutionnalisation était alors en marche. Sans doute, une bonne part des règles ainsi consacrées se bornaient-elles à reformuler les coutumes en usage ; il n'empêche que l'action des institutions judiciaires, « parlementaires », et exécutives mises en place devenait de plus en plus visible et que se multipliaient les règles « secondaires » qui les investissaient de ces missions. L'autonomie de ce monde normatif second n'allait cesser de s'accroître, au point d'occulter progressivement le terreau sur lequel il s'édifiait.

Sous des formes diverses, la thèse de la double institutionnalisation bénéficie d'un large consensus dans les sciences juridiques contemporaines. Ch. Atias note, par exemple : « la règle de droit se surajoute à une réalité qu'elle ne modifie pas fondamentalement, mais sur laquelle elle agit »<sup>29</sup> – sous réserve de la question du degré de modification imprimé à la réalité, on peut acquiescer à cette opinion. J. Chevallier ne dit pas autre chose : « la règle de droit est seconde par rapport à d'autres catégories de normes, la normativité venant se greffer sur une normalité déjà-là, socialement reconnue »<sup>30</sup>. Et l'auteur de noter un large mouvement de

<sup>28</sup> E. Durkheim, *De la division du travail social*, (1893), Paris, PUF, 1973, p. 28.

<sup>29</sup> Chr. Atias, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999, p. 298.

<sup>30</sup> J. Chevallier, « L'internormativité », in I. Hachez, F. Ost *et alii* (dir.), *Les sources du droit revisitées*. Vol.4. *Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2013, p. 697. Cf. aussi D. Loschak, « Droit, normalité et normalisation », in *CURAPP, Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 69.

juridicisation des conduites: « le droit a grignoté progressivement la sphère extra-juridique en étendant la surface qu'il occupe au sein de l'ordre social: désormais formulées en termes juridiques, de nombreuses normes ont été attirées dans son orbite »<sup>31</sup>. Entre les deux niveaux de normativité, les rapports, du reste, ne sont pas que d'emprunt pur et simple; les analyses relatives à l'internormativité ont montré qu'entre ces systèmes de normes s'établissaient toutes sortes d'interaction, d'interpénétrations et d'imbrications – phénomènes facilités par la nature malléable des normes juridiques, contenant au contenu largement indéterminé.

Les philosophes et sociologues du droit souscrivent également, sous des modalités qui leur sont propres, à l'idéal-type de la « double institutionnalisation ». Ainsi, Habermas, reprenant à son compte des analyses de T. Parsons, qui parle du droit comme « institution de second degré » intervenant en cas de perturbation survenue « au niveau des comportements institutionnalisés au premier degré ». Visant les transformations qu'a connues le droit depuis ses formes élémentaires (coutume, vendetta, arbitrage,...), Habermas écrit: « le droit est un ordre légitime devenu réflexif par rapport au processus de son institutionnalisation ». Et, observant l'évolution du droit « sous l'aspect de sa *propre* fonction » (souligné par moi), le philosophe note l'apparition de « normes juridiques secondaires permettant d'établir et de modifier les normes de comportement primaires » (l'allusion à Hart, bien que non cité, est transparente, d'autant que la suite de la phrase vise encore « l'organisation de l'exercice de la justice » et « la mise à exécution du droit »)<sup>32</sup>. Avançant d'un pas supplémentaire, Habermas note encore que, lors de cette phase secondaire et réflexive, le droit entre dans un rapport dialectique de co-développement avec l'État: « un droit sanctionné par l'État et un pouvoir politique exercé (j'ajoute: et légitime) sous forme juridique s'appellent ainsi l'un l'autre »<sup>33</sup>.

De son côté, Br. Latour insiste aussi sur le fait que « le droit ne cherche pas à faire basculer le territoire dans la carte » – l'acte notarié n'est pas la demeure où l'on habite, et pourtant ce parchemin garantit le propriétaire plus efficacement qu'une alarme ou un triple verrou<sup>34</sup>. Une fois encore, le chemin est étroit, et la « double institutionnalisation » difficile à penser, soit qu'on fasse du droit, simple vêtement à peu près transparent du corps social, un presque rien, une technique servile et docile, soit, au contraire, que, s'avisant de son autonomie, on le présente comme substitut de tout le reste. Or, d'évidence, il n'est ni ce tout, ni ce rien.

<sup>31</sup> *Ibidem*. L'auteur se garde cependant de verser dans le panjuridisme et note également des phénomènes de retrait du juridique.

<sup>32</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. par R. Rochlitz et Chr. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1992, p. 88-89.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>34</sup> Br. Latour, *La fabrique du droit*, Paris, Éditions La Découverte, 2002, p. 284.

Le droit n'est pas tout, puisque, pour fonctionner, il présuppose que tout soit déjà en place (son institution est seconde). Qu'il s'agisse de règle, d'organisation, de sanction, il n'a le monopole, ni même l'initiative de rien de tout cela.

« Il faut qu'il y ait un monde déjà fortement structuré, richement meublé, peuplé d'acteurs en pleine possession de leurs moyens, soumis à des habitudes réglées, pour qu'une requête puisse être compilée [...]. S'il manque le foisonnement des règles ordinaires, le droit ne peut progresser d'un centimètre. Il ne chemine tortueusement que lorsque tout le reste est en place »<sup>35</sup>.

Et encore :

« chaque institution, chaque firme, chaque famille, chaque individu même, produit un nombre indéfini de scripts qui servent de modèles de comportement [...]. S'il est vrai que le droit ne crée pas les instances qui prétendent à la souveraineté et en jouissent effectivement, alors il faut reconnaître que "l'autorité doit déjà être en place pour que commence le travail propre du droit" »<sup>36</sup>.

En un mot comme en cent : le droit ne se substitue à rien, ni à la politique, ni à la religion, ni à la thérapie<sup>37</sup>.

Mais nous voilà à nouveau au rouet, car s'il n'est rien de tout cela, faudrait-il conclure qu'il ne présente aucune consistance et ne joue que le rôle d'une simple transcription ? Ce n'est pas la conclusion de Latour qui reconnaît au droit une ontologie propre ainsi qu'un rôle aussi indispensable qu'absolument spécifique. Une fonction que je retrouverai plus bas, avec le passage du plan duel au plan ternaire. Il y va d'un rôle de tissage social aussi fragile que nécessaire, car, si « le réseau dessiné par le droit c'est 99 % de trous »<sup>38</sup>, il n'en est pas moins vrai qu'« il tient tout à sa façon »<sup>39</sup>.

Ainsi donc, la pensée du droit comme redoublement et double institutionnalisation fait office de lieu commun en théorie du droit. Je note cependant qu'à l'heure du droit en réseau et de la mondialisation, cette théorie, si elle s'avère robuste et opératoire, reste, en dépit des différents éclairages auxquels nous l'avons soumise, peu nuancée, et à certains égards réductrice et même trompeuse. C'est sur plusieurs points importants qu'elle demande précisions et rectifications si nous voulons l'utiliser encore pour penser le droit d'aujourd'hui, un droit pluriel,

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 290.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 283 : « Sans le reste qui le tient, le droit ne serait rien. Reste qu'il tient tout, à sa façon ».

déterritorialisé et largement détaché de sa base étatique. Ramenée à sa présentation standard, – la vulgate qu'on risque d'en retenir – la théorie suggère que le droit se construit en reprenant à son compte un certain nombre de normes institutionnalisées dans les registres sociaux primaires (politique, économique, social,...). Le mouvement serait à la fois unidirectionnel et irréversible, naturel et consensuel, acquis et stabilisé, conscient et réflexif, propre au droit étatique, concentré dans la sphère législative, réceptif et passif.

Je discute dans l'ouvrage chacune de ces assertions qui portent la marque du modèle « pyramidal » classique, étatiste, hiérarchique et légaliste<sup>40</sup>. Au terme de cet exercice, le mouvement général de la démonstration n'est pas remis en cause, mais il est désormais conçu comme réversible (il s'accompagne de régressions et de cas de retraite volontaire du juridique), souvent conflictuel et indirect (la « lutte pour le droit » n'est pas un long fleuve tranquille, d'autant qu'il doit institutionnaliser des sphères différentes soumises à des logiques parfois opposées), pas nécessairement délibéré (beaucoup de règles, effectivement pratiquées, demeurent, comme en matière de pratique langagière, informulées et inconscientes), limité ni au droit étatique (bien des sous-systèmes fonctionnels s'auto-organisent, y compris sur le plan juridictionnel, se dotant même, comme le montre Teubner, de normes constitutionnelles<sup>41</sup>), ni à l'initiative du législateur, ni aux seules normativités classiques (économie et éthique sans doute, mais aussi médias, santé, finance, technologies),..., créatif enfin, et pas seulement décalque passif.

### **B. Normes primaires et normes secondaires**

La théorie de l'articulation des normes primaires et secondaires prolonge, sur un plan plus technique, ces premières analyses. Nul n'ignore que la distinction des règles primaires et secondaires, ainsi que leur articulation sous la forme d'une théorie complète, a été proposée par H. Hart dans son *Concept of Law*<sup>42</sup>. Précisée par N. Bobbio notamment<sup>43</sup>, cette théorie bénéficie également d'un très large consensus en théorie du droit, et s'avère extrêmement opérationnelle. Elle s'inscrit de surcroît au cœur de notre problématique dès lors qu'elle répond prioritairement à des questions fonctionnelles, le propre des règles secondaires étant, pour Hart, de pallier les défauts apparus au plan des règles primaires. Inscrite dans le prolongement naturel de la théorie de la « double institutionnalisation », la

<sup>40</sup> F. Ost, *A quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 58 s.

<sup>41</sup> G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, trad. par I. Aubert, Paris, Classiques Garnier, 2016.

<sup>42</sup> H. Hart, *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1976, p. 103-125.

<sup>43</sup> N. Bobbio, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *La règle de droit, Études publiées par Ch. Perelman*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 116 s.

distinction des règles primaires et secondaires a pour objectif de préciser le plus nettement possible l'avantage *fonctionnel* d'une institutionnalisation redoublée.

Il appartient désormais, en effet, aux règles secondaires, d'identifier les normes primaires en vigueur, de les abroger, édicter, modifier, d'établir définitivement le fait de leur violation et d'assurer, le cas échéant, leur sanction.

Aux trois défauts relevés au plan d'une société préjuridique (incertitude quant aux règles primaires en vigueur, absence de procédure de règlement des conflits, défaut d'autorités susceptibles de faire appliquer les décisions), correspondent donc, logiquement, trois types de règles secondaires. Les *règles de reconnaissance* sont chargées d'identifier les critères d'appartenance à ce qui devient un « système juridique », et fournissent du même coup un indice certain de validité aux règles qu'elles visent. Les *règles de changement* établissent des mécanismes d'adoption, d'abrogation ou de modification des règles en vigueur. Et enfin les *règles de décision* habilent certaines autorités à résoudre d'autorité la question de savoir si une règle primaire a été transgressée; règles complétées elles-mêmes, dans un deuxième temps, par une seconde série de règles de décision, relatives cette fois à l'application des sanctions, qui deviennent ainsi l'objet d'un système public et centralisé, monopolisé par les juges (« monopole de la violence légitime », dira M. Weber)<sup>44</sup>.

Ici encore, comme c'était le cas pour la « double institutionnalisation », la théorie des normes secondaires demande à être recalibrée dans le cadre du droit contemporain. L'exercice fait apparaître une extension du champ des normes secondaires bien au-delà de ce qu'Hart en disait; il révèle aussi combien elles ont cessé d'être le monopole des autorités étatiques. Elles ont notamment pour objet d'habiliter les individus et les personnes morales à créer des effets de droit, à fonder et organiser des collectifs, à ester en justice; elles mettent en place des procédures complexes et tous les régimes de preuve; elles encadrent l'action administrative dans ses divers aspects; elles proposent des directives d'interprétation, des critères de validité dans le temps et l'espace, des exigences de qualité exigées des lois (efficacité, proportionnalité, subsidiarité,...) : soit les 1001 modalités d'organiser du droit contemporain en réseau.

### C. *Fonctions primaires et fonctions secondaires*

Toujours dans le même souci de rendre compte de la secondarité du droit, mais cette fois en vue de répondre à la question des rôles exercés par le droit, je propose, dans l'ouvrage, de regrouper les diverses fonctions du droit en deux catégories, primaires et secondaires, les premières concernant, pour faire bref, le rapport que le droit entretient directement avec la matière sociale, les secondes

<sup>44</sup> Sur tout ceci, *ibidem*, p. 120-123.

portant sur les rapports que le droit entretient avec lui-même (et seulement indirectement avec le social)<sup>45</sup>.

Les fonctions primaires consistent en un prélèvement, un reformatage et une consécration juridiques d'une normativité sociale elle-même primaire (cf. *supra*). Sous cet aspect, le droit exerce un rôle général de *pilotage* qui porte tantôt sur des normes, tantôt sur des valeurs. Dans le premier cas, je parle de *pilotage par encodage*: il s'agit de donner forme juridique (une forme qui s'autonomisera rapidement, on l'a vu) à différents types de normes sociales (morales, économiques, techniques, ...). Dans le second cas, je parle de *pilotage par ancrage*, dès lors qu'il s'agit de consacrer (parfois de sacraliser) un certain nombre de valeurs fondatrices de la société (d'où la référence à un ancrage stabilisateur). Envisagées non plus sur leur versant interne et juridique, mais externe et social, ces fonctions ont pour effet de guider les acteurs dans le premier cas, de les légitimer dans le second (dans la mesure, bien entendu, où leur comportement se conforme à ces valeurs).

Les fonctions secondaires regroupent, quant à elles, quatre sous-catégories: une fonction de *cadrage* (travail de définition, de qualification, d'institution conceptuelle), une fonction de *repérage* (travail d'identification des sources en vigueur et d'habilitation des acteurs créateurs de droit), une fonction d'*archivage* (travail de mise en mémoire et d'attestation des faits et des actes juridiques), et finalement une fonction d'arbitrage (travail de jugement et de mise en œuvre des sanctions).

Finalement, montant encore d'un cran en généralité, je montre que le droit, dans la mise en œuvre de ces différentes fonctionnalités, remplit deux macro-fonctions: (re)nouer des liens et fixer des limites – *tissage* et *bornage*, deux versants d'une fonction primordiale qui relève du *mesurage*. Tant qu'une relation sociale en reste à un niveau interne d'immanence, marqué par la simplicité et la mêmeté, il n'est pas nécessaire de fixer des limites et de tisser des liens. Ce n'est qu'avec la sortie de cette immanence et la prise en compte d'une socialité plus large que commence à se poser la question des bornes de l'action, des liens avec les autres acteurs et les autres champs, et que se fait valoir alors l'utilité d'une technique générale de mesurage que représente le droit.

Ainsi donc, le droit tisse des liens et fixe des limites; ce faisant, il est la mesure du social. Et ce, pour le meilleur et pour le pire – c'est que chacune de ces méta-fonctions de *mesurage*, *tissage* et *bornage*, est susceptible de divers *usages*; aussi faudra-t-il encore penser, sous l'égide du chiffre trois cette fois, les conditions d'un bon usage du droit (*infra*, III).

En pilotant l'action collective (*pilotage*), le droit en donne une première fois la mesure, en sélectionnant les comportements souhaités, fixant les interdits et nouant les liens pertinents; il le fait une seconde fois, à l'occasion du jugement par-

<sup>45</sup> F. Ost, *A quoi sert le droit?*, *op. cit.*, 224 s.

ticulier ou de la mesure administrative individuelle, en mesurant le cas à la règle. Ce mesurage prend, dans le premier cas, au plan général, la forme de l'*arpentage* (établir des proportions, tracer des rapports), et, dans le second cas, au plan particulier, la forme de l'*étalonnage* (vérifier une mesure particulière par rapport à un étalon général). Ainsi la rigidité relative de l'*arpentage* est-elle compensée, au niveau de l'application (qui ne manque pas, bien entendu, de rejaillir sur le premier), par la souplesse relative de l'*arbitrage* – jamais le cas ne se laisse simplement formater par la règle<sup>46</sup>, de sorte que l'*étalonnage* est tout sauf une opération mécanique.

P. Amselek s'est attaché à développer cette thèse du droit-mesure au double sens d'instrument de référence pour guider l'action, de modèle pour l'inspirer, et d'étalon ou moyen de référence pour juger du cas particulier<sup>47</sup>. Rappelant les étymologies de *nomos*, *regula*, et *norma*, trois termes se rapportant à la pratique de l'*arpentage*, Amselek définit la règle de droit comme « outil mental servant à donner la mesure du possible de l'agir humain, la marge de possibilité des agissements humains à l'intérieur desquels ils doivent se tenir »<sup>48</sup> – et l'auteur de citer, à l'appui de cette thèse, saint Thomas (« la loi est une certaine règle et mesure des actes ») et Th. Hobbes (« les lois sont les mesures des actions des sujets »)<sup>49</sup>.

Cette prise de mesure, entre des intérêts en compétition et des hommes qui « se mesurent », se décline sous la forme de la fixation des limites (bornage) et de l'établissement des liens (tissage).

Comminer des interdits est la plus ancienne des fonctions associées au droit – et ce bien avant que Moïse ne ramène du Sinaï le Tables de la loi. On sait que l'institution de l'humain passe par la reconnaissance des limites qui préservent le sujet de la folie de se croire tout-puissant ou, ce qui revient au même, l'auteur de la loi. Et on a déjà vu comment le droit, par le biais de la double institutionnalisation, et notamment par sa capacité d'*ancrage* dans ce socle fondateur, s'y entendait à reprendre à son compte ces interdits, quitte à les laïciser ou d'en permettre une interprétation plurielle.

Mais il faut montrer aussi combien ce rôle de limitation se déclinait sur un mode à la fois moins répressif et beaucoup plus large, sous la forme du *cadrage* que réalisait le droit par le jeu de ses définitions (dé-finir, c'est tracer des

<sup>46</sup> Cf. le numéro thématique de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014-73, *Penser par cas*, et les contributions de J. Van Meerbeeck (« Penser par cas... et par principes », p. 77s.) et F. Ost (« Penser par cas : la littérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique », p. 99s.).

<sup>47</sup> P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, p. 257 s.

<sup>48</sup> P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 62.

<sup>49</sup> Pour une analyse du droit comme « mesure » sous l'angle temporel (rythme, harmonie, tempo), cf. F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 333 s.

limites) et qualifications, chaque fois qu'il imposait ses conventions spécifiques, son mode propre d'institutionnalisation du réel.

Qu'il s'agisse donc d'interdire, ou tout simplement de définir, le droit fixe les bornes au sein desquelles le jeu est appelé à se jouer.

Enfin, il revient encore au droit d'établir toutes sortes de liens entre les entités définies: rapports entre les personnes et les choses, les sujets de droit et leurs actes, les sujets de droit entre eux, les gouvernants et les gouvernés, les collectifs privés ou publics. S. Gutwirth a raison lorsqu'il écrit que « le rôle du droit (*role of law*, plutôt que *rule of law*), est d'établir le *vinculum iuris*, le *missing link*: faire tenir les choses ensemble, alors même que tout se délite »<sup>50</sup>. Lien fondateur, au commencement; lien résiduel, connexion ultime, quand le conflit se déchaîne. Ré-enchaîner: *chaînage*, *tissage* – mais aussi *ravaudage*, et *réembrayage*<sup>51</sup>. « Le droit est une machine à réembrayer », écrit B. Latour<sup>52</sup>, alors que tant de raisons conduisent à déembrayer ou à caler. En termes médicaux, on pourrait parler de *pontage* (établir des circuits artificiels de dérivation en cas de blocage des circuits naturels) – le droit mobilisera par exemple une caution solidaire en cas de défaut du débiteur principal. L'important, dans tous ces cas, est que la dette circule, que le lien résiste, que de la communication passe encore.

Le lien juridique présente de multiples formes; il est notamment textuel, méthodologique, procédural. Textuel, il relie tous les textes juridiques, de la Constitution au plus modeste contrat privé, de la Convention des droits de l'homme au plus humble arrêté municipal. Le droit, comme le sang de l'organisme, circule dans tous ces canaux, les irriguant d'une signification qui se revitalise, se diversifie et se renforce à chaque passage. Immense intertextualité qui tout absorbe et tout recycle; savoir millénaire et cependant le plus actuel – *Cicéron, mon confrère*.

De ce réseau aux nœuds innombrables, le juriste est l'infatigable tisserand. Sa méthode consiste à nouer sans fin ce qui toujours menace de se délier. Les textes, bien entendu, mais aussi les engagements et leurs signataires, les actes et leurs comparants, les faits et leurs auteurs, les compétences et leurs titulaires. C'est le droit qui habilite X à exercer telle fonction, qui impute à Y la responsabilité de tel comportement, qui identifie le débiteur de telle charge, le bénéficiaire de tel privilège<sup>53</sup>. Fragiles et pourtant solides comme le fil de l'araignée, les liens juridiques ainsi tissés forment une toile invisible qui assure la continuité de la vie

<sup>50</sup> S. Gutwirth, « Providing the missing link: law after Latour's passage », in K. McGee (ed.), *Latour and the Passage of Law*, 2015, Edinburgh University Press.

<sup>51</sup> B. Latour utilise toutes ces métaphores (*La fabrique du droit*, Paris, Éditions La Découverte, 2002, p. 276, 298, 294).

<sup>52</sup> B. Latour, *Enquête sur les modes d'existence*, Paris, La Découverte, 2012, p. 368.

<sup>53</sup> En ce sens, cf. B. Latour, *La fabrique du droit*, *op. cit.*, p. 294 s.

sociale au moment où elle risque de se déliter, ou qui la fonde, à l'origine, lorsqu'il s'agissait de lancer des ponts dans le vide<sup>54</sup>.

Textuel et méthodologique, le *vinculum iuris* est encore (surtout?) procédural.

Il est cette progression tortueuse et pourtant obstinée que suit le procès depuis l'introduction d'instance jusqu'à la décision « coulée en forme de chose jugée », il est ce travail de traduction qui se fraie une voie, depuis les faits bruts jusqu'au dispositif juridique qui tranchera « en droit » – pour autant que le plaideur ait pu trouver la « voie de droit » qui convienne. Comme un explorateur force un passage, le juriste, ayant identifié le grief qui, juridiquement, fait tort (une prétention juridiquement codable), mobilise une action reconnue, invoque un « moyen » recevable, et finit par arracher un dispositif favorable. Avant que son adversaire, qui aura forcé un autre passage, invoqué un autre moyen, mis en œuvre une autre action, soit parvenu, en seconde instance, à convaincre le juge de la thèse opposée. Les moyens diffèrent, les arguments s'opposent, mais la procédure fait le lien, et aussi la commune référence au texte<sup>55</sup>. Qu'importe si la Cour de cassation met à néant la décision d'appel, si Strasbourg opine en sens encore contraire, et si la doctrine s'en mêle à son tour. C'est que le jeu n' a pas de fin, et déjà l'affaire A sert de précédent, ou de repoussoir, dans le dossier B qui se monte. Comme si chaque instance intéressait virtuellement toutes les causes à venir; comme si le justiciable qui jouait pourtant son va-tout dans ce procès n'était que le collaborateur involontaire et anonyme de l'infini procès du droit en mouvement.

Les aspects de ce tissage juridique sont innombrables. Au plan de l'identification des joueurs, c'est le droit qui authentifie les *lignages* (« nous t'avons donné un père et une mère », disaient les Lois à Socrate). Au plan de l'attribution des mises, c'est le droit qui opère les *partages* (partager c'est diviser, mais, plus fondamentalement, c'est faire prendre part au partage). Au plan des coups autorisés, les actes juridiques configurés par la loi et proposés aux joueurs, c'est le droit encore qui assure le chaînage, en revêtant de la force obligatoire les engagements contractuels (invocables devant un juge, ces contrats seront rendus exécutoires). Du lien encore, verbal et textuel sans doute, et pourtant aussi solide, disait Loysel, que ces jougs qui solidarisent les bœufs : « on lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles ». Des mots de droit, des mots consacrés, c'est-à-dire performatifs. Au plan des coups interdits, dommages civils et fautes pénales, le droit relie encore en ordonnant l'indemnisation qui égalise, la sanction qui compense – *ravaudage* approximatif, *rapieçage* symbolique, tout plutôt que la discontinuité.

<sup>54</sup> « Origine » et « vide » relatifs cependant, dès lors que, comme nous le savons, le droit est « second ».

<sup>55</sup> « Stupéfiant pontage qui greffe tout le droit sur une affaire minuscule », écrit B. Latour (*Enquête sur les modes d'existence, op. cit.*, p. 364).

Enfin, au plan le plus fondamental des buts du jeu (pourquoi joue-t-on?), le droit, par ses facultés d'*ancrage*, rappelle, lorsque le besoin s'en fait sentir, les valeurs qu'on s'est assignées (A. Garapon parle des juges comme des « gardiens des promesses ») – façon de relier la communauté juridique à son histoire propre. En ce sens, Dworkin décrit les juges, assurant la cohérence narrative de la lignée des précédents, comme des « conteurs moraux de la nation », auteurs d'un « roman à la chaîne ». Mais l'*ancrage*, c'est aussi une façon de résister aux courants et vents contraires, et, en ce sens, la fonction de liaison rejoint la fonction de *bornage* qui rappelle les interdits et les limites du jeu. Enfin, de tout cela, le droit assure l'*archivage*, ce qui est encore une façon de relier – au temps qui passe, cette fois.

#### **D. Usages positifs ou négatifs**

À ce stade de l'analyse (le passage du « un » au « deux », la question du tiers étant encore réservée), il n'est question, comme on s'en rend compte, que de fonctionnalités et non de finalités idéales. Il faut donc le répéter encore une fois : chacune des fonctionnalités que j'ai relevées est susceptible d'opérer au service du meilleur comme du pire, selon l'usage qu'en font les acteurs, et les finalités qu'ils assignent au droit.

Ainsi le *mesurage*, fonction première, peut tantôt s'entendre comme *forçage*, lorsqu'il est mis en œuvre par un pouvoir partial (roi faux monnayeur, partenaire léonin, juge vénal, administration corrompue), tantôt comme patient *équilibrage* (lorsque le droit poursuit une finalité de prise en compte de l'ensemble des intérêts pertinents). Aussi bien le *pilotage* juridique peut, selon les circonstances et les régimes, se comprendre comme troisième voie, juste milieu entre intérêts rivaux et forces en conflit, ou, au contraire, comme alignement pur et simple sur l'un de ceux-ci – la révélation religieuse dans les régimes théocratiques, les forces du marché dans un monde ultra-libéral. Le *bornage* peut se traduire, dans un contexte autoritaire et sécuritaire, par une avalanche d'interdits et l'érection de frontières qui sont des murs plutôt que des lieux de passage. Au contraire, en régime hyper-individualiste, la fonction de limitation s'effondre, la norme s'estompe, et toutes les bornes s'évanouissent – l'individu manque alors de « repères », comme on dit, et la violence menace. De même le *chaînage* peut se muer en enchaînement, ou, à l'inverse, si le lien s'avère trop lâche, en délitement et désaffiliation. La fonction d'*arbitrage* n'est pas non plus à l'abri de ces dérives – la littérature est pleine de témoignages de juges qui faussent les balances de la justice par excès de rigueur, ou, à l'inverse, par défaut de loyauté.

Rien ne garantit donc, à ce stade, que le passage au plan duel du juridique s'opère dans un souci de justice et une garantie de liberté. Seul le passage à la

puissance « trois », l'inscription sur la scène tierce, sera de nature à assurer ces propriétés émergentes.

### III. Du « deux » au « trois ». Un redoublement qui s'opère sous l'égide du tiers

À quoi sert le droit?... à compter jusqu'à trois. Cette réponse, sous ses allures de calembour, traduit un défi considérable. Sortir de l'unicité et de la mêmeté, et s'inscrire en régime duel représente déjà un enjeu de taille; quant à s'élever à la puissance trois, penser en trois dimensions, imaginer les parcours d'une troisième voie, c'est d'un improbable saut par-dessus ses propres épaules qu'il est question. Une révolution s'est opérée sur la généralisation du calcul binaire, celle de l'intelligence artificielle qui parvient à dire le monde en combinant le 1 et le 0. Une autre révolution, bien plus complexe, suppose la capacité de penser le monde social en articulant les rapports du 1 du 2 et du 3.

#### A. *Un détour anthropologique*

Cette thèse suppose un détour anthropologique, que je propose dans l'ouvrage (*Interlude. Quel homme pour quel droit?*)<sup>56</sup>; le détour anthropologique s'inspire de la « herméneutique du soi » de P. Ricoeur, et se base sur la « constitution symbolique de l'intersubjectivité » (la construction sociale de la relation) sous la forme de la « grammaire des pronoms personnels »<sup>57</sup>. Dans une démonstration lumineuse, Ricoeur explique que l'homme ne prend place dans la société, comme un sujet de droit libre et responsable, capable d'interaction et de prise de parole, et donc aussi capable d'initiative et susceptible de responsabilité qu'à la condition d'accéder, au-delà de la relation de face à face au « tu », à l'instance tierce du « chacun » et du « il » collectif. Je résume ici cette analyse, dont de nombreux traits recourent les intuitions dégagées dans la première partie de cette contribution.

Le « je » en est le point de départ: un être voudrait bien s'affirmer, se désigner comme un être unique, doué d'une identité stable; apparaître comme l'auteur, libre, de ses actes, le sujet de son histoire et de ses avatars, le responsable, digne ou indigne, de ses choix. Une prétention se fait valoir, une aspiration à être, une virtualité d'existence qui, à ce stade, encore solipsiste, ne sont assurées d'aucune réussite. Entre cette prétention et sa reconnaissance se devine l'écart de la faillibilité – le sujet en puissance est risqué au regard d'autrui. Comme l'explique

<sup>56</sup> P. 247 s.

<sup>57</sup> P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.

Ricoeur, pour se traduire en pouvoirs réels, ces « capacités » du sujet demandent la médiation de l'altérité<sup>58</sup>.

C'est le moment du « tu » – l'autre qui, dans le corps à corps ou le face à face, s'interpose entre le monde et le moi. On comprend alors que la prise de parole s'intègre dans une interlocution, et que l'agir prend place dans une structure d'interaction. Mais cette figure duelle de l'altérité pourrait encore se ramener à la fusion – séductrice ou violente, peu importe – quasi narcissique ; il pourrait bien, ce « nous », n'être qu'un « je » à deux, tant que ne sont pas dégagées les voies de passage de l'altérité à la pluralité. Ce point est, à vrai dire, tout à fait essentiel. Il s'agit, par l'autre, d'accéder à n'importe quel autre. Ou encore de distinguer l'autre comme toi (altérité) et l'autre comme tiers (pluralité). Ce dédoublement du toi, qui ouvre la voie à la troisième personne, le « il », donne une profondeur à la relation duelle : à l'immédiateté du passage à l'acte, il substitue la médiation réflexive à un autre que nous, l'instance tierce (jugement, raison) de l'institution.

Le « il » qui se fait valoir alors, au troisième temps de cette construction, n'est donc pas seulement n'importe quelle troisième personne qui s'interpose entre le « je » et le « tu », il est aussi le dédoublement réflexif du « je » et du « tu », ainsi que la référence au tiers institué de l'espace public. Ce « il » est tout à la fois le « chacun » de la pluralité anonyme, au-delà de la relation duelle, l'écart qui se creuse en moi et en toi en nous assurant la commune référence à une identité partagée, et, enfin, l'amorce de constitution d'une communauté politique (au-delà du clan familial) où, dans l'espace de la « publicité », peuvent s'articuler les premières prétentions à la justice par référence à une loi générale et abstraite - une loi qui ne vaut pas seulement par manière de privilège dans les relations de toi à moi, mais qui est susceptible d'être généralisée à tous les autres êtres disant « je ».

Que savons-nous déjà ? Au premier stade, celui du solipsisme, un « je » fait valoir sa prétention à l'identité et l'autonomie (liberté). Au second stade, celui de l'altérité, un « tu » s'interpose, reconnaissant les aspirations du « je » selon des modalités très variables, en fonction de sa propre ouverture au troisième moment du « chacun » impersonnel. À ce stade, celui de la pluralité, le « il » se fait valoir, qui donne accès à la médiation du jugement réflexif. Mais encore faut-il boucler la boucle et montrer l'action en retour de cette institutionnalisation progressive de l'intersubjectivité sur l'être qui dit « je ». Le voilà désormais « sujet réfléchi », capable de prendre distance à l'égard de lui-même, de se désigner au réfléchi comme « soi » - un « soi » qui est la forme réfléchie de tous les pronoms et qui présuppose la médiation de l'altérité : le « soi-même », explique Ricoeur, est désormais « comme un autre ».

<sup>58</sup> P. Ricoeur, « Qui est le sujet de droit ? », in *Le juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 33.

Pour le dire autrement, le voilà maintenant assuré de la réversibilité de l'usage des pronoms : comme moi, le « tu » auquel je m'adresse peut dire « je », tandis qu'à ses yeux, je suis un « tu » auquel il répond. Si comme moi, le « tu » est en mesure de dire « je », alors ce « tu » est un *alter ego* – lui aussi est une identité en attente de reconnaissance, une autonomie en instance d'interaction. Cette réversibilité de l'usage des pronoms est essentielle : elle a entre autres pour effet de dédramatiser les dissymétries qui marquent la plupart des interactions humaines : aussi puissant soit-il, le « tu » est engagé dans un échange dont la réciprocité ou l'interchangeabilité est la règle – comme si aucune position n'était absolue ou incontournable. Personne n'est assigné à un rôle unique, nécessaire et statique – ce que ne comprendra pas le héros kafkaïen toujours plus ou moins assigné à résidence, cloué sur place, adressataire d'« assignations » impératives qui ne vaudront que pour lui<sup>59</sup>.

Bien d'autres effets positifs découlent de l'intériorisation de la triade des pronoms. Les prétentions du « je » sont maintenant reconnues : le voilà capable de parler, d'agir, de raconter son histoire et de s'imputer la responsabilité de ses actes. Il accède désormais au langage commun, qui le précède et l'englobe sans doute, mais auquel il peut imprimer sa marque propre. Il prend ainsi sa place dans la famille et bientôt la communauté politique, car il en accepte les conventions de base. Confiant dans les fictions sociales, partageant les récits qui construisent la vérité du groupe, il s'engage sans trop de peine dans les interactions pratiques. Le voilà même capable de donner sa parole et de la tenir<sup>60</sup>. Bref, le voilà sujet de droit, bénéficiaire d'un statut de droits et d'obligations. Sa liberté, indéterminée et solipsiste à l'origine (robinsonienne), désormais informée de la loi du groupe, accède au niveau de la responsabilité.

Ainsi, en définitive, la monade de l'origine (le moi enfermé dans le fantasme de son illusoire toute-puissance) fait-elle progressivement place au sujet socialisé et responsable, aux yeux duquel les contraintes sociales, au premier rang desquelles la loi, n'apparaissent plus comme une insupportable violence ou une nécessité mécanique, mais comme une limite librement assumée, susceptible de me garantir moi-même autant que l'autre. Une fois encore, l'acquis essentiel de

<sup>59</sup> À comparer avec cette analyse de C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975, p. 417 : « il faut et il suffit que l'autre puisse signifier à l'enfant que personne, parmi tous ceux qu'il pourrait rencontrer, n'est source et maître absolu de la signification. En d'autres termes, il faut et il suffit que l'enfant soit renvoyé à l'institution de la signification, à la signification comme instituée et ne dépendant d'aucune personne particulière. [...] Le père n'est pas père s'il ne renvoie pas lui-même à la société et à son institution, s'il n'est pas signifié à l'enfant qu'il est un père parmi d'autres pères, qu'il l'est pour autant qu'il occupe une place qui n'était pas en son pouvoir de créer et présentifie pour l'enfant ce qui le dépasse lui-même à un degré infini ».

<sup>60</sup> Sur l'implication du sujet dans langage, sous la forme de la nécessité de « prendre la parole » et de la garantir (à la limite par serment, sacrement du langage), sur le lien donc entre performativité du langage et engagement du locuteur en première personne, cf. G. Agamben, *La sacrement du langage. Archéologie du serment*, trad. par J. Gayraud, Paris, Vrin, 2009, p. 110.

ce parcours est l'émergence de la scène du tiers qui fait médiation, précisément parce qu'il n'est pas seulement une troisième personne quelconque (dans ce cas il ne se distinguerait pas du tu, il deviendrait un « tu » dès qu'il entrerait en relation avec le « je »), mais la distance réflexive qui se creuse dans le « je » et le « tu », les référant, l'un et l'autre, à la tierce scène immaîtrisable, qui garantit à leur lien une nature autre que simplement pulsionnelle ou fonctionnelle. Le droit y contribue doublement; d'une part, et de la façon la plus visible, en mettant en place tout un appareil institutionnel, et d'abord le juge qui fait « tiers » entre les parties. D'autre part, de façon plus indirecte mais plus profonde, en invitant à traiter chacun, aussi proche soit-il, sur le mode du socius anonyme, qui se distingue tant du langage éthique de l'amitié et de l'amour, que de la logique politique qui oppose l'ami à l'ennemi (variante économique: le partenaire/le concurrent)<sup>61</sup>.

La logique horizontale de l'ami/ennemi ou du partenaire/concurrent dessine un monde plat, immanent, à deux dimensions seulement. Dans les meilleurs des cas, il peut provisoirement être pacifié par des contrats, des traités et des pactes. Mais, à défaut d'inscription verticale sur la scène tierce, rien ne garantit que ces conventions ne soient autre chose que la simple traduction d'un rapport de forces; rien surtout ne garantit que la parole donnée soit tenue, si l'intérêt, demain, s'y oppose<sup>62</sup>. Seule la référence à cet autre que la relation duelle est en mesure d'en métaboliser la violence potentielle. J'ai tenté de montrer ailleurs<sup>63</sup> que contrat et loi s'impliquaient mutuellement: un contrat sans loi (sans tiers transcendant) ne réussira pas à s'auto-fonder et donc se garantir; à l'inverse, une loi sans contrat (contrat social, alliance) n'est qu'insupportable violence, imposition unilatérale de volonté. À sa façon, cette dialectique redit la nécessité d'inscrire la relation juridique sous l'égide du tiers, ce qui est évident pour le contrat, mais doit être souligné pour la loi également (ramenée au seul « bon plaisir » du prince, imposée en-dehors de toute adhésion populaire, la loi n'a de juridique que l'apparence).

Le détour anthropologique nous ramène donc directement au droit. Il nous apprend que les limites, liens et mesures que le droit établit n'échappent à l'instrumentalisation des domaines primaires et des « je » hégémoniques » qu'à condition de s'inscrire eux-mêmes sous l'égide du tiers, dans la troisième dimension de l'indisponible, dans l'espace public d'une réflexivité virtuellement sans fin.

<sup>61</sup> C. Schmitt (*La notion de politique. Théorie du partisan*, Paris, Flammarion, 1992) voyait dans la distinction ami/ennemi l'essence même du politique.

<sup>62</sup> La théorie de l'*efficient breach of contract*, dans le cadre du courant *Law and Economics*, entend mesurer la valeur de la parole donnée à l'aune d'un bilan coûts-avantages: « un calcul d'utilité doit conduire à « autoriser un contractant à ne pas tenir sa parole s'il s'avère plus avantageux pour lui d'indemniser son co-contractant plutôt que d'exécuter le contrat » (A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015, p. 201). Cf. notamment R. Posner, « Let us never blame a contract breaker », in *Michigan Law Review*, vol.107, 2008-2009, p. 1343 s.

<sup>63</sup> F. Ost, *Du Sinaï au Champ-de-Mars. L'autre et le même au fondement du droit*, Bruxelles, Lessius, 1999.

La meilleure formule qu'on pourrait en donner est tirée du vieux droit de la procédure: *audiatur et altera pars*<sup>64</sup>, – *écoute l'autre partie également*. Le précepte est procédural et conditionne le débat contradictoire; plus fondamentalement, il dit la nature profonde du droit en l'enjoignant à nouer les deux bouts de l'humain, l'« autre partie » étant d'abord et déjà celle de la différence qui se creuse au sein du même. Le droit tout entier n'est pas autre chose que la mise en scène et en intrigue de ce débat toujours continué. Plus important encore: la structure ternaire de cette procédure. C'est que, si le 1 doit entendre le 2, c'est, sur la scène juridique, sous les auspices du tiers (la société, le juge) que l'épreuve s'opère. Ainsi, aux termes de cette fascinante arithmétique sociale, le 1+1 présuppose le 3 en même temps qu'il le reproduit. Voilà la propriété émergente, la logique contrefactuelle, le *bootstrapping* (saut par dessus ses propres épaules, ou auto-transcendance) auxquels le droit prête ses fonctionnalités quand il se met à l'écoute de l'humain. Le chiffre trois (ou l'institution du tiers) est comme la garantie que jamais le 1 ne se referme sur lui-même, ou que le 2 jamais n'absorbe le 1; le trois est la garantie que l'écart reste opérant, que la différence travaille, que la parole circule, que du nouveau (de l'événement, du projet, de l'histoire, du sens,...) soit encore à l'œuvre.

On sait combien ce projet est fragile et combien tenace est l'ambition des dirigeants de tous bords (clercs, experts, possédants,...) de brider cette praxis inventive, dont le droit est garant, au profit d'une programmation sociale assurée: depuis les fantasmes de la cité des rois philosophes de Platon jusqu'aux régulations technocratiques d'aujourd'hui (par les *big data* et les *nudges*, notamment), en passant par l'automate politique minutieusement décrit par Hobbes, c'est toujours le même rêve qui se reproduit: réduire à rien le risque de l'indéterminé et tracer avec assurance les chemins du devenir collectif. Un trait distingue immanquablement ces modèles: ils récuse la place structurale du tiers. Ce tiers qui n'est pas seulement le sage au-dessus des parties, le porte-parole de la loi; non, plutôt le tiers comme n'importe quelle troisième personne toujours possible, le +1 qu'il est toujours possible d'ajouter à la série et qui empêche de la boucler sur elle-même. *Tertium non datur*, le « tiers exclu », – voilà le signe par où se trahissent les logiques, nombreuses et variées, qui s'éloignent de l'*audiatur et altera pars* jusqu'à s'opposer radicalement à lui.

### **B. Trois finalités propres au droit**

La troisième partie de l'ouvrage, relevant d'une philosophie du droit normative, tente de dégager les finalités que le droit doit poursuivre s'il entend honorer ce programme<sup>65</sup>. Je suis arrivé à la conclusion qu'elles sont au nombre de trois – et j'ajoute immédiatement: trois finalités *dialectiquement liées*, l'une ne pou-

<sup>64</sup> Ou *audi alteram partem*.

<sup>65</sup> P. 329 s.

vant être pensée sans les autres, leur réunion seule répondant à la question des finalités du droit. Soit donc la formulation suivante: un ordre juridique susceptible d'accéder au niveau du tiers (1) définit un équilibre social général à vocation opératoire, (2) susceptible d'être imposé par une contrainte contrôlée génératrice de la confiance, et (3) de nature à être remis en cause, au moins dans une certaine mesure, dans le cadre de procédures déterminées.

Mon propos n'est pas, dans le cadre de cette contribution, de justifier ce choix, ni de développer les importantes implications des trois finalités. Mon objectif est plutôt de suggérer en quoi ces finalités, pour autant que dialectiquement liées (elles aussi ne sont satisfaisantes que pour autant que balancées), contribuent directement à la constitution de l'espace institutionnel du tiers.

### 1. Définir un équilibre social général

Soit la fonction générale de médiation ou d'arbitrage entre les différents intérêts sociaux qui se confrontent dans l'espace social.

La recherche de l'équilibre est consubstantielle au droit: la balance l'évoque, de même que le principe de proportionnalité qui domine le raisonnement juridique d'aujourd'hui comme d'hier; ce qui est droit, est d'équerre, comme le rappelle l'étymologie de la norme (*norma*, équerre). En son sens le plus primitif, le droit est mesure, balance, pondération. Entre toutes les prétentions qui lui parviennent, les intérêts qui réclament protection, les valeurs qui entrent en conflit, le droit arbitre, ou plutôt propose les instruments d'un arbitrage qui, sans ajouter un nouveau poids dans la balance (en ce sens, nous l'avons vu, le droit n'est pas une « cité », mais un « niveau »), assure la régularité de l'opération (il la hisse au « niveau » de l'*impartialité*: n'ayant pas de part propre à défendre, il peut assurer l'équilibre du partage)<sup>66</sup>. Au plan pragmatique de la gouvernance sociale, l'enjeu est de réaliser la coordination des actes et projets les plus diversifiés du plus grand nombre d'acteurs; au plan éthique, l'enjeu de cette prise en compte généralisée est la reconnaissance de l'individualité (et partant, de la dignité) du plus grand nombre de personnes.

Ces exigences sont devenues encore plus impératives aujourd'hui que hier, dès lors que les défis auxquels nos sociétés sont confrontées apparaissent sous forme de problèmes « indivisibles », ou encore « indéterminés », au sens où des

<sup>66</sup> Je rappelle encore une fois que les analyses menées dans cette Troisième partie relèvent d'une perspective normative; aussi l'objection selon laquelle le droit a évidemment une part à défendre, celle des intérêts socialement dominants, quoi que souvent exacte sur le plan constatif (on en revient alors à l'étude des usages du droit), n'a pas pour effet d'invalider la thèse défendue au texte: l'impartialité du droit tient à sa vocation normative et nourrit sa force symbolique qui explique, du reste, et cette fois sur le plan constatif, que le droit puisse servir à l'occasion d'arme d'émancipation des plus faibles (en ce sens, cf. M. Garcia-Villegas, *Les pouvoirs du droit. Analyse comparée d'études sociopolitiques du droit*, Paris, LGDJ – Lextenso éditions, 2015, p. 69 s.).

questions comme le développement, la sécurité, l'environnement relèvent simultanément de multiples logiques défiant « l'autonomie des différentes sphères d'intervention publique », appelant donc une coordination fine des instruments et objectifs juridiques. P. Duran, qui pose ce diagnostic, en appelle au droit dans ce contexte – un droit dont il souligne l'« importance de la médiation » et juge qu'il « demeure indispensable par la capacité de coordination dont il peut être porteur »<sup>67</sup>.

On pourrait dire que, dans cette fonction d'intégration sociale générale, le droit opère à la manière d'un dispositif de traduction, assurant la circulation entre les discours prévalant dans chacune des sphères spécialisées, et restaurant la communication chaque fois qu'elle menace de s'interrompre<sup>68</sup>. C'est dans ces termes que Habermas, dans son monumental *Droit et démocratie*<sup>69</sup>, s'attache à restaurer la portée normative du droit, à l'encontre d'une « sociologie fonctionnaliste et systémique... qui jette par dessus bord les derniers restes de normativisme... et s'avère incapable de saisir le sens qu'a le droit pour l'intégration sociale ». Le droit prend ici le relais du langage ordinaire dans son rôle de traducteur généralisé, en retraduisant dans son langage normatif propre les messages du monde vécu à destination des sous-systèmes spécialisés. Ce faisant, « le droit fonctionne en quelque sorte comme un transformateur qui empêche le tissu de la communication à l'échelle de la société dans son ensemble de se déchirer »<sup>70</sup>.

Se pourrait-il donc qu'au carrefour des différentes « cités » (au sens de Boltanski et Thévenot) le droit élabore des « compromis » susceptibles de surmonter leurs principes sectoriels? Nos auteurs ne le nient pas, mais affichent leur scepticisme à l'égard de ces compromis qui « renoncent à clarifier le principe de l'accord », et souffrent de fragilité d'apparaître comme « un assemblage sans fondement », dès lors qu'« il n'existe pas de cité de rang supérieur en laquelle les mondes incompatibles, associés dans le compromis, pourraient converger »<sup>71</sup>. Boltanski allait cependant modifier sa position de façon significative, dix ans plus tard, en affirmant cette fois que « le droit est le lieu même du compromis parce que, n'étant pas inscrit dans une cité particulière, mais conservant la trace des différentes définitions légitimes du bien commun, il est amené sans cesse à les travailler, c'est-à-dire à réduire les tensions entre les exigences hétérogènes qui composent sa trame »<sup>72</sup> – on ne saurait mieux dire, en effet.

<sup>67</sup> P. Duran, « L'(im)puissance publique, les pannes de la coordination », in *La puissance publique : Travaux de l'Association française de droit administratif*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 27-28.

<sup>68</sup> F. Ost, *Le droit comme traduction*, Québec, Presses de l'université de Laval, 2009.

<sup>69</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. par R. Rochlitz et Chr. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 64 s.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 70-71 ; et l'auteur de poursuivre : « ce n'est que dans le langage du droit que les messages à contenu normatif peuvent circuler à l'échelle de la société dans son ensemble. »

<sup>71</sup> L. Boltanski et L. Thevenot, *De la justification, op.cit.*, p. 408 et p. 338.

<sup>72</sup> L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, p. 500.

On comprend donc que les arbitrages et compromis construits par le droit ne doivent pas s'entendre comme d'une sorte de médiocre moyenne, qui ne manquerait pas d'être réductrice. Les concessions imposées, loin d'amputer les intérêts en présence, sont de nature à générer une dimension qui les transcende tous, les dépasse et les raffermis à la fois : l'intérêt général, ou le bien commun. Il faut savoir redécouvrir le mystère et l'énergie que recouvrent ces deux termes, aux apparences moralisatrices, et usés par des siècles d'emploi routinier. Quoi de plus improbable, cependant, quoi de plus vulnérable, qu'un intérêt *général*? Et pourtant comment imaginer une cité (une cité globale et pas seulement les « cités » sectorielles de Boltanski et Thévenot) sans l'accès, au moins en certaines occasions, à ce niveau tiers<sup>73</sup> ? Deux exemples importants devraient illustrer ce point. J'emprunte le premier à la pensée du contrat social par Rousseau, et le second aux finalités de la justice chez Ricoeur.

Comment se construit une cité? – telle est la question que réfléchit Rousseau et dont le contrat social constitue la réponse. Une réponse complexe, au demeurant, dès lors que jamais l'intérêt général ne surgirait du simple accord des volontés. Immanente aux intérêts en conflit, cette convention ne saurait ni les accommoder, ni les transcender, ni les garantir. Il faut y introduire une autre dimension, une profondeur métaphysique (je ne trouve pas d'autre mot)<sup>74</sup> – celle-là même qui va susciter le dédoublement de l'individu (égoïste) en citoyen (vertueux) et faire émerger la volonté *générale* qui est plus et autre chose que la volonté de tous, de sorte que la multitude désunie se mue en peuple souverain. Alors que la *volonté de tous* ne représente que la somme ou la moyenne des volontés individuelles, la volonté générale implique le dépassement ou la transformation de ces volontés individuelles, qui changent ainsi de niveau en devenant partie du tout – le tout de la cité qui dépasse et intègre en même temps. Lorsque ce « saut par-dessus ses propres épaules » réussit, le souverain apparaît à la fois intérieur et extérieur à chaque sujet (ce qui explique que, dans le contrat social, chacun contracte aussi avec lui-même) et l'obéissance à la loi est manifestation de liberté<sup>75</sup>. On est donc à cent lieues d'un moralisme béat du bien commun; c'est d'une condition de possibilité qu'il s'agit: sans cette construction sociale à deux niveaux, sans ce dédoublement et cette référence au tiers, il n'y a pas société politique (« cité »), mais simple agrégat voué à la poursuite d'intérêts particuliers.

J'emprunte mon second exemple d'exhaussement au niveau tiers de l'intérêt général à Paul Ricoeur et à sa célèbre analyse des deux finalités de la

<sup>73</sup> Pour une étude très inspirante de cette question dans la tragédie et la cité grecques (avec l'insistance sur le jeu des niveaux et le dépassement de soi sous forme d'auto-transcendance), cf. Y. Barel, *La quête du sens. Comment l'esprit vient à la cité*, Paris, Seuil, 1987.

<sup>74</sup> L. Boltanski, parle également dans ce contexte de « capacité métaphysique » par laquelle la liberté se dépasse elle-même (*L'amour et la justice comme compétences*, Paris, Éditions Métailié, 1990, p. 74).

<sup>75</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social. Ou principes du droit politique*, Paris, Bordas, 1972, p. 84.

justice. Au terme d'une sorte de phénoménologie du jugement, le philosophe en distingue une finalité courte « en vertu de laquelle juger signifie trancher, en vue de mettre un terme à l'incertitude », à quoi il oppose une finalité longue « à savoir la contribution du jugement à la paix publique »<sup>76</sup>. Dans le premier sens, l'« arrêt » met un terme à un débat, virtuellement interminable, par une décision qui deviendra définitive par l'écoulement des délais de recours et à l'exécution de laquelle la force publique prêtera son concours. Ce faisant, le juge aura rempli une première fonction : il aura attribué la part qui revient à chacun, en application du vieil adage par lequel les Romains désignaient le rôle du droit : *suum cuique tribuere*. Le juge aura attribué des parts ou rectifié les parts indûment accaparées par l'un ou l'autre – en un mot : il aura dé-partagé les parties. Il opère ainsi comme une institution essentielle de la société que J. Rawls présente précisément comme un vaste système de distribution de parts. En ce premier sens, juger c'est donc l'acte qui sépare, qui départage (en allemand, *Urteil*, jugement, est explicitement formé à partir de *Teil*, qui signifie la part).

Mais l'acte de juger ne s'épuise pas dans cette fonction séparatrice. S'il est vrai que, plus fondamentalement, il se produit sur un arrière-plan de conflit social et de violence larvée, il faut bien que le procès, et le jugement qui le clôture, poursuivent une fonction plus large, d'alternative institutionnelle à la violence, à commencer par la violence de la justice qu'on se fait à soi-même. Dans ces conditions, poursuit P. Ricoeur, « il apparaît que l'horizon de l'acte de juger, c'est finalement plus que la sécurité, *la paix sociale* »<sup>77</sup>. Pas seulement la pacification provisoire qui résulte d'un arrangement imposé par la loi du plus fort, mais une harmonie rétablie du fait qu'une reconnaissance mutuelle s'est produite : chacun des protagonistes, quel que soit le sort de son action, doit pouvoir admettre que la sentence n'est pas un acte de violence mais de reconnaissance des points de vue respectifs. À ce niveau, on s'est élevé à une conception supérieure de la société : non plus seulement un schème de distribution de parts, synonyme de justice distributive, mais la société comme schème de coopération : par la distribution, mais au-delà de celle-ci, par la procédure, mais au-delà de celle-ci, se laisse alors viser quelque chose comme un « bien commun », qui précisément fait lien social. Un bien, paradoxalement, fait de valeurs éminemment partageables. En ce point, la dimension communautaire a pris le relais de la dimension procédurale, incapable, à elle seule, de conjurer la violence. On pourrait évoquer ici l'exemple sud-africain des Commissions *Vérité et réconciliation* qui « tentent moins de juger l'histoire que de l'alléger des germes de ressentiment qu'elle garde en ses flancs et qui peuvent l'amener à se répéter »<sup>78</sup>. Qualifiées de justice « reconstructive »,

<sup>76</sup> P. Ricoeur, « L'acte de juger », in *Le juste*, Paris, Ed. Esprit, 1995, p. 185.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>78</sup> A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah, op.cit.*, p. 10.

ou encore « transitionnelle », ces procédures entendent sans doute préserver la mémoire et les droits des victimes, mais aussi et surtout garantir les conditions qui conjureront le retour du passé.

En résumé, le *partage* judiciaire, c'est tout à la fois l'attribution *de parts* (qui séparent) et ce qui nous fait *prendre part* à la même société, c'est-à-dire ce qui nous rapproche<sup>79</sup>. De la répartition surgit une propriété émergente, plus importante que la part qui échoit à chacun : la concorde rétablie, la coopération relancée.

## 2. *Imposer cet équilibre par la contrainte génératrice de confiance*

La deuxième finalité intrinsèque qu'il faut reconnaître au droit est d'assurer le caractère opératoire de l'équilibre défini en vertu de la première finalité ; il ne s'agit pas en effet ici de discussion académique mais de régulation concrète de groupes humains. Le compromis juridique a pour vocation d'avoir prise sur le réel et de guider effectivement les comportements. Sous cet aspect, le droit est indissociable de la contrainte : il doit pouvoir s'imposer, par la force s'il le faut. On devine cependant que le droit ne se distinguerait pas de la force nue et de la violence brutale s'il ne soumettait pas l'exercice de cette contrainte à une régulation susceptible de la soumettre au contrôle du tiers. L'évolution du droit, public principalement, se comprend dans ce sens comme un approfondissement constant de cette dissociation entre la personne du Prince qui détient le pouvoir et les prérogatives concrètes qui s'attachent à ce pouvoir. L'état de droit, ou le régime de *Rule of law* ne sont pas autre chose que cette imposition du tiers juridique au cœur de l'exercice de la contrainte et des jeux de pouvoir.

Ainsi, notre deuxième finalité que je retiens (imposition de la contrainte) est, elle aussi, susceptible de produire des propriétés émergentes (ici l'état de droit basé sur la confiance) dans la mesure où elle accompagne également le mouvement d'inscription sur la scène tierce. C'est que la contrainte qu'elle mobilise et la pacification qu'elle produit ne sont pas le résultat d'une force nue qui s'imposerait sans médiation. Dès lors au contraire que son *imperium* emprunte les formes et procédures du droit, en référence à des textes préétablis et des rôles institués, l'exercice de ce pouvoir est, par définition, sujet à limitations et à contrôle ; mieux : il ne s'exerce que dans le cadre de cette habilitation légale, de sorte que les gouvernants, qui ne sont jamais que des mandataires publics, demeurent eux-mêmes intégralement soumis au droit. En termes de constitution symbolique cela signifie que les ordres commandés par les « tu », ainsi que les éventuelles sanctions qui l'accompagnent, ne sont pas des ukases personnels, qui ne vaudraient que pour leurs destinataires (comme tous ceux dont les personnages de Kafka s'imaginent les victimes, de même que

---

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 191.

lui-même dans ses rapports à son père<sup>80</sup>), mais l'actualisation d'une législation attribuable au « il », dont les « tu » sont également les destinataires dès l'instant où ils se trouvent eux-mêmes dans la situation visée par la loi.

Un bénéfice supplémentaire se dégage de cette inflexion tierce de l'autorité : elle laisse entrevoir la possibilité d'une « permutation des positions » (tous peuvent, virtuellement, accéder aux positions de pouvoir) dès lors que cette autorité trouve son origine dans le respect du prescrit légal (le « il ») et non dans la détention d'une qualité personnelle (condition naturelle ou statut héréditaire). Platon et Rousseau, parmi tant d'autres, ont souligné cet immense avantage du règne des lois. Platon : « dans une cité où la loi règne sur les chefs et où les chefs se font les esclaves des lois, c'est le salut que je vois arriver »<sup>81</sup> ; Rousseau : « un peuple libre a des chefs et non des maîtres. Il obéit aux lois, mais il n'obéit qu'aux lois, et c'est par la force des lois qu'il n'obéit pas aux hommes »<sup>82</sup>. À l'inverse de la mère prieure de Bernanos qui prétendait garder la loi, en régime juridique, c'est la loi qui garde les hommes<sup>83</sup>.

### 3. Permettre une remise en cause de cet équilibre dans les formes

Une troisième finalité complète le dispositif : la possibilité ouverte de toujours remettre en cause, dans les formes et procédures légales cependant, les compromis définis. Je vise ici la « justiciabilité » des normes juridiques, l'aptitude à les soumettre à discussion, en quoi J. Carbonnier voyait, à juste titre, la caractéristique la plus essentielle du droit : « la possibilité d'une mise en question caractérise le mieux la norme juridique, une certaine nature interrogative. Ce qui est le propre du droit, c'est une mise en question organisée, une institution de contestation »<sup>84</sup>.

La faveur dont jouit la dimension « contestatrice » du droit contemporain – une certaine nature interrogative et comme toujours en suspens – doit se comprendre sur fond d'un contexte marqué par trois phénomènes enchevêtrés : une conception de la démocratie basée sur la dignité des individus plus que sur la souveraineté des États, une sérieuse montée en puissance des juges (et la perte corrélative du monopole du législateur dans la détermination de l'intérêt général),

<sup>80</sup> F. Kafka, « Un message impérial », in *Œuvres complètes*, t. II, trad. par A. Vialatte, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1980, p. 483 : « l'Empereur – dit-on – t'a envoyé, à toi en particulier, à toi, sujet pitoyable, à toi précisément l'Empereur a envoyé un message » ; ID., *Journal*, trad. par M. Robert, Paris, Grasset, 1994, p. 414 : « je suis justement en train de lire quelque chose sur ton cas », dit le légiste au moment où le commerçant vient le consulter ; ID., *Lettre au père*, trad. par M. Robert, Paris, Gallimard (Folio bilingue), 1995, p. 39 : « ou bien j'obéissais à tes ordres et c'était honteux puisqu'ils n'étaient valables que pour moi, ou bien... ».

<sup>81</sup> Platon, *Les lois*.

<sup>82</sup> J.-J. Rousseau, « Huitième lettre écrite de la montagne » (1764), in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », t. 3, 1966, p. 842.

<sup>83</sup> G. Bernanos, *Les dialogues des carmélites*, Paris, Seuil, 1949, p. 36.

<sup>84</sup> J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, p. 135.

et aussi l'importance croissante des instances et juridictions supranationales dans la production du droit – les trois phénomènes se renforçant du reste mutuellement.

Au principe de ces trois phénomènes : la prévalence reconnue aux droits de l'homme ; avec eux, le droit positif a intégré comme siennes les valeurs qui autrefois fournissaient l'outil de la contestation dont il faisait l'objet ; à la fois indéterminés dans leur contenu, et d'une portée qui ne cesse de s'étendre (notamment en raison de leurs exigences annexes, l'effectivité et l'égalité de jouissance), les droits de l'homme sont devenus un levier puissant de la remise en cause du droit positif, et particulièrement de la loi, dont la validité s'est précarisée et apparaît désormais conditionnée à leur respect.

Dans ce contexte, c'est particulièrement le développement des droits dits « procéduraux » qui est spectaculaire, ce qui ne manque pas de nourrir et renforcer la nature auto-interrogative du droit contemporain : doit à l'information (accès aux documents, transparence et motivation des décisions,...), à la participation, au recours – autant d'outils juridiques propres à notre troisième finalité, autant d'instruments de construction d'un espace public, de plus en plus transnational, au sein duquel se développe un usage public de la raison à partir des droits fondamentaux reconnus aux individus.

Tout se passe, dès lors, comme si le droit ménageait une seconde chance au débat, non plus au niveau supérieur de l'adoption de la loi, mais à l'échelle individuelle du dossier. Cette distinction des plans et des fonctions, qui n'a pas toujours été en vigueur et qui ne l'est pas partout (souvent une même assemblée était investie des deux fonctions, législative et exécutive, voire des trois : législative, exécutive et judiciaire), peut être tenue pour un progrès du droit. Comme si le droit, en fonction d'une logique réellement exponentielle, édifiait en permanence des scènes tierces, y compris à l'égard de ses propres institutions ; quelque chose comme une mise en scène constante, une « re-présentation », pour une mise en débat, de sa propre dramaturgie, un dédoublement de ses propres acteurs, comme s'ils étaient toujours tenus de répondre de leurs actions devant un contrôleur supérieur ou plus éloigné.

Dans tous ces hypothèses, ce qu'il convient de mettre en lumière et d'étudier, c'est l'écart, le jeu de l'écart, le caractère opératoire et productif que génère cette distance critique que le droit ne cesse de creuser à l'égard de lui-même. Ce qui est ainsi fortement souligné, c'est l'aptitude que manifeste le droit à l'auto-distanciation : une capacité réflexive qui se transforme parfois en procédure critique retournée contre lui-même. N'est-ce pas là le sens profond qui s'attache à l'adage romain que tout juriste devrait sans cesse garder à l'esprit : *summum ius, summa iniuria* – le droit poussé à bout, c'est le comble du tort ? Aussi J. Carbonnier

est-il bien inspiré d'écrire que « le droit est une machine à douter »<sup>85</sup>. C'est aussi ce qui lui fait écrire que l'exigence d'effectivité – une effectivité intégrale de la réglementation – est « excessive et dangereuse »<sup>86</sup>.

En s'inscrivant dans cette perspective, le droit relance, dans un sens possiblement émancipateur, les qualifications convenues et les épreuves de jugement, qui, si elles se cristallisaient définitivement, enfermeraient les personnes et les situations dans des scénarios intangibles et des hiérarchies aliénantes. Boltanski et Thévenot soulignent ce risque inhérent aux épreuves de jugement, et aux économies de grandeur qui les accompagnent dans les différentes « cités »<sup>87</sup>. Au regard de ce risque bien réel, il me paraît que le droit, en multipliant les procédures de recours et les mécanismes correcteurs de toutes sortes, en stimulant les controverses doctrinales, en réservant une place aux amendements conventionnels, en laissant toujours ouverte la porte des transformations législatives, multiplie les instruments susceptibles de redistribuer les cartes et de relancer le jeu. À cet égard me paraissent réductrices et trompeuses les analyses qui ne retiennent du droit que les fonctions de domination ; ainsi, lorsque M. Foucault écrit : « le système de droit et le champ du droit judiciaire sont le véhicule permanent des rapports de domination, de techniques d'assujettissement polymorphes ; le droit, il faut le voir, je crois, non du côté d'une légitimité à fixer, mais du côté des procédures d'assujettissement qu'il met en œuvre »<sup>88</sup>.

Sans doute, dialectique oblige, les « remises en cause » autorisées par le droit restent-elles relatives, et leur issue n'est jamais garantie ; selon les périodes et les lieux, il est certain que la finalité d'ordre et de contrainte a pu réduire les ouvertures contentieuses et critiques à peu de choses. Mais il est important de comprendre que, dans le régime que nous étudions (l'hypothèse favorable où le droit entend mobiliser ses fonctionnalités au service la justice et de la démocratie), le droit ne se réduit pas à un *rule by lam*, un usage instrumental au service du pouvoir ou de la planification, mais à un *rule of law* qui suppose toujours une distance entre l'utilisateur et l'outil, comme si le droit avait son autonomie et sa logique propre, susceptible de révision indépendamment des volontés de l'agent. Ce qui se laisse ainsi entrevoir, n'est autre chose qu'une certaine indisponibilité, une résistance à l'instrumentalisation de la scène tierce, et du bien commun dont elle est l'espace de construction. Dès lors qu'il permet, au moins dans une certaine mesure, l'exercice de recours à

<sup>85</sup> J. Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », in *Droits*, 11/2 « Définir le droit », PUF, 1990, p. 6.

<sup>86</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1971, p. 102. Un alignement complet du fait sur le droit traduit un régime policier ; à l'inverse, un alignement total du droit sur le fait prive le droit de son rôle transformateur et pédagogique.

<sup>87</sup> L. Boltanski et L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, op.cit., p. 431-433.

<sup>88</sup> M. Foucault, *Il faut défendre la société, Cours au Collège de France, 1975-1976*, Paris, Seuil, 2012, p. 24.

vocation « émancipatoire », le droit peut aussi être envisagé, contrairement à ce que soutenait Foucault, « du côté d'une légitimité à fixer ».

Les formes juridiques qu'emprunte la « remise en cause » sont extrêmement diversifiées : pétitions, débats parlementaires, révisions des traités, renégociation des contrats, recours en justice, contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité, revirements de jurisprudence, controverses doctrinales... Le droit accumule les techniques d'adaptation et correction de ses règles (sans même parler des ressources de l'interprétation, dont Carbonnier disait qu'elle était la forme élémentaire de la désobéissance) : la balance des intérêts, la mise en œuvre de principes généraux, les « accommodements raisonnables » au sens canadien (ménager des exceptions à une règle générale en faveur de certains groupes minoritaires si l'application de cette règle s'avère indirectement discriminatoire à leur égard), la « marge nationale d'appréciation » en droit européen, l'exception d'ordre public en droit international (qui suspend l'application de telle ou telle règle de droit étranger lorsque celle-ci aboutit à un résultat choquant en l'espèce), la théorie de l'abus de droit (qui refuse à un particulier le bénéfice d'un droit subjectif lorsque l'usage concret qu'il en réclame s'avère déraisonnable), les différentes théories jurisprudentielles réalisant une forme d'équité d'espèce (équité dont l'action est réelle, mais l'aveu rarissime)... les exemples sont innombrables.

À rebours de l'idée qu'on se fait de la rigidité de la dogmatique juridique et de la rigueur associée à la contrainte publique, il faut bien admettre que celles-ci accumulent les mécanismes de remise en question, et même parfois d'auto-neutralisation. Au-delà même des recours juridictionnels classiques et des débats parlementaires, tout se passe comme si le droit, à travers toutes ses branches, multipliait les correctifs, les possibilités d'exception, de dérogation ou d'atténuation de ses solutions, les techniques d'auto-neutralisation de ses options. Comme si, marqué par la réversibilité qu'on sait, il devait pouvoir, à tout moment, réviser sa trajectoire.

### **C. Contre-épreuves**

Encore faut-il, bien entendu, pour que ces recours, révisions et remises en cause échappent à l'instrumentalisation et ne déchoient pas de la scène tierce, qu'ils puissent s'exercer dans des conditions équitables. L'institutionnalisation progressive des conditions procédurales du « procès équitable » (sur le modèle des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme) illustre l'approfondissement de cette exigence. Avec le « procès équitable », une propriété émergente, une plus-value spécifiquement juridique s'affirme alors, donnant consistance à la scène tierce de la remise en cause, de la même façon que l'institution de l'état de droit constituait la plus value, ou la propriété émergente de la deuxième finalité (imposer le compromis par la contrainte), et que la production de compromis équilibrés re-

présentait la plus-value juridique de la première finalité (réaliser un arbitrage social général). Dans les trois cas, on le voit, l'enjeu est l'accès à la scène tierce.

Si le procès est biaisé, de même que si la force se substitue à la confiance au plan de la seconde finalité, ou encore si les arbitrages sont faussés au plan de la première, alors la traduction juridique de la relation sociale primaire (*supra*, II : le droit comme redoublement) ne sera pas vraiment arraché aux rapports de force ou d'intérêt qui y prévalent. Les contre exemples de ce type ne manquent hélas pas. Je songe par exemple au phénomène très répandu de la corruption.

Lorsque la loi ou un bénéfice publics sont monnayés, le droit déchoit de sa position tierce et les pouvoirs publics de leur impartialité, la clandestinité occulte la publicité, tandis que privilèges et passe-droits minent l'égalité devant la loi et les services publics<sup>89</sup>. Ce n'est plus de révision de la loi dont il est question, mais de dénaturation radicale : la chose publique se privatise, au moins pour le corrupteur, qui peut ainsi tirer profit de la contrainte légale sans acquitter le prix correspondant, qui, en revanche, continue à peser sur les autres. Il ne s'agit plus de « faire droit » à une juste revendication qui amende la loi, mais bien de monnayer un « passe-droit » qui brade la loi tout en donnant l'illusion de son maintien. Ce qui – *a contrario* – révèle l'importance de ce principe majeur dont parle Habermas et qui n'est pas souvent rappelé : le principe de séparation de l'État et de la société<sup>90</sup> : lorsque la loi (et aussi les avantages dispensés par les pouvoirs publics) sont trop directement à disposition des acteurs, dans le prolongement direct des forces sociales, aucun dispositif ne prévient les « court-circuits » entre intérêts privés et prérogatives publiques : entre pouvoirs privés et pouvoirs publics des circuits trop courts s'installent, imparfaitement médiés par le droit.

L'étude réalisée par O. Jouanjan de ce qui tenait lieu de droit sous le régime nazi révèle le passage à la limite de cette dénaturation<sup>91</sup>. Tous les caractères distingués dans les lignes précédentes s'y retrouvent sous forme inversée, accusant ainsi la nature « totalitaire » du régime – au sens propre, une logique totale, sans limite et sans altérité : l'intégrisme (la « part entière », le « un » et le « même ») poussé au paroxysme.

J'avais commencé par évoquer la finalité arbitrale du droit en soulignant sa position médiane au cœur de ce qui apparaissait comme un espace public : « le droit au milieu », garant de la circulation des choses, des idées et des personnes. Or, un des premiers traits que retiennent les analystes du *Troisième Reich*, c'est l'abolition de l'espace, garant du lien et de la distance entre les personnes : « en

<sup>89</sup> M. Borghi, P. Meyer-Bisch (éd.), *La corruption. L'envers des droits de l'homme*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg Suisse, 1995.

<sup>90</sup> J. Habermas, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 194.

<sup>91</sup> Je me réfère, dans les lignes qui suivent, à l'étude pénétrante et très documentée de O. Jouanjan, « Prendre le discours juridique nazi au sérieux ? », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2013-70, p. 1 s.

écrasant les hommes les uns contre les autres, la terreur détruit l'espace entre eux », écrit H. Arendt<sup>92</sup>.

Ce premier indice s'avère révélateur de l'abolition de toute une série d'autres espaces et distinctions, à vrai dire toutes celles que j'ai accumulées comme constitutives du droit finalisé au service de la justice et de la démocratie : séparation de l'État et de la société civile, du public et du privé, séparation des pouvoirs, distinction du droit et de la morale, du fait et du droit, des actes et des personnes. Du coup sont disqualifiées également toutes les constructions juridiques opérant médiation, telle la représentation, la fonction (distincte de la personne), la personnalité juridique, les droits subjectifs. Mais, bien entendu, ce « holisme » interne se paie d'une séparation radicale entre l'intérieur et l'extérieur, « eux » et « nous » – pire qu'une séparation, une exclusion nourrie par un fantasme permanent de purification, et enfin l'élimination de tous ceux que la communauté n'assimile pas.

Dès 1928, C. Schmitt avait plaidé l'opposition radicale entre politique de la représentation (qu'il rejette) et politique de l'identité<sup>93</sup> : d'un côté les dualismes et les médiations, de l'autre l'unicité de la communauté juridique, le peuple communiant dans le *Führerprinzip*. Celui-ci est adhésion inconditionnelle (il faudrait dire « adhérence » pour signifier l'écrasement de l'espace et aussi le vitalisme du régime) à la volonté du *Führer*, qui incarne, sans médiation aucune, la communauté du peuple (*Volksgemeinschaft*). Il ne suffit donc pas d'écrire, comme le fait M. Gauchet : « le *Führer* est à proprement parler l'expression du peuple »<sup>94</sup>, car cela supposerait encore une distinction entre eux, alors qu'il en est plutôt l'incarnation pure et simple – *Sie, mein Führer, sind das Volk* (Vous, mon *Führer*, vous êtes le peuple)<sup>95</sup>. L'idée même d'arbitrage et de construction de compromis en devient tout simplement impensable dès lors que c'est la prémisse de la pluralité des intérêts, des valeurs, des cités et sphères de justice qui s'est évaporée.

Dans ce contexte, celui d'un parti unique conduit par un chef incontesté, un « mouvement » inspiré par un « guide » (un des sens du mot *Führer*), toutes les « fonctions » (*amt*) sont réinterprétées dans un sens téléologique et personnel, au rebours de la vieille construction canonique des *deux corps du roi* à l'origine de son sens moderne de compétence dissociée de son titulaire et toujours soumise à des lois et des principes. Ici, la fin justifie les moyens, et la fin n'est autre que la volonté personnelle du *Führer*.

<sup>92</sup> H. Arendt, *Les origines du totalitarisme*, Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 2002, p. 820.

<sup>93</sup> C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, traduit par L. Deroche, Paris, PUF, Coll. « Léviathan », 1993, p. 342.

<sup>94</sup> M. Gauchet, *L'avènement de la démocratie III. À l'épreuve des totalitarismes (1914-1974)*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 2010, p. 480.

<sup>95</sup> Cité par O. Jouanjan, *loc. cit.*, p. 11.

Ce travail de déformalisation s'applique aussi au plus précieux : la personne humaine, dépouillée de la fiction de sa personnalité juridique (qui, on l'a vu, lui confère une dignité et un statut pour elle-même, en marge et au-delà de toutes ses inscriptions existentielles dans des sphères primaires), et reconduite à son appartenance concrète à la communauté. K. Larenz, par exemple, entendait remplacer l'abstraction de la personnalité juridique par le « concept universel-concret » qui « vise la position en tant que membre de la communauté »<sup>96</sup>. Il s'agit, en somme, de « démasquer » les individus (leur ôter la *persona*), et de débusquer ainsi « ennemis de l'intérieur » et « parasites » qui vivent sur le dos du corps social sans en faire partie. D'où l'acharnement sur la figure du Juif censé occuper, par nature, cette position subversive, et dont il s'agit de purifier la société : l'étoile jaune les identifiera dans un premier temps, l'exclusion interne les neutralisera dans un deuxième temps, avant que la solution finale ne les élimine définitivement. Comme si le projet totalitaire ne pouvait s'entretenir que de la réactivation quotidienne de cette entreprise d'exclusion. Le Juif Shylock, déjà marqué d'une étoile, en avait anticipé le sort tragique dans *Le marchand de Venise*, lui qui, sorti de son *ghetto* (mot d'origine vénitienne désignant le vieux quartier de la fonderie où ils étaient relégués), ne faisait qu'exiger le respect de son titre juridique aux marges de la brillante société vénitienne ; de même que K., l'infatigable arpenteur du *Château*, qui n'y trouvera jamais droit de cité, alors qu'il ne prétendait qu'y exercer son métier : prendre des mesures. Mais il est vrai que les mesures et les titres juridiques n'ont pas de place dans un monde sans espace, sans limites et sans altérité.

Finalement, on peut noter encore qu'en régime nazi, l'idée de justice fait place à une police sanitaire fondée sur un naturalisme au premier degré : défense de la pureté de la race, élimination des parasites, conquête de l'espace vital. Le droit, écrit O. Jouanjan, se transforme en « grande police de la vie », et les distinctions disparaissent entre le biologique et le moral, la vie du « sang » et la vie de l'« esprit »<sup>97</sup>. Dans cet ordre « concret » et total, c'est la normativité juridique – et aussi, hélas, les personnes, qui disparaissent<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Cité par O. Jouanjan, *loc. cit.*, p. 16.

<sup>97</sup> *Loc. cit.*, p. 20-22.

<sup>98</sup> Faute de place je ne développe pas ici l'exemple de la régulation contemporaine à partir des *big datas*. Par bien des côtés, et notamment par son alignement sur l'évidence factuelle et son estompage du normatif, cette régulation rejoint les analyses que O. Jouanjan consacre au droit nazi (F. Ost, *A quoi sert le droit ?, op. cit.*, p. 305 s.).

## CONCLUSIONS

« Qu'est-ce qui change lorsque deux individus décident de passer au droit? » – telle était ma question de départ. Le droit, ai-je répondu, met alors ses fonctionnalités (mesurage, bornage et tissage) au service de la relation sociale primaire. Un redoublement s'opère, fonctionnellement opératoire, mais rien ne garantit encore que cette formalisation traduise un souci de justice, ou conforte la liberté, l'égalité, la dignité des protagonistes. Il faut pour cela que cette juridicisation s'inscrive elle-même sur un plan supérieur, ce que j'ai appelé la scène tierce. La construction progressive de l'état de droit et du procès équitable en sont des manifestations parmi les plus remarquables.

Mais cette montée du « un » au « deux », et du « deux » au trois » est une opération instable dont rien ne garantit la pérennité, même si elle s'inscrit dans des institutions et se grave dans le marbre des constitutions. À tout instant la régression menace, lorsque le « deux » de l'instance technique est directement instrumentalisé par le « un » de la relation sociale primaire et les moins scrupuleux de ses acteurs. Une boucle négative se met alors en place, de sorte que, loin d'apporter une plus-value, le droit, en prêtant ses formes, sa légitimité et sa contrainte à un pouvoir nu, aggrave le déficit de justice de la situation. Cette fragilité révèle la nature normative du droit, qui est à la fois sa force et sa faiblesse : il s'inscrit dans l'ordre de ce qui est souhaitable, et non dans le registre déterminé de ce qui est réel. Il relève de la valeur et non pas seulement du fait. Aussi bien entretient-il à juste titre une méfiance critique à l'égard de lui-même : *summum ius, summa iniuria*.

Ceci me suggère une dernière remarque, essentielle. Le tiers dont il est question tout au long de cette étude, quel visage, quel contenu lui donner? La question est légitime, et pourtant il faut savoir résister à la tentation de remplir ce qui doit rester une place vide. Le tiers dont il est ici question opère comme une référence structurale, un opérateur dialectique qui empêche le « un » ou le « deux » de se refermer sur eux-mêmes. Lui prêterait-on tel ou tel message, le mobiliserait-on au service de telle vérité, l'embrigaderait-on sous la bannière de telle ou telle cause, qu'on le ferait instantanément déchoir de la position transcendante et indisponible qui est la sienne.

*TABLE GÉNÉRALE DE L'ANNÉE 2016*



## TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

---

### RRJ 2016-1

Maxime RENAUDIE, <b>Entre critique juridique et critique du droit</b> <i>Retour sur l'analyse doctrinale des réformes universitaires françaises</i> .....	13
Renan LE MESTRE, <b>Une justice politique sous un ciel étoilé : la Court of Star Chamber, juridiction gouvernementale d'exception, en Angleterre, sous le règne des Tudors et des Stuarts</b> .....	55
Christiane DEROBERT-RATEL, <b>Le docteur Maurice Kowler (Bucarest, 1876 – Marseille, 1956)</b> <i>Un oto-rhino-laryngologiste à l'existence douloureusement marquée par l'antisémitisme</i> .....	83
Clovis CALLET, <b>Le sort des baux conclus par l'acquéreur d'un bien dont la vente est résolue</b> .....	115
Guillaume GRUNDELER, <b>La preuve du non-paiement d'une somme d'argent</b> .....	143
Clémence MOULY-GUILLEMAUD, <b>Quand le silence vaut acceptation, la circonstance n'est plus affaire de temps</b> .....	161
Adrien TEHRANI, <b>La courtoisie en droit privé</b> .....	185
Denys MAS, <b>La demande définitivement rejetée</b> <i>Réflexions intempestives d'un artisan du droit sur l'article 2243 du code civil</i> .....	215
Francis Riche BILONG NKOH, <b>Le silence : fait générateur ou exonérateur de responsabilité civile</b> .....	245
Patrick MOZOL, <b>L'élargissement du référendum local aux projets de décision des EPCI à fiscalité propre : une réforme envisageable ?</b> .....	277
Marcel SOUSSE, <b>L'abus de faiblesse commis par la puissance publique en matière économique</b> .....	299
Patrice S.A. BADJI, <b>La stabilité du droit contractuel civil et commercial sénégalais</b> <i>Une analyse à la lumière du droit français</i> .....	337
Dieunedort NZOUABETH, <b>Regard critique sur la procédure collective internationale dans le droit OHADA</b> .....	367
Guy Blaise DZEUKOU, <b>L'infraction d'abandon de foyer et l'ambiguïté du motif légitime en droit camerounais</b> .....	399
Patrick Juvet LOWE GNINTEDEM, <b>Pluralisme juridique et accès à la propriété foncière en Afrique : réflexion sur la persistance de la coutume à partir de l'expérience camerounaise</b> .....	413

Siméon Patrice KOUAM, <b>La codification du statut personnel en Afrique noire francophone</b>	
<i>Vers un droit international privé commun ?</i> .....	439
Mathieu JEAN-BAPTISTE-ALTBUCH, <b>Conflits de conventions internationales: la doctrine internationaliste et le principe d'égalité des traités</b> .....	517

## RRJ 2016-2

Nada KFOURI KHOURY, <b>Droit et expressivité: paradoxe ou réalité?</b> .....	557
Caroline BOUIX, <b>Le nouvel article 1221 du Code civil et la force obligatoire du contrat</b> .....	571
Pierre-Emmanuel AUDIT, <b>Les conditions relatives à la créance dans l'exercice de l'action oblique</b> .....	583
Marie Alice CHARDEAUX, <b>Les définitions légales en droit des biens</b> .....	615
Aurélien BAMDÉ, <b>Pour une approche renouvelée du statut des droits sociaux en régime de communauté</b> .....	637
Richard DESGORCES, <b>Le titre préliminaire du code civil de lege ferenda</b> <i>Étude à partir de l'article du Doyen Cornu, « réflexions sur une hypothétique révision du titre préliminaire du code civil »</i> .....	659
Thierry TAURAN, <b>La désignation du bénéficiaire en assurance-vie</b> <i>Les précieux éclairages de la jurisprudence</i> .....	687
Valérie DOUMENG, <b>L'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés: quelles spécificités?</b> .....	707
David NOGUÉRO, <b>Provocation à la réforme de la prescription biennale au sujet de l'article R. 112-1 du code des assurances</b> <i>Au-delà d'un nouvel arrêt de la Cour de cassation</i> .....	725
Sophie LE GAC-PECH, <b>Réflexions sur la proportionnalité de la sanction</b> ..	755
Thomas M'SAÏDIÉ, <b>L'évolution institutionnelle de Mayotte: les raisons et les solutions</b> .....	791
Mathieu JEAN-BAPTISTE-ALTBUCH, <b>Conflits de conventions internationales: un progrès dans les solutions encore incertaines des juridictions françaises</b> .....	817
Dieudonné SOWENG, <b>Plaidoyer pour une consécration de la faute lucrative en droit camerounais de la publicité commerciale</b> .....	851
Sylvette GUILLEMARD, <b>La réforme du Code de procédure civile du Québec: quelques originalités</b> .....	875

<b>Léonard LEMO, Le caractère d'ordre public des règles de compétence relatives à la juridiction de l'exécution en matière de saisies mobilières en droit OHADA</b>	
<i>Réflexion à la lumière du droit français</i> .....	891
<b>Léon HOUNBARA KAOSIRI, Les interférences processuelles de la Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun</b> .....	913
<b>Doreid BECHERAOU, Le requérant lésé du fait des actes administratifs et le recours pour excès de pouvoir en droits français et libanais</b> .....	935

### RRJ 2016-3

<b>Norbert ROULAND, Vous avez dit droit romain ?</b> .....	983
<b>Marcel SINKONDO, Les droits identitaires de l'État et des personnes humaines à l'épreuve des réalités de la puissance étatique et de la théorie de la fédération</b> .....	991
<b>François-Xavier ROUX-DEMARE, Réflexions pour une légalisation de la gestation pour autrui en droit français</b> .....	1017
<b>Dyaâ SFENDLA, Les difficultés procédurales posées par l'autorisation judiciaire de vendre un bien indivis</b> .....	1033
<b>Chloé DUFRAISSE-CHARMILLON, La fraude à la prescription extinctive (Regard de droit judiciaire privé)</b> .....	1057
<b>Véronique TELLIER-CAYROL, Étude critique de la transmission des circonstances aggravantes au complice</b> .....	1069
<b>Émilie TABARAUD, L'absence, source de conflit temporel entre la présomption légale et la réalité biologique</b> .....	1097
<b>Corine DAUCHEZ, Pour une théorie générale des sûretés</b> .....	1121
<b>Caroline VANULS, La réforme de la contestation de l'expertise CHSCT</b> .....	1151
<b>Frédéric COLIN, La confrontation dans le cadre du contradictoire en droit administratif</b> .....	1175
<b>Emmanuel-Pie GUISELIN, Les régimes électoraux des universités fauriennes et des COMUE : entre maturation et maturité</b> .....	1191
<b>Urbain NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, La place des contrats verbaux dans l'action administrative</b> .....	1221
<b>Jean-Marie PONTIER, Droit administratif, juge administratif : une imposture ?</b> .....	1243
<b>Anthony NAH TETINWE, Balancing Competing claims of Indigenous Rights into Reality and the Exploitation of Natural Resources : Case study of the Baka People in the East Region of Cameroon</b> .....	1283

Benjamin BOUMAKANI, <b>Droits réels et propriétés des personnes publiques à l'aune du droit de l'OHADA</b> .....	1307
Renan LE MESTRE, « <b>Si les hommes étaient des anges, si les anges avaient à gouverner les hommes</b> » : le droit de veto du président des États-Unis .....	1335
René KIMINO, <b>L'OHADA et l'intégration des droits de propriété intellectuelle de l'OAPI: de l'art d'intégrer des droits intégrés</b> .....	1363
Éric Aristide MOHO FOPA, <b>L'intérêt commun dans le contrat d'agence commerciale OHADA</b> .....	1393
George KELESE NSHOM, <b>The Protection of Employees' Financial Rights under OHADA Insolvency Law</b> .....	1411

#### RRJ 2016-4

Régis LANNEAU, <b>Quand Buchanan rencontre Duguit, repenser le service public à travers l'analyse économique</b> .....	1447
Norbert ROULAND, <b>La morale à l'épreuve de la diversité culturelle</b> .....	1483
Boris BARRAUD, <b>Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit</b> .....	1499
Christian BYK, <b>Droit et complexité: l'exemple du bio-droit</b> .....	1537
Sandrine DRAPIER, <b>La révision du contrat pour imprévision: un seuil de perfection a définir</b> .....	1571
René KIMINO, <b>Propriété littéraire et artistique de l'OAPI: une uniformisation inutile ?</b> .....	1585
Yassila OULD AKLOUCHE, <b>Les couples et le droit de la protection juridique</b> .....	1613
Catherine TIRVAUDEY, <b>Les modes alternatifs de règlement des différends: complémentarité ou interchangeabilité ?</b> .....	1641
Christian JUBAULT, <b>Réflexions sur la place du Ministère public et des nouveaux procureurs dans le procès civil, à l'aune de principes directeurs de la procédure civile</b> .....	1665
Franck LAFFAILLE, « <b>Mon sang retombera sur le parti</b> » <i>Le système partitocratique italien vu Par le prisonnier Aldo Moro</i> .....	1709
Patrick MOZOL, <b>La participation du public en matière environnementale dans l'ordonnance du 3 août 2016: entre continuité et nouveauté(s)</b> .....	1725
Hervé ARBOUSSET, <b>Regard d'un publiciste sur les victimes d'actes de terrorisme</b> .....	1753
Fabien BOTTINI, <b>La vie république: fausse solution à de vrais problèmes ?</b> .....	1777

<b>D. Medwis AL-RASHIDI, Does JASTA Violate or Validate International Law?</b>	
<i>A Tentative Reply With Special Reference to the KSA's Reaction to JASTA</i> .....	1791
<b>Renan LE MESTRE, L'ombre de Dicey ou les conditions restrictives d'engagement de la responsabilité extracontractuelle des autorités publiques au Royaume-Uni</b> .....	1811
<b>Chloé CARDILLO, Regards croisés sur le contrôle de constitutionnalité des lois pénales <i>a posteriori</i> en France et au Canada : Vers un contrôle diffus convergent?</b> .....	1841

### RRJ 2016-5

Jean-Yves CHÉROT, <b>Éloge de la théorie</b> .....	1891
<b>Idris FASSASSI, Le désaccord sur le concept de retenue judiciaire devant la Cour suprême</b> .....	1909
<b>Loïc AZOULAI, Culture de l'argumentation et déconstruction du désaccord dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne</b> .....	1935
<b>Mathieu DEVINAT, Réflexion sur la narration judiciaire dans les jugements de la Cour suprême du Canada</b> .....	1949
<b>Frédéric ROUVIÈRE, L'objectivité du droit dans les cas de désaccord persistant sur le droit entre juges</b> .....	1959
<b>Stefan GOLTZBERG, Confusion de concepts, concepts essentiellement contestés et définition</b> .....	1979
<b>Franck HAID, En marche derrière Hart...</b>	
<i>Retour sur les désaccords générés par l'imprécision terminologique des textes normatifs</i> ...	1989
<b>Olivier THOLOZAN, Les communautés interprétatives et la liberté constitutionnelle française d'entreprendre</b> .....	2003
<b>François OST, À quoi sert le droit?... à compter jusqu'à trois</b> .....	2023



## TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

---

Abandon de foyer, 399  
Abus de faiblesse, 299  
Accès à la propriété foncière, 413  
Accord, 1883  
Actes administratifs, 935  
Action  
- administrative, 1221  
- oblique, 583  
Aldo Moro, 1709  
Antisémitisme, 83  
Article  
- 1221 du Code civil, 571  
- 2243 du Code civil, 215  
- R. 112-1 du code des assurances, 725  
Assurance-vie, 687  
Autorité parentale, 707  
  
Baux, 115  
Bien indivis, 1033  
Bio-droit, 1537  
  
*Cameroon*, 1283  
Circonstances aggravantes, 1069  
Concept de retenue judiciaire, 1909  
Code de procédure civile (Québec), 875  
Complice, 1069  
COMUE, 1191  
Conflits de conventions internationales, 517, 817  
Conflit temporel, 1097  
Contestation de l'expertise CHSCT, 1151  
Contrats verbaux, 1221  
Contrôle de constitutionnalité, 1841  
Couples, 1613  
Cour de justice de l'Union européenne, 1935  
Cour suprême du Canada, 1949  
*Court of Star Chamber*, 55  
Courtoisie, 185  
Coutume, 413

Créance, 583

Critique

- juridique, 13

- du droit, 13

Définitions légales, 615

Désaccord, 1883, 1909, 1935, 1959, 1989

Diversité culturelle, 1483

Droit, 557, 2023

- administratif, 1175, 1243

- camerounais, 399

- camerounais de la publicité commerciale, 851

- contractuel civil, 337

- de la protection juridique, 1613

- de propriété intellectuelle, 1363

- de veto du président des États-Unis, 1335

- des biens, 615

- français, 935

- international privé, 439

- libanais, 935

- privé, 185

- romain, 983

- réels, 1307

- sociaux, 637

Engagement de la responsabilité extracontractuelle des autorités publiques (Royaume-Uni), 1811

EPCI, 277

*Exploitation of Natural Resources*, 1283

Expressivité, 557

Faute lucrative, 851

Force obligatoire du contrat, 571

Fraude à la prescription extinctive, 1057

Gestation pour autrui (légalisation), 1017

Imprévision, 1571

*Indigenous Rights*, 1283

*International Law*, 1791

JASTA, 1791

Juge administratif, 1243

Liberté constitutionnelle française d'entreprendre, 2003  
Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 (Cameroun), 913  
Lois pénales, 1841

Maurice Kowler, 83

Mayotte, 791

Ministère public, 1665

Modes alternatifs de règlement des différends, 1641

Morale, 1483

Non-paiement, 143

OAPI, 1363, 1585

OHADA, 367, 891, 1307, 1363, 1393, 1411

Ordonnance du 3 août 2016, 1725

Puissance publique, 299

Pluralisme juridique, 413

Preuve, 143

Présomption

- légale, 1097

- biennale, 725

Procès civil, 1665

Procédure

- civile, 1665

- collective internationale, 367

Proportionnalité de la sanction, 755

Propriété littéraire et artistique, 1585

Réalité biologique, 1097

Recours pour excès de pouvoir, 935

Référendum local, 277

Régime de communauté, 637

Responsabilité civile, 245

Recours pour excès de pouvoir, 935

Service public, 1447

Silence, 161, 245

Sources du droit, 1499

Statut personnel, 439

Système partitocratique italien, 179

Théorie générale des sûretés, 1121

Titre préliminaire (code civil), 659

Victimes d'actes de terrorisme, 1753

## **TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS**

---

AL-RASHIDI D. Medwis, 1791

ARBOUSSET Hervé, 1753

AUDIT Pierre-Emmanuel, 583

AZOULAI Loïc, 1935

BADJI Patrice S.A., 337

BAMDÉ Aurélien, 637

BARRAUD Boris, 1499

BECHERAoui Doreid, 935

BILONG NKOH Francis Riche, 245

BOUIX Caroline, 571

BOUMAKANI Benjamin, 1307

BOTTINI Fabien, 1777

BYK Christian, 1537

CALLET Clovis, 115

CARDILLO Chloé, 1841

CHARDEAUX Marie Alice, 615

CHÉROT Jean-Yves, 1883, 1891

COLIN Frédéric, 1175

DAUCHEZ Corine, 1121

DEVINAT Mathieu, 1949

DEROBERt-RATEL Christiane, 83

DESGORCES Richard, 659

DOUMENG Valérie, 707

DRAPIER Sandrine, 1571

DUFRAISSE-CHARMILLON Chloé, 1057

DZEUKOU Guy Blaise, 399

FASSASSI Idris, 1909

JEAN-BAPTISTE-ALTBUCH Mathieu, 817

JUBAULT Christian, 1665

GOLTZBERG Stefan, 1979

GRUNDELER Guillaume, 143

GUILLEMARD Sylvette, 875

GUISELIN Emmanuel-Pie, 1191

- HAID Franck, 1989  
HOUNBARA KAOUSSIRI Léon, 913
- JEAN-BAPTISTE-ALTBUCH Mathieu, 517
- KELESE NSHOM George, 1411  
KFOURI KHOURY Nada, 557  
KIMINOU René, 1363, 1585  
KOUAM Siméon Patrice, 439
- LAFFAILLE Franck, 1709  
LANNEAU Régis, 1447  
LE GAC-PECH Sophie, 755  
LE MESTRE Renan, 55, 1335, 1811  
LEMO Léonard, 891  
LOWE GNINTEDEM Patrick Juvet, 413
- M'SAÏDIÉ Thomas, 791  
MAS Denys, 215  
MOHO FOPA Éric Aristide, 1393  
MOULY-GUILLEMAUD Clémence, 161  
MOZOL Patrick, 277, 1725
- NAH TETINWE Anthony, 1283  
NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ Urbain, 1221  
NOGUÉRO David, 725  
NZOUABETH Dieunedort, 367
- OULD AKLOUCHE Yassila, 1613  
OST François, 2023
- PONTIER Jean-Marie, 1243
- RENAUDIE Maxime, 13  
ROULAND Norbert, 983, 1483  
ROUVIÈRE Frédéric, 1959  
ROUX-DEMARE François-Xavier, 1017
- SFENDLA Dyaâ, 1033  
SINKONDO Marcel, 991  
SOUSSE Marcel, 299  
SOWENG Dieudonné, 851

TABARAUD Émilie, 1097  
TAURAN Thierry, 687  
TEHRANI Adrien, 185  
TELLIER-CAYROL Véronique, 1069  
TIRVAUDEY Catherine, 1641  
THOLOZAN Olivier, 2003  
  
VANULS Caroline, 1151

Composition et mise en page :  
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE  
Caroline PY

Conception et réalisation de la couverture :  
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE  
Cédric HAMEL  
Sylvia ROGER

Impression :  
SERVICE IMPRIMERIE  
UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

---

DÉPÔT LÉGAL – 3<sup>e</sup> Trimestre 2017