CAIRN.INFO
CHERCHER, REPÉRER, AVANCER

ESQUISSE D'UNE THÉORIE DES OUVERTURES INTERDISCIPLINAIRES ACCESSIBLES AUX JURISTES

Hugues Dumont, Antoine Bailleux

Editions juridiques associées | « Droit et société »

2010/2 n° 75 | pages 275 à 293

ISSN 0769-3362
ISBN 9782275028309

Article disponible en ligne à l'adresse :

https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2010-2-page-275.htm

Pour citer cet article :

Hugues Dumont, Antoine Bailleux« Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société* 2010/2 (n° 75), p. 275-293.

Distribution électronique Cairn.info pour Editions juridiques associées.
© Editions juridiques associées. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes

Hugues Dumont, Antoine Bailleux

Facultés universitaires Saint-Louis, Boulevard du Jardin botanique 43, B-1000 Bruxelles.
<dumont@fusl.ac.be>
<bailleux@fusl.ac.be>

Résumé

Cet article s'interroge sur la manière dont des juristes modérément ouverts aux sciences sociales peuvent recourir à ces dernières dans la construction d'une science du droit qui ne dépend pas que d'eux. Il distingue à cet égard trois cercles concentriques. Le premier forme l'objet d'étude de ce que l'on appelle communément la doctrine. Celle-ci constitue le deuxième cercle, qui entoure le premier et est elle-même englobée dans un troisième cercle, celui de la science du droit.

Doctrine – Droit – Interdisciplinarité – Science du droit – Sciences sociales.

Summary

Towards a Lawyer-Friendly Theory of Interdisciplinary Openness

This article seeks to sketch a methodology that enables lawyers to draw on the social sciences to shape a legal science which does not entirely rest on lawyers' shoulders. In this respect, three concentric circles need to be distinguished. The first circle is the law as an object of study, the subject-matter of legal literature ("doctrine"), which represents the second circle, which is in turn surrounded by a third, broader circle – legal science.

Interdisciplinarity – Law – Legal scholarship – Legal science – Social sciences.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

Méfiance sociologique à l'égard du droit et des juristes, distance et parfois dédain des facultés de droit à l'égard de l'intrusion sociologique, le terrain demeure miné, bien que la pérennité et la qualité d'une revue comme Droit et Société permettent de progressivement atténuer les antagonismes et affaiblir les suspicions [1].

Nous sommes invités à expliciter notre conception des rapports que doivent entretenir les disciplines juridiques et les sciences sociales dans la perspective de la constitution d'une science du droit. Nous voudrions infléchir quelque peu la question qui nous est ainsi adressée en la reformulant comme suit : parmi les différentes conceptions que l'on peut se faire de ces rapports, quelle est celle qui vous semble recommandable et accessible à un nombre croissant de juristes ouverts au dialogue interdisciplinaire, dans la perspective de leur collaboration à la construction d'une science du droit qui ne dépend pas que d'eux ?

Autrement dit, nous sommes persuadés de l'apport irremplaçable des sciences sociales qui cherchent à décrire et expliquer tel ou tel aspect du phénomène juridique à partir de la matrice disciplinaire qui leur est propre et d'un point de vue – en principe [2] – externe. Mais nous voulons ici adopter le point de vue du juriste dont la contribution n'est pas moins indispensable à la constitution de cette science interdisciplinaire, en tenant compte du fait qu'il n'est pas nécessairement doté d'une deuxième formation en sociologie, en science politique ou en philosophie, tout comme il est possible pour un sociologue du droit rigoureux de ne pas avoir suivi une formation complète en droit.

Nous voulons aussi aborder cette problématique de manière réaliste en tenant compte du contexte académique entourant les recherches juridiques, tel qu'il est. Les facultés de droit sont encore nombreuses à se montrer réticentes – c'est, dans beaucoup de cas, un euphémisme… – à la nécessité d'une formation rigoureuse aux sciences sociales à l'intérieur du cursus juridique et, *a fortiori*, aux vertus du dialogue interdisciplinaire. En Belgique, la récente réforme des études de droit induite par le processus dit de Bologne, à laquelle le premier des signataires de la présente contribution a travaillé très directement, a heureusement sauvegardé un minimum d'heures de cours propre à donner une initiation minimale, mais sérieuse, aux fondements de la philosophie, de la sociologie, de l'histoire, de la psychologie et de l'économie politique au cours du premier cycle en droit. C'est la raison pour laquelle nous croyons pouvoir intégrer dans la figure abstraite du « juriste » dont nous parlerons ici une aptitude, même s'il s'agit trop souvent encore d'une virtualité qui demande à être actualisée, à lire, comprendre et exploiter des études

1. Baudouin DUPRET, *Droit et sciences sociales*, Paris : Armand Colin, 2006, p. 67.

2. Nous ne discuterons pas ici de la possibilité, pour une approche sociologique du droit, de décrire et d'expliquer celui-ci *de l'intérieur*. Sur ce point, cf. l'article très intéressant de Liora ISRAËL, « Question(s) de méthodes. Se saisir du droit en sociologue », *Droit et Société*, 69, 2008, p. 381-395.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

sociologiques, politologiques, historiques ou philosophiques, sans pour autant supposer qu'il serait capable de faire lui-même en première ligne un travail relevant de ces disciplines.

Par ailleurs, les temps sont révolus où l'on se gaussait, dans certains couloirs facultaires étroitement positivistes, de la théorie du droit critique et interdisciplinaire qu'appelaient de leurs vœux, il y a trente ans, Michel van de Kerchove et François Ost [3]. La crédibilité qu'ils ont donnée à leur programme de travail par le nombre et la qualité de leurs études est devenue une évidence. Néanmoins, les collègues invitant leurs étudiants à « faire du droit », et « rien que du droit », dans leur mémoire de fin de cycle en « Master » sont encore trop nombreux aujourd'hui. Ce qui relève donc pour nous d'une impérieuse nécessité dans nos pratiques aussi bien pédagogiques que de recherche, et ici même dans la présente contribution, c'est d'inviter nos étudiants et précisément ces collègues à reconnaître à la fois l'intérêt scientifique et la praticabilité d'une ouverture interdisciplinaire qui ne nuit pas à l'excellence de l'analyse juridique. Nous leur dédions les lignes qui suivent dans l'espoir qu'ils y réagissent d'une façon ou d'une autre. Nous donnerons par conséquent à ces lignes un tour pédagogique dont nous nous excusons auprès des spécialistes de l'épistémologie juridique. Quant à nos exemples concrets, ils seront principalement puisés dans nos domaines de spécialisation, le droit constitutionnel et le droit européen.

Pour clarifier *dans cette perspective* l'apport possible et souhaitable du juriste à l'élaboration d'une science du droit, on peut commencer par un schéma – qu'il y aura évidemment lieu d'affiner et de nuancer. Il consiste à distinguer trois cercles concentriques. Le premier cercle forme l'objet d'étude de ce que l'on appelle communément la doctrine. Celle-ci forme le deuxième cercle qui entoure le premier. La science du droit, troisième cercle, a pour particularité d'englober les deux premiers. Examinons tour à tour ces trois cercles.

I. Le premier cercle : le droit en tant qu'objet d'étude de la doctrine

Le droit est particulièrement difficile à définir parce que les normes qui déterminent la création, l'application et l'interprétation du droit font elles-mêmes partie du droit. C'est le phénomène de « l'auto-interprétation », véritable clé de compréhension de la réalité juridique, comme l'avait bien vu Hans Kelsen [4]. Pour le dire autrement et plus clairement, avec Herbert Hart [5] cette fois, le droit résulte de

3. Cf. Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, « Possibilité et limites d'une science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1, 1978, p. 1-39 ; Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, « Avant-propos : pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 8, 1982, p. 1-7. Depuis ces premiers appels, cf. Jean-Louis DE BROUWER et Hugues DUMONT, « Réflexions sur le dialogue noué entre la science du droit public interne, la sociologie politique et les sciences administratives », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 8, 1982, p. 145-171 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles : Publications des FUSL, 1987, p. 25-95 ; François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : FUSL, 2002, p. 449-488.

4. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Henri Thévenaz, Neuchatel : Baconnière, 2e éd., 1988.

5. Herbert L. A. HART, *Le concept de droit* (trad. Michel van de Kerchove), Bruxelles : FUSL, 2e éd., 2005, p. 99 et suiv.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

l'articulation de deux catégories de normes : des normes primaires de comportement qui consistent classiquement en des ensembles plus ou moins systématisés d'obligations, d'interdictions et de permissions [6], d'une part, et des normes secondaires qui sont en quelque sorte « du droit sur du droit » puisqu'elles portent sur l'édiction, la reconnaissance, la modification et la sanction des normes primaires, d'autre part.

La distinction entre le droit et le non-droit peut donc se révéler elle-même ardue parce que toutes les règles de droit sont sujettes à interprétation, y compris les règles de reconnaissance [7] qui sont censées fournir les critères de distinction entre le droit et le non-droit, c'est-à-dire entre les normes qui appartiennent à un système juridique et celles qui lui sont étrangères [8]. Les directives d'interprétation elles-mêmes, qui sont censées fournir des méthodes pour interpréter « correctement » les règles de droit [9], n'échappent pas à cette nécessité d'une interprétation au second degré [10]. Il existe donc plusieurs cas où la question de la juridicité de telle ou telle norme est controversée [11]. En admettant par conséquent le caractère gradualiste de la notion de juridicité [12], on peut considérer qu'un système normatif commence à justifier la qualification d'« ordre juridique » ou de « droit positif » à partir du moment où il se constitue d'un ensemble de règles et d'institutions propres à un groupement « dont les membres disposent d'un critère de reconnaissance mutuelle », la transgression de ces règles ayant « des effets sur la vie interne du groupe » [13]. Conforme à la théorie du pluralisme juridique, cette définition permet de reconnaî-

6. Ce cœur de la normativité juridique n'exclut pas à sa périphérie, voire aujourd'hui plus centralement, des formes plus « *soft* », c'est-à-dire juridiquement moins denses comme les recommandations, les directives, les orientations, etc. Sur le débat actuel à propos de la transformation de la normativité des règles de droit en norme constitutionnelle à respecter impérativement par les lois, sous la surveillance des cours constitutionnelles, cf. notamment Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », *in* Denys DE BÉCHILLON, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Éric MILLARD (études coordonnées par), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 267-280.

7. Celles-ci sont en partie fournies dans la Constitution qui se prête elle-même à un grand dynamisme interprétatif, compte tenu de ses particularités : cf. Hugues DUMONT, « Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI[e] siècle », dans *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2007, p. 477-500.

8. Sur cette notion de système juridique et sur l'environnement (non juridique) qui l'entoure, cf. Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, 1988.

9. Cf. notamment François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 19 et suiv.

10. Pour savoir, par exemple, si une norme constitutionnelle belge peut être interprétée authentiquement par le constituant, il faut interpréter la directive d'interprétation fournie par l'article 84 de la Constitution qui s'énonce comme suit : « L'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'à la loi. » Cette interprétation est en l'occurrence controversée.

11. Voir par exemple la distinction délicate entre les coutumes constitutionnelles et les conventions de la Constitution : cf. Hugues DUMONT, « Coutumes constitutionnelles, conventions de la Constitution et paralégalité », dans *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 257-287.

12. Cf. Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre, op. cit.*, p. 190 et suiv.

13. François RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 9, 1982, p. 49.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

tre l'existence, à côté du système juridique étatique, d'ordres juridiques non étatiques. Néanmoins, nous privilégierons dans la suite de notre raisonnement les caractéristiques des droits étatiques, des droits formés par les États comme le droit international et le droit européen, et des activités cognitives appliquées à ces droits.

Cette définition de « l'objet-droit » (premier cercle) justifie trois commentaires. Il faut d'abord relever qu'elle provient fatalement de la science du droit. Nous avons donc déjà dû entrer dans le troisième cercle pour pouvoir parler du premier. C'est une des leçons les plus élémentaires de l'épistémologie : l'objet d'une science ne peut pas résulter du découpage naïf des phénomènes que nous livrent la pratique spontanée et la tradition linguistique. La perception immédiate est un obstacle épistémologique. Les juristes qui ont tenté de définir le droit à partir de leur expérience première sont généralement passés à côté de l'essentiel en méconnaissant les leçons de l'anthropologie juridique [14], en présupposant l'identité du droit et de l'État, en amalgamant ce que nous avons appelé avec Hart les normes primaires et les normes secondaires ou en méconnaissant la relativité des critères de juridicité et leur dépendance d'une interprétation controversable.

Par ailleurs, notre définition de l'objet-droit comprend – on l'a déjà suggéré, mais il faut y insister – non seulement les normes créées par les différents organes d'*édiction* du droit, mais aussi les activités des organes d'*application* du droit, puisque, conformément à la leçon kelsénienne, tout organe qui applique le droit contribue à sa création. Le pouvoir législatif qui édicte une loi applique simultanément et donc interprète la Constitution et le droit international qui le lie. L'auteur d'un règlement applique et interprète les normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures. Les juges eux-mêmes qui appliquent les règles du droit les interprètent nécessairement et participent à la création du droit par la jurisprudence [15] : rares deviennent ceux qui en doutent encore aujourd'hui [16].

L'activité des organes de création et d'application du droit justifie amplement un troisième commentaire. Elle est tributaire d'une activité de connaissance qui la relie nécessairement au deuxième cercle (la doctrine), voire au troisième (la science du droit). C'est particulièrement le cas des juridictions appelées à « dire » le droit. Elles doivent répondre à des questions pratiques d'ordre prescriptif : dans telle circonstance, quel est le comportement que telle personne ou telle institution est *obligée* d'adopter, ou qu'il lui est *interdit* d'adopter ou qu'il lui est *permis* d'adopter ? Pour ce faire, elles doivent nécessairement identifier et connaître les règles de

14. Cf. l'habituel *ubi societas, ibi ius…*

15. Cf. Michel VAN DE KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *Archives de philosophie du droit*, 30, 1985, p. 207 et suiv.

16. Même les plus hautes autorités le reconnaissent : cf. notamment Guy CANIVET (Premier président de la Cour de cassation de France) et Nicolas MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », dans *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris : Dalloz, 2007, p. 79-96 ; Guy CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *Archives de philosophie du droit*, 50, 2007, p. 7-29 ; et Gustavo ZAGREBELSKY (Président honoraire de la Cour constitutionnelle italienne), « Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 20, 2006, p. 132-134.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

droit applicables, les interpréter, en évaluer la validité [17] pour, le cas échéant, annuler ou refuser d'appliquer celles qui ne satisfont pas aux exigences de la légalité au sens large, et les appliquer. Il ne s'agit en réalité que partiellement d'une activité de connaissance : description et prescription s'entremêlent. Quelques mots d'explication s'imposent à ce sujet, parce que la question continue à faire l'objet de controverses qui ne sont pas près de disparaître.

Selon une doctrine ou une philosophie prescriptive du droit assez largement acceptée, mais qui ne correspond pas nécessairement à la pratique réelle des juges – l'examen de cet écart relève de la science du droit [18] –, il revient idéalement à l'interprète de se mettre à la recherche de la meilleure réponse possible aux questions d'interprétation [19], celle qui prend le mieux en considération l'exigence de cohérence synchronique et diachronique de l'ensemble du système juridique dans toutes ses dimensions. C'est le critère de l'*integrity* cher à Dworkin. À ce critère, s'ajoute, selon le même auteur, un jugement de « morale politique » : il y a lieu de retenir simultanément l'interprétation qui fait apparaître « la structure des institutions et des décisions de la communauté – ses normes publiques en leur ensemble – sous

17. Sur les liens entre l'interprétation et l'appréciation de la validité, cf. notamment Hugues DUMONT, « Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles du pouvoir en droit privé : pour une théorie critique des contrôles de la validité des actes unilatéraux émanant d'un pouvoir public ou privé », *in* François RIGAUX et Guy HAARSCHER (dir.), *Droit et pouvoir*, tome 1 : *La validité*, Bruxelles : Story-Scientia, 1987, p. 193-250.

18. Sur cet écart, cf. par ex. Hugues DUMONT et Christine HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », *in* Marc VERDUSSEN et Nicolas BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles : Bruylant, 2010 (à paraître). Pour certains théoriciens, il n'y aurait pas lieu de parler d'un écart parce que l'interprète serait juridiquement libre de donner n'importe quelle signification à n'importe quelle règle de droit. Cf. Michel TROPER, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *in* Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit,* Bruxelles : Bruylant, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 235-245. Nous ne partageons pas ce relativisme radical (que l'on retrouve, sous d'autres prémisses théoriques, chez Olivier CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », dans *Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, Paris : LGDJ, 1999, p. 106) dans la mesure où il nous paraît plus fécond de se rattacher au courant herméneutique de Paul RICOEUR (cf. notamment « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *in* Paul AMSELEK [dir.], *Interprétation et droit, op. cit.*, p. 177-188) et, dans le droit fil de ce courant, à la théorie dialectique de l'interprétation (« ni simple répétition », « ni libre invention ») de François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (cf. *De la pyramide au réseau ?, op. cit.*, p. 385-447). Il convient d'ailleurs de noter que Michel Troper lui-même a dû tempérer son relativisme radical par sa théorie des contraintes juridiques : cf. Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2005. Pour de pertinentes critiques adressées à la théorie dite réaliste de Michel Troper, cf. Dominique ROUSSEAU et Alexandre VIALA, *Droit constitutionnel,* Paris : Montchrestien, 2004, p. 132-140 et, plus en profondeur, l'essai de Otto PFERSMANN qui tente de montrer que cette théorie est inacceptable à partir de ses propres prémisses : « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, 50 (2), 2002, p. 279-334, et ID., « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », *in* Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2005, p. 54 et suiv. *Adde* Michel TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, 50 (2), 2002, p. 335-353 et Otto PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *Revue française de droit constitutionnel*, 52 (4), 2002, p. 759-788.

19. Ronald Dworkin défend pour sa part la théorie de « la bonne réponse » ; nous préférons parler de « la meilleure réponse ».

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

leur meilleur jour du point de vue de la morale politique »[20]. Pour Dworkin, cette référence à la morale politique ne donne au juge aucune liberté d'interprétation dans la mesure où il doit faire application de principes relevant d'une philosophie morale objective. Avec Kelsen, nous préférons distinguer dans le travail de l'interprétation en droit un « acte de connaissance » qui permet de tracer le cadre formé par les différents sens possibles de la norme à l'aide des méthodes d'interprétation disponibles, et un « acte de volonté » par lequel l'interprète sélectionne une de ces significations[21]. Toutefois, à la différence de Kelsen, nous considérons que la liberté qui pose cet acte de volonté est largement déterminée, mais pas toujours entièrement, loin de là, par diverses contraintes juridiques, en particulier le critère de l'*integrity*. L'exercice de la part de liberté qui demeure ouverte, le cas échéant, relève d'un acte politique au sens noble du terme[22].

Cette présentation montre combien l'ensemble des opérations couvertes par la notion d'interprétation au sens large[23] forme une tâche digne d'Hercule, comme le suggère Dworkin lui-même. Elle est même encore plus délicate que ce qu'il en dit car « la communauté politique de référence dont le juge Hercule dégage les principes éthico-politiques » est « loin d'être une et homogène », comme son modèle semble le suggérer. « Elle est, dans nos sociétés pluralistes, traversée par les conflits et marquée par de larges dissensus[24]. » Mais c'est précisément pour ce motif qu'Hercule n'est pas seul. La tâche héroïque de reconstruction rationnelle du système juridique incombe à une pluralité d'interprètes. Comme l'écrivent Michel van de Kerchove et François Ost, « la recherche de la meilleure justification est d'ordre dialogique ; elle suppose la pratique coopérative de la discussion, dont les règles juridiques de la procédure donnent la mesure », pour autant que l'on ne perde pas de vue que ces règles procédurales prennent elles-mêmes appui sur l'éthique de la

20. Cf. Ronald DWORKIN, *L'empire du droit* (traduit de l'américain par Élisabeth Soubrenie), Paris : PUF, 1994, p. 247 et suiv. Ces pages sont mieux traduites sous le titre « La chaîne du droit », *Droit et Société*, 1, 1985, p. 51 et suiv.

21. Cf. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 148 et suiv. ; Otto PFERSMANN (« Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *op. cit.*, p. 807 et suiv.) reprend aussi ce schéma kelsénien, mais il défend une vision dichotomique de la distinction entre l'acte de connaissance et l'acte de volonté pour donner au premier un label de scientificité. En réalité, la distinction entre les deux opérations ne peut pas être d'une aussi parfaite netteté. Cf. en ce sens Paul RICOEUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *op. cit.*, p. 177-188.

22. Sur cette dimension politique, longtemps niée ou refoulée par la doctrine majoritaire, mais aujourd'hui plus souvent reconnue comme inhérente à l'interprétation au sens large, et sur ses incidences dans le débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle, cf. Hugues DUMONT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois, fonction juridictionnelle ou politique ? », *in* Philippe GÉRARD, Michel VAN DE KERCHOVE et François OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles : FUSL, 1983, p. 71-174, surtout p. 154 et suiv. ; Hugues DUMONT, « Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public… », *op. cit.*, p. 196 et suiv. ; Bastien FRANÇOIS, « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 1990, p. 61 et suiv. Pour une conception de « l'art de l'interprétation constitutionnelle » très proche de la nôtre, cf. Yann AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 21, 1995, p. 33-46.

23. Pour la distinction des sens large et strict de l'interprétation, voyez Otto PFERSMANN, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », *in* Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 36, note 6.

24. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?, op. cit.*, p. 426 et suiv.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

discussion dont une des premières exigences est que « chacun s'engage à justifier sa position et à se ranger à la loi du meilleur argument »[25]. Autrement dit, l'interprète doit faire *comme s*'il n'existait qu'une seule bonne réponse, même si c'est une illusion, étant entendu que, dans le droit en réseau, « un acteur n'est jamais seul, il est toujours en relation avec d'autres qui, de la même manière, vont faire "comme si" leur propre décision ou la contestation de la décision s'enracinait pareillement dans le droit lui-même et non dans un travail de lecture particulier »[26]. Dans ce « régime d'énonciation concurrentielle »[27] de la volonté du jurislateur, on comprend que l'essentiel réside dans la motivation des positions défendues par les uns et les autres. La motivation, écrit François Ost, est le « véritable terrain de l'exercice de la responsabilité du magistrat »[28]. Il en va de même pour l'auteur de doctrine, comme on va le voir à présent.

II. Le deuxième cercle : la doctrine juridique

La doctrine a pour mission de *décrire* le système juridique plus ou moins cohérent formé par l'ensemble des règles du droit en vigueur, telles qu'elles sont énoncées par les organes de création[29] du droit et interprétées ou évaluées et mises en œuvre par les organes d'application[30] du droit, dans un domaine plus ou moins large. Il lui appartient aussi de fournir *les explications et les évaluations juridiques* qui lui permettent de justifier ou de critiquer les interprétations et les évaluations produites par les organes de création ou d'application du droit.

Les notions d'explication *juridique* et d'évaluation *juridique* doivent être bien comprises pour éviter toute confusion avec les explications et les évaluations extra-juridiques dont nous parlerons dans notre exploration du troisième cercle. Imaginons un auteur qui doit examiner la question de savoir si le pouvoir législatif fédéral en Belgique peut ou non, compte tenu des règles constitutionnelles en vigueur à ce jour, adopter une loi organisant une consultation populaire non décisoire sur un projet de révision de la Constitution. Il ne trouvera pas d'emblée la réponse dans le texte constitutionnel. Il devra fournir un travail d'interprétation conséquent. Mais il ne va pas non plus raisonner tout seul. Il va examiner comment le pouvoir législatif a répondu à cette question dans l'histoire constitutionnelle passée. Il ne manquera pas non plus de relever que la section de législation du Conseil d'État s'est prononcée à plusieurs reprises sur la question. Enfin, il tiendra compte de ce que les auteurs de doctrine ont écrit à ce sujet avant lui. Imaginons que son étude se veuille

25. *Ibid.*, p. 428-430.

26. Dominique ROUSSEAU, « Questions de constitution », *Politique et Sociétés*, 19 (2-3), 2000, p. 28.

27. Dominique ROUSSEAU, « L'émergence d'un concept ? », *in* Séverine BLONDEL, Norbert FOULQUIER et Luc HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris : Publications de la Sorbonne, 2001, p. 336.

28. François OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », dans *Le rôle du juge dans la cité*, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 28.

29. Qui sont aussi (cf. *supra*) des organes d'application du droit, sauf théoriquement le pouvoir constituant originaire.

30. Qui sont aussi (cf. *supra*) des organes de création du droit.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

aussi descriptive que possible[31] : il présenterait tous les points de vue qui ont été soutenus sur le sujet avec un minimum de crédibilité, sans les filtrer ni les hiérarchiser, le plus objectivement possible et sans prendre lui-même position. Un tel auteur décevrait lourdement l'attente de la communauté des juristes. Celle-ci demande à la doctrine d'expliquer et d'évaluer en droit les différentes positions défendables.

En principe, l'explication juridique consiste dans le développement du raisonnement qui conduit à la solution sans faire intervenir aucune norme qui serait étrangère au système juridique en cause. Mais très souvent, il apparaît que plusieurs solutions sont plaidables. On attend alors de l'auteur qu'il « se mouille » en évaluant, en droit toujours, ces différents raisonnements et en disant quel est le plus correct, ou en en produisant un nouveau fondé sur un argument inédit ou plus souvent sur un nouvel agencement d'arguments. La théorie dworkinienne du droit est ici d'un précieux secours, qui légitime l'utilisation, par la doctrine, de critères tirés de la cohérence – tant synchronique que diachronique – du système juridique.

Ceci ne signifie pas pour autant que l'auteur de doctrine soit autorisé à promouvoir, sous le couvert d'arguments juridiques, des préférences purement « subjectives ». Un auteur peut très bien, à titre personnel, souhaiter que le pouvoir législatif puisse organiser des consultations populaires sur des enjeux constitutionnels, mais devoir constater que cette procédure de démocratie directe est objectivement contraire à la Constitution *de lega lata*. En réalité, s'il se soumet à la déontologie de son métier, il devra raisonner comme s'il était juge. Il dispose donc de la même marge de liberté si, et uniquement si, la recherche de la meilleure interprétation de la Constitution à cet égard n'est pas entièrement commandée par des critères exclusivement juridiques. S'il est tout à fait honnête, il ne devrait toutefois pas occulter cette marge de manœuvre, à la différence du juge qui d'ordinaire présente sa motivation comme s'il n'y avait qu'une seule bonne réponse possible. Après avoir soigneusement démontré que les deux voies, l'une favorable et l'autre défavorable à la constitutionnalité des consultations populaires, sont également plaidables, il devrait exposer les motifs « extra-juridiques », d'ordre politique, qui le conduisent à recommander la première ou la seconde. Très rares sont les auteurs de doctrine qui procèdent de cette manière. Conformément à la directive dworkinienne, ils font d'ordinaire comme s'il n'existait en droit qu'une seule bonne réponse ou comme s'il était toujours possible de trouver la meilleure réponse sur la base de considérations exclusivement juridiques. Il est alors tentant pour eux de faire le court-circuit entre leur position politique personnelle théoriquement irrecevable dans ce type d'exercice et leur raisonnement juridique. Mais ils peuvent aussi distinguer dans leurs conclusions une partie *de lege lata* et une autre partie *de lege ferenda*.

On le voit, la fonction de la doctrine est donc *mi-descriptive, mi-prescriptive*. Comme l'ont écrit F. Ost et M. van de Kerchove, « le concept de "discours demi-

31. Sur l'impossibilité épistémologique de s'en tenir à une posture exclusivement et purement descriptive face à des normes, cf. Jacques LENOBLE, « Réflexions épistémologiques sur les théories contemporaines de la validité des normes juridiques », *in* François RIGAUX et Guy HAARSCHER (dir.), *Droit et pouvoir*, tome 1 : *La validité*, *op. cit.*, p. 347-381.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

savant", emprunté à Bourdieu, s'impose ici pour rendre compte d'une activité qui mêle intimement construction théorique et visée pratique, propos descriptif et perspective normative, connaissance et action »[32]. Elle constitue inévitablement une source – informelle, certes mais effective – du droit. En effet, il est devenu rigoureusement impossible pour tout non-initié d'un secteur déterminé de prendre connaissance du régime juridique qui lui est applicable sans consulter la doctrine. Celle-ci a donc fatalement une influence considérable sur les organes d'application du droit.

III. Le troisième cercle : la science interdisciplinaire et critique du droit

La science du droit devrait idéalement décrire et expliquer le système juridique tel qu'il résulte des activités de création, d'application et d'interprétation, y compris doctrinale, du droit, d'un point de vue *externe*, à la différence de la doctrine qui est encore essentiellement immergée dans le point de vue interne au droit, en recourant aux explications extra-juridiques qui relèvent des sciences humaines comme la sociologie politique du droit, mais *en tenant dûment compte du point de vue interne qui est celui des organes de création et d'application du droit et de la doctrine*[33]. À la différence de la démarche empruntée par cette dernière, le but poursuivi ici n'est plus d'ordre pratique ni d'ordre prescriptif : il est en principe purement cognitif, même s'il est très possible que cette activité scientifique produise certains effets pratiques sur les organes de création et d'application du droit, ainsi que sur la doctrine. Par ailleurs, la science du droit doit aussi rendre compte des enjeux axiologiques en présence dans les parties du système juridique qu'elle étudie en recourant aux ressources de la philosophie politique. Reprenons ces deux objectifs en mesurant d'abord la nette distanciation qu'ils prennent par rapport au positivisme ambiant.

Par « positivisme », nous entendons ici un mode d'approche du droit caractérisé par la volonté d'isoler celui-ci de tout élément extérieur au droit positif tel qu'il a été édicté par l'État et qui ne serait pas susceptible d'être appréhendé par une science pure, monodisciplinaire du droit. Selon la méthode positiviste, « l'étude de l'État ne peut se faire qu'à partir des données du droit positif »[34]. Tous les phéno-

32. François OST et MICHEL VAN DE KERCHOVE, « La doctrine entre "faire savoir" et "savoir-faire" », *Annales de droit de Louvain*, 1, 1997, p. 43. Cf. dans le même sens Jean-François PERRIN, « Qu'est-ce que la dogmatique juridique ? », *in* Werner KRAWIETZ et Walter OTT (hrsg.), *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart. Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtag*, Berlin : Duncker & Humblot, 1987, p. 49-58 ; Jacques CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 50, 2002, p. 103-120.

33. Sur la portée épistémologique de ce « point de vue externe modéré », voyez plus précisément François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?, op. cit.*, p. 449 et suiv. Voyez aussi dans une perspective assez proche les conceptions du travail scientifique solidement défendues par Bastien FRANÇOIS « Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste », *op. cit.*, p. 49-69 ; ID., « Une théorie des contraintes juridiques peut-elle n'être que juridique ? », *in* Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques, op. cit.*, p. 169-176 et Jacques CHEVALLIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », *in* Denys DE BÉCHILLON, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Éric MILLARD (études coordonnées par), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper, op. cit.*, p. 281-297.

34. Olivier BEAUD, « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'État" de Carré de Malberg », *Revue du droit public*, 1994, p. 1253.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

mènes qui débordent le cadre de celui-ci et qui requièrent des considérations soit de sociologie politique soit de philosophie politique sont refoulés comme non pertinents pour la science du droit. Cette méthode a été fondée par des juristes allemands du XIX[e] siècle (Gerber et Laband : école dite de l'*Isolierung* du droit) et surtout portée à sa perfection – si l'on peut dire – par le Français Raymond Carré de Malberg (1861-1935) [35] et l'Autrichien Hans Kelsen (1881-1973) [36].

En ce qui concerne le rapport entre le droit et les faits sociaux, les positivistes éliminent de l'étude de l'État les dimensions sociologiques et de science politique. Le point de vue de ces disciplines est écarté d'emblée, car on ne saurait expliquer juridiquement l'État à partir des faits sociaux ou politiques.

En ce qui concerne le rapport entre le droit et les valeurs, les auteurs de doctrine positivistes oscillent souvent entre deux attitudes contradictoires. D'un côté, ils font une nette distinction entre le droit positif, réel, et le droit idéal, entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être, les juristes devant s'occuper du premier et non du second qu'il faudrait laisser aux philosophes et aux idéologues. Mais de l'autre côté, ils présupposent généralement que « le droit, en tant que système, quel que soit son contenu, réalise l'ordre et la paix ». Que « les règles du droit positif, quel que soit leur contenu, sont justes et doivent être obéies [...] non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont le droit ». Et que « les valeurs ne peuvent faire l'objet de connaissance, mais correspondent seulement à nos émotions ; d'où il découle que toutes les valeurs sont également respectables et que le meilleur système politique est celui qui respecte le pluralisme » [37].

Aux antipodes de ces prémisses épistémologiques positivistes, nous défendons la méthode critique et interdisciplinaire. Celle-ci accepte l'idée d'une certaine autonomie du droit par rapport aux faits sociaux et par rapport aux valeurs, mais elle rejette énergiquement l'intenable radicalisation de cette autonomie qui caractérise le positivisme [38]. L'autonomie du droit est réelle et il est essentiel de bien en prendre la mesure, mais elle n'est que relative [39].

D'une part, s'il est vrai que le juriste ne doit surtout pas confondre les explications juridiques et les explications sociologiques, il ne peut pas pour autant se couper des faits politiques et sociaux. Dans la mesure où le système juridique n'est pas clos sur lui-même, mais bien relié par de nombreux canaux aux autres sous-systèmes sociaux, il est manifestement faux que le droit puisse s'expliquer entièrement par lui-même. Bien sûr, toute science étant maîtresse de son objet et de ses métho-

35. Cf. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris : Sirey, 1920-1922, rééd. CNRS, 1962, 2 tomes.

36. Cf. notamment Hans KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*

37. Michel TROPER, « V° Positivisme », *in* André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2[e] éd., 1993, p. 461.

38. À propos du débat sur les relations entre droit et morale opposant les positivistes successeurs de Hart aux tenants de la théorie interprétative du droit développée par Dworkin, cf. Antoine BAILLEUX, « "Hart vs. Dworkin" and its Progeny. Actualité du "combat des chefs" dans la littérature anglo-saxonne », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 59, 2007, p. 173-220.

39. Cf. Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre, op. cit.*, p. 149 et suiv.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

des, une science pure du droit peut décréter qu'elle ne s'intéressera qu'aux seules explications juridiques du droit. Ce faisant, elle ne nie pas l'intérêt en soi des explications non juridiques, mais elle les renvoie aux sciences sociales extra-juridiques. À vrai dire, cette conception monodisciplinaire de la science du droit paie cher le déficit d'intelligibilité du phénomène juridique. Sans doute se force-t-elle ainsi à explorer avec le plus d'acuité possible toutes les explications intra-juridiques des phénomènes qu'elle étudie. La théorie pure du droit de Kelsen a montré la relative fécondité de cette approche. Mais ce qu'elle perd au change est plus que préoccupant. En faisant comme si le droit ne pouvait s'expliquer que par lui-même, elle finit par déformer son propre objet, tout en s'interdisant de bénéficier de l'apport des autres sciences sociales. Il est de loin préférable pour l'intelligibilité du droit d'articuler les explications juridiques en les poussant aussi loin que possible et les explications extra-juridiques. Il faut, par conséquent, construire des passerelles entre la science du droit et la sociologie politique au lieu de s'ingénier à couper les ponts tout en faisant souvent de la mauvaise sociologie sans le savoir, car tous les positivistes n'ont pas la rigueur d'un Kelsen.

D'autre part, il est vrai que le juriste ne peut pas confondre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être, mais il peut rendre compte de la manière la plus objective possible des valeurs qui sont privilégiées par le droit en les confrontant aux philosophies morales et aux théories politiques [40]. Sans doute, l'autonomie qui revient à la science du droit dans ce volet par rapport à l'éthique est relative. La science du droit telle que nous la concevons ne peut pas prétendre s'en tenir à une neutralité scientifique absolue. Le propre des sciences humaines est d'étudier des objets signifiants, autrement dit liés à des valeurs par rapport auxquelles il n'est ni possible ni souhaitable de rester totalement neutre. Il est donc plus honnête de révéler à cette occasion ses propres jugements de valeur en les justifiant [41], plutôt que de les occulter au risque de multiples retours du refoulé non contrôlés.

La construction d'une science du droit interdisciplinaire et critique aussi ambitieuse appelle la collaboration notamment des juristes, des politologues, des sociologues et des philosophes. Pour mener à bien une approche scientifique du droit réellement externe, tout étant avertie du point de vue interne, il faut être un théoricien du droit professionnel capable de jongler aussi bien avec la doctrine juridique qu'avec au moins certains des paradigmes de la sociologie, de la science politique et de la philosophie. Le juriste auquel nous nous adressons et que nous sommes nous-mêmes ne présente pas ce profil. Il ne peut donc prétendre contribuer à la construction de cette science du droit que par des ouvertures limitées vers les sciences sociales, au départ de son approche qui sera d'abord et principalement d'ordre juridique, c'est-à-dire menée du point de vue interne à celui-ci. Ces ouvertures, à condition qu'elles soient rigoureuses et articulées avec l'approche doctrina-

40. Pour de bons exemples de cette démarche, voir Julie RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2006 ; Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles : Bruylant, 2e éd., 2007 ; Philippe GÉRARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles : FUSL, 2007.

41. Pour un exemple de cette démarche : François OST, *Le temps du droit*, Paris : Odile Jacob, 1999.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

le sans confusion des genres, n'en devraient pas moins être très précieuses aussi bien pour l'enrichissement qu'elles procurent au travail doctrinal que pour les ponts qu'elles bâtissent avec les sciences sociales dans la perspective de cette science du droit-carrefour interdisciplinaire [42].

Dans son compte rendu pour la présente revue des *Jalons pour une théorie critique du droit* de François Ost et Michel van de Kerchove – dans le sillage desquels nous inscrivons nos propres travaux, mais avec nos propres accents comme on le constate –, Jacques Commaille se demandait s'il n'y avait pas dans leur « point de vue externe modéré » un « compromis honorablement teinté d'humanisme que d'aucuns trouveront scientifiquement naïf ». Il poursuivait en écrivant ceci : « Si l'on peut admettre effectivement que le sociologue de la religion doit avoir lui-même un certain sens religieux, pour reprendre la thèse de Peter Winch, certains sociologues, sans doute puristes en matière de "rupture épistémologique" (ou dogmatiques d'un autre genre ?), considèreront que l'approche scientifique de la religion exige certainement de ne pas être croyant ou au moins de ne pas faire partie du clergé, sous peine d'être partiellement ou totalement aveuglé. Il n'y aurait alors pas de compromis possible » [43]. Que dira-t-il alors de notre compromis à nous ? En ce qui nous concerne, nous assumons volontiers la teinte humaniste. Pire, nous reconnaissons que le positionnement épistémologique tel que nous le reformulons ici relève plus d'un point de vue interne modérément ouvert que d'un point de vue externe modéré ! Mais nous sommes très partisans du pluralisme méthodologique : il y a plusieurs manière de contribuer à la science du droit et il serait bon de cesser de se lancer des anathèmes. Nous ne connaissons que trop ceux que les juristes positivistes adressent aux sciences sociales quand elles se mêlent des phénomènes juridiques. Ceux que les sociologues puristes pourraient nous réserver ne devraient pas nous émouvoir beaucoup plus. L'essentiel n'est-il pas que les juristes et les sociologues se lisent et se comprennent au moins dans une large mesure, ce qui est très loin d'être le cas aujourd'hui ? Si notre approche quelque peu impure pouvait persuader bien des collègues juristes résolument ouverts aux sciences sociales, mais craignant de s'y avancer, d'abandonner leur crainte et de se risquer à des ouvertures, nous n'aurions pas perdu notre temps.

IV. Illustrations des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes

Pour clore cet appel, nous voudrions illustrer la fécondité de la démarche ici esquissée par deux exemples de concepts qui permettent de construire des ponts entre les analyses relevant de la doctrine juridique et les sciences sociales, sans mélange des genres, mais pour le plus grand profit, du moins on le souhaite, des unes et des autres. Le premier exemple a trait au concept de « para-légalité » appliqué au droit public (IV.1). Le second concerne le concept de « traduction » appliqué au droit européen (IV.2).

42. Cf. André-Jean Arnaud, « Droit et Société. Un carrefour interdisciplinaire », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 21, 1988, p. 7-32.

43. Jacques Commaille, « L'interdisciplinarité aux regards de la sociologie », *Droit et Société*, 10 ; 1988, p. 527. À vrai dire, J. Commaille évoquait ce point de vue sans l'endosser lui-même.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

IV.1. Le concept de para-légalité appliqué au droit public

Le concept de para-légalité s'inscrit dans le contexte d'une théorie du droit partiellement inspirée par les travaux du sociologue du droit André-Jean Arnaud. Il peut être présenté schématiquement comme suit[44]. *Première caractéristique* : la para-légalité désigne un ensemble de normes considérées comme légitimes par un mouvement social ou par une élite qui milite en faveur de leur reconnaissance par le droit positif. *Deuxième caractéristique* : une partie de ces normes ne sont pas conformes à des exigences fondamentales de l'ordre juridique étatique en vigueur. En grec, « para » signifie notamment « contre ». *Troisième caractéristique* : cet ensemble de normes alternatives constitue un système juridique virtuel parallèle et concurrentiel au système du droit étatique. En grec, « para » signifie aussi « à côté de ». *Quatrième* et dernière *caractéristique* : moyennant certaines conditions, ce rapport de concurrence peut conduire tout ou partie de ces normes para-légales à s'infiltrer dans le système du droit étatique et à s'y imposer de manière stable ou précaire.

On se limitera ici à quelques applications parmi beaucoup d'autres pour suggérer l'intérêt que cette théorie peut présenter à la fois pour les juristes et pour les politologues. Quand les élites de mouvements sociaux puissants conviennent par des accords dûment négociés de respecter certaines règles de conduite bien précises, elles manifestent leur appartenance à une « société » apte à produire des normes, voire un ordre juridique. Habilitées à parler au nom de leur mouvement, constitué lui-même d'un réseau d'institutions juridiquement organisées, elles disposent d'un critère de reconnaissance mutuelle et de certaines formes de sanction contre ceux qui transgresseraient les règles convenues. Certaines de ces règles peuvent être contraires à des dispositions essentielles de l'ordre juridique étatique, mais la pression qu'elles exercent sur celui-ci en raison de leur effectivité et de leur légitimité (au moins dans l'esprit de leurs auteurs) peut finir par triompher et conduire à leur reconnaissance officielle, malgré leur invalidité initiale. Ces règles para-légales tirent une part essentielle de leur force précisément de leur caractère négocié. C'est parce qu'elles bénéficient du consensus d'acteurs sociaux puissants qu'elles sont à

44. Cf. Hugues DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles : FUSL/Bruylant, 1996, vol. 1, p. 37-51. Pour toutes les applications du concept dans l'histoire du droit public belge de la culture, cf. les numéros cités sous la note 8 du n° 977 dans le vol. 2 du même ouvrage. Cf. sur ce travail les commentaires de Olivier PAYE, « Regards sociologiques critiques sur l'approche interdisciplinaire du droit », *Droit et Société*, 44/45, 2000, p. 261-272. Le concept a été légèrement revu à l'occasion des applications que le même auteur en a faites dans les travaux ultérieurs suivants : « Droit public, droit négocié et para-légalité », *in* Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles : FUSL, 1996, p. 457-489 ; « Le pacte scolaire : une norme para-légale exemplaire », *in* Els WITTE, Jan DE GROOF et Jeffrey TYSSENS (dir.), *Het schoolpact van 1958. Ontstaan, grondlijnen en toepassing van een Belgisch compromis – Le pacte scolaire de 1958. Origines, principes et application d'un compromis belge*, Bruxelles : VUBPress, Louvain : Garant, 1999, p. 657-667 ; « La mobilisation du droit comme instrument de changement du cadre national en Belgique », *in* Pierre NOREAU et José WOEHRLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal (Québec) : Wilson et Lafleur, 2005, p. 89-107 ; « L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation ? Considérations critiques sur la mode belge des accords de coopération », *Revue de droit de l'ULB*, 1, 2006, p. 314-344 ; « Coutumes constitutionnelles, conventions de la Constitution et para-légalité », dans *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles : Larcier, 2007, p. 269-300.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

même de vaincre les obstacles que leur opposent les règles unilatérales du droit étatique. Il en va particulièrement ainsi quand ces acteurs coïncident avec les dirigeants des familles politiques ou ceux des partenaires sociaux que les théories de la démocratie consociative et du néo-corporatisme identifient, en science politique, comme les principaux agents des décisions politiques les plus importantes en Belgique. Trois des grands pactes politiques qui sont à l'origine de lois célèbres en droit public belge, la loi du 29 mai 1959 dite du Pacte scolaire et celle du 16 juillet 1973 dite du Pacte culturel, tout comme la loi du 5 décembre 1968 qui organise le système des conventions collectives de travail, gagnent à être analysés de cette manière. Elles montrent que le droit négocié para-légalement par de tels acteurs est spécialement capable de forcer le droit étatique à accepter des règles foncièrement inconstitutionnelles.

La transformation que l'ordre juridique belge unitaire a connue en un ordre juridique fédéral dans le domaine des matières culturelles offre une autre illustration de cette théorie. Bien avant 1970, le vieux modèle unitaire a été subverti par une idée de droit para-légale d'inspiration fédérale portée par le mouvement social flamand avec une efficacité toute remarquable. Le principe de l'homogénéité linguistique territoriale et sa percée dans la législation linguistique des années 1962-1963 malgré les obstacles constitutionnels tirés de l'article 30 permettent de se faire une idée de ce processus [45].

Aujourd'hui, c'est une idée de droit confédérale qui se développe dans la para-légalité en parallèle et en concurrence avec l'idée de droit fédérale désormais reconnue par le droit étatique. Des accords de coopération inconstitutionnels offrent une illustration suggestive de ce processus de changement. L'accord de coopération révélateur de la para-légalité d'inspiration confédérale est par exemple celui qui permet de contourner les règles constitutionnelles qui imposent un processus décisionnel à la majorité au niveau fédéral, en remplaçant celui-ci par un processus décisionnel alternatif exigeant l'unanimité des collectivités fédérées.

On le voit, la théorie de la para-légalité veut attirer l'attention des juristes sur certaines illégalités, des illégalités non-accidentelles, mais profondément révélatrices, significatives. Ces illégalités constituent précisément une catégorie, parmi d'autres, de ces ponts que nous appelons de nos vœux pour rapprocher, sans mélange des genres, l'analyse rigoureusement juridique qu'elles requièrent par définition et les analyses de sociologie politique du droit qui permettent de ne pas les confondre avec des illégalités accidentelles. L'analyse est d'abord menée d'un strict point de vue juridique, mais elle se poursuit en enrichissant l'intelligibilité de l'illégalité qu'elle décèle par la mise en rapport de celle-ci avec des analyses de science politique raisonnablement accessibles par tout juriste ayant bénéficié d'un minimum d'initiation aux sciences humaines.

45. Cf. la démonstration dans Hugues DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, *op. cit.*, n° 282-285.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

IV.2. Le concept de traduction appliqué au droit européen

Tout comme le concept de para-légalité, la notion de traduction vise à éclairer d'un jour nouveau des phénomènes juridiques dont une analyse purement « interne » ne rend compte qu'imparfaitement. L'on doit à François Ost [46] d'avoir le premier exprimé la conviction que la traduction, entendue comme l'opération consistant à transférer, dans une langue « cible », un message émis dans une langue « source » [47], a quelque chose à nous apprendre sur le *droit* comme *langage* [48].

Ce qui est vrai pour le droit en général l'est *a fortiori* pour le droit européen [49]. Sur un plan purement descriptif d'abord, nul ne disconviendra de la pertinence de la figure de la traduction pour rendre compte des chemins par lesquels se construit l'Europe juridique. C'est presque devenu un lieu commun que de voir dans la construction des droits européens (celui de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe) la marque d'une grande entreprise traductrice. D'une part, il ne fait plus guère de doute que l'intégration européenne est animée par l'ambition de mettre en communication des cultures juridiques distinctes, non dans l'espoir de les dissoudre dans un magma totalisant, mais dans le but de créer entre elles des passerelles assez puissantes pour soutenir un projet politique commun. D'autre part, il est évident que la pratique de la traduction est une réalité quotidienne dans la fabrique des droits européens. Les interprètes, les diplomates, les juristes linguistes, les juges eux-mêmes sont tous impliqués dans un laborieux travail de traduction lorsque, jour après jour, il tentent d'aboucher des « univers langagiers » différents.

Par-delà ce registre purement descriptif, l'on notera que la figure de la traduction est porteuse d'une véritable « plus-value analytique » en ce qu'elle conduit à opérer des distinctions entre des phénomènes qui, observés aux frontières des ordres juridiques, ne suscitent d'ordinaire que l'attention distraite de la communauté des juristes. Ainsi permet-elle d'observer que deux types de traduction sont à l'œuvre dans l'édification de l'Europe juridique : des processus de reconnaissance *(i)* et d'importation *(ii)* alimentent en permanence la fabrique des droits européens.

46. François OST, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Paris : Fayard, 2009, spéc. p. 379-417.

47. En ce sens, cf. par exemple Pascal RICHARD, « La communicabilité ou l'interprétation de la différ(a)nce… », *in* Maryse BAUDREZ et THIERRY DI MANNO (coord.), *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 170.

48. On laisse ici de côté la controverse sur la différence entre langue et langage pour se concentrer sur – ce qui nous semble être – l'essentiel : le droit est un système langagier. Langue « semi-naturelle » pour François OST (« Les détours de Babel », *in* Jean-Jacques SUEUR, *Interpréter et traduire,* Bruxelles : Bruylant, 2007 p. 31) ou « semi-artificielle » pour Michel VAN DE KERCHOVE (« La doctrine du sens clair des textes », *in* ID. (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles : FUSL, 1974, p. 20), le droit n'est compréhensible qu'à celui qui dispose du bagage intellectuel nécessaire pour traverser l'« écran linguistique » (Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Paris : Montchrestien, 1990) qui sépare le langage juridique du langage commun.

49. Les réflexions qui suivent ont été amplement développées dans les ouvrages et articles suivants : Antoine BAILLEUX, Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, François OST (dir.), *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au Recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles : FUSL, 2010 ; Antoine BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, FUSL, 2009 ; Antoine BAILLEUX, « Les traductions de la Cour de justice : la libre circulation et ses dérogations entre domination, transposition et reconnaissance », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 58, 2007, p. 63-97.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

(i) La notion de *reconnaissance* vise ces formes de traductions passives qui décèlent une correspondance entre la langue source et la langue cible et qui, au nom de cette équivalence, ouvrent la langue cible à la réception du message étranger [50]. Pareilles traductions habitent évidemment le cœur de l'intégration européenne. Celle-ci repose sur l'ouverture des frontières entre les ordres juridiques et fait le pari que ceux-ci ne sont rien d'autre que des versions « linguistiques » différentes exprimant, chacune à leur manière, les mêmes « fondamentaux » d'un droit commun souterrain. La meilleure illustration – mais non l'unique – en est évidemment le principe de reconnaissance mutuelle, pierre de touche du marché intérieur qui interdit aux États membres d'appliquer leur législation nationale à des produits étrangers fabriqués conformément à la législation d'un autre État membre. En vertu de ce principe, la législation de l'État d'origine est tenue pour équivalente à celle de l'État de destination.

(ii) La reconnaissance n'est pas la seule traduction à l'œuvre dans le processus d'édification de l'Europe juridique. Celle-ci se bâtit également par ce qu'on pourrait appeler l'*importation*, c'est-à-dire l'intégration volontaire d'un certain nombre de « messages externes » aux fins de leur utilisation dans la construction des droits européens. La traduction est ici active, délibérée. L'Europe du droit se cherche des matériaux dans les systèmes – juridiques, politiques, philosophiques – qui l'environnent. Issu de la doctrine catholique, relayé par des théoriciens du politique, récupéré par des droits constitutionnels nationaux, le principe de subsidiarité offre un exemple très parlant de ces traductions en cascade qui finissent par prendre place dans l'édifice du droit européen. Son cousin, le principe de proportionnalité, n'est pas en reste. Enraciné dans la philosophie aristotélicienne [51], ce principe migre dans le droit constitutionnel allemand avant d'être récupéré dans les ordres juridiques du Conseil de l'Europe *et* de l'Union européenne.

Dégagée par la science du droit, la figure de la traduction ne semble pas pour autant dépourvue d'utilité dans les premier et deuxième cercles décrits ci-dessus. Clef de voûte du « droit intégrité » de l'Europe, elle met en garde tant les organes producteurs de droit – en particulier les juges – que les auteurs de doctrine contre les dévoiements qui guettent à tout moment les processus de reconnaissance et d'importation par lesquels se construit l'Europe juridique. Ainsi, par exemple, de ces traductions *hégémoniques* qui procèdent d'une négation de la spécificité ou de l'intégrité de la langue source, et dont la Cour de justice nous a peut-être donné une illustration dans son récent arrêt *Laval* [52].

50. C'est de cette « traduction-reconnaissance » dont semble parler Derrida lorsque, commentant les textes de Walter Benjamin, il déclare : « La traduction ne chercherait pas à dire ceci ou cela, à transporter tel ou tel contenu, à communiquer telle ou telle charge de sens, mais à *remarquer* l'affinité entre les langues, à exhiber sa possibilité » (Jacques DERRIDA, *Psyché. Inventions de l'autre*, Paris : Galilée, 1987, p. 220).

51. Cf. Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : FUSL/Bruylant, 2001, p. 631 et suiv.

52. C-341/05 *Laval un Partneri*, 18 décembre 2007, Rec., p. I-11767. Cette affaire concernait la licéité d'actions collectives menées par des travailleurs suédois à l'encontre d'une entreprise qui employait des travailleurs lettons sur un chantier de construction en Suède. La Cour considéra que ces actions collectives – menées sous la forme de blocus et de grèves – entravaient la libre prestation des services et ne pouvaient être justifiées au nom de la protection des travailleurs. Cette traduction dans les catégories du droit com-

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

Conclusion

L'on voudrait clôturer ces libres propos par quelques mots sur la place que devraient occuper, dans l'enseignement du droit, les trois cercles concentriques qui forment la trame de notre exposé. Il nous apparaît que ces trois cercles doivent exercer une influence prépondérante tant sur l'établissement du *programme* que sur la détermination du *contenu* de l'enseignement du droit.

Au niveau du programme d'une part, il nous semble indispensable de confronter les étudiants, dès les premières années de leur formation, à des enseignements dispensés par des acteurs des *trois* cercles présentés ci-dessus. À n'en pas douter, les étudiants retirent le plus grand bénéfice des analyses du *law in action* livrées par des praticiens (avocats, juges, etc.) qui, mieux que quiconque, savent rendre le droit « vivant » et « concret ». Dans le même temps, l'apprentissage du droit requiert une formation poussée à la dogmatique juridique, dont les meilleurs représentants doivent aiguiser l'esprit des étudiants à l'analyse et à la critique des matières enseignées. Enfin, nous sommes convaincus qu'une formation juridique de qualité implique nécessairement une exposition précoce et soutenue aux enseignements de la science juridique et des sciences sociales, forçant l'étudiant à une salutaire prise de distance par rapport à l'« objet » sur lequel il bâtira sans doute sa carrière.

Au niveau du contenu d'autre part, il nous apparaît que les différents enseignements devraient à la fois s'enraciner dans les trois cercles identifiés ci-dessus et témoigner de la porosité des parois qui séparent ceux-ci. Ainsi, chaque cours gagnerait à s'appuyer – dans des proportions qui lui sont propres – tout à la fois sur du matériel juridique brut (législation, jurisprudence, etc.), sur les commentaires doctrinaux qui en sont faits, et sur des considérations « extra-juridiques » par rapport à la matière enseignée. Cette diversité d'approche conduira d'elle-même l'étudiant à prendre toute la mesure des interactions qui unissent ces différents cercles et rendent illusoire toute connaissance « pure » d'un droit « pur ».

Ce n'est qu'à ce double prix que les facultés de droit pourront prétendre former des juristes (modérément) ouverts.

munautaire paraît quelque peu réductrice dès lors qu'elle ne fait pas écho à l'importance – juridique, politique, sociale – du droit fondamental de mener des actions collectives en Suède.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées

■Les auteurs

Hugues Dumont
Professeur ordinaire aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles) où il enseigne le droit constitutionnel, la théorie du droit et le droit institutionnel européen. Président de l'Institut d'études européennes des FUSL, codirecteur du Centre interdisciplinaire de recherche en droit constitutionnel (CIRC) et du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques (SIEJ) des FUSL. Il est l'auteur de nombreux travaux dans les domaines du droit public et de la théorie du droit. Parmi ses publications récentes :
— « L'européanisation du droit des services publics, ou le service public entre menaces et renouveau », *in* Hugues DUMONT, Pierre JADOUL, Bruno LOMBAERT, François TULKENS et Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le service public, 2. Les « lois » du service public*, Bruxelles : La Charte, 2009 ;
— « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen". Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales », *in* Antoine BAILLEUX, Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT et François OST (dir.),*Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles : Publications des FUSL, 2009.

Antoine Bailleux
Professeur invité aux Facultés universitaires Saint-Louis et avocat au barreau de Bruxelles. Ses matières de prédilection sont le droit de l'Union européenne et la théorie générale du droit. Outre divers articles dans ces domaines, il a publié :
— *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles : Publications des FUSL, Bruylant, 2009 ;
— *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau*, Bruxelles ; Bruylant, 2005.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - - - 149.154.211.247 - 14/05/2018 12h54. © Editions juridiques associées