

La part du droit dans l'arbitrage social général

Antoine Bailleux

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

Il y a à peu près cinq ans, dans l'atmosphère feutrée de la salle du conseil de l'Université Saint-Louis, le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques tenait séance. On y revisitait la théorie des sources du droit, s'interrogeant sur les amendements que les développements du droit contemporain commandaient d'y apporter. Nous inventoriions le *soft law*, nous découvriions le « droit global », nous discutions « légisprudence », « standards » et « méthode ouverte de coordination ».

Considérant ce travail d'arpentage de nouveaux territoires, certains avaient toutefois été saisis de vertige, voire d'un certain malaise face à ce qui s'apparentait fort à une extension infinie du domaine du droit. Ils soupçonnaient une forme de colonialisme juridique derrière cette propension à attirer dans notre champ d'étude tout ce qui, de près ou de loin, ressemblait à du droit. Ils pointaient le risque que, loin de contribuer à clarifier les contours du droit contemporain, ces incursions en eaux troubles ne précipitent ce dernier dans un magma normatif indistinct. L'enjeu pouvait difficilement être sous-estimé : en voulant embrasser les formes les plus disparates de textes et de phénomènes susceptibles d'influencer les comportements de leurs destinataires, ne risquait-on pas de confondre les normes juridiques et les autres, effaçant ainsi la distinction entre juridicité et normativité ?

A l'issue de l'une ces séances, je me suis ouvert de ces préoccupations au dédicataire de ces lignes, soulignant la conclusion à laquelle elles conduisaient immanquablement : s'il n'est plus possible de faire le départ entre la juridicité et les autres formes de normativité, force est d'en déduire que le droit est dépourvu de toute spécificité. Il ne serait rien d'autre qu'un outil susceptible de guider les comportements, et ne différencierait dès lors pas fondamentalement d'autres discours et pratiques à caractère normatif (la morale, la religion, le marché, la norme sociale, etc.). Nous apparûmes immédiatement d'accord pour rejeter d'instinct une telle proposition. Mais l'instinct ne suffit pas dans le monde scientifique, et nous convînmes également de la nécessité de sonder la justesse de notre intuition.

Nous abordâmes le problème par des angles différents. Me jetant à l'eau le premier, je rédigeai un article intitulé « Le *soft law* et les deux droits », dans lequel j'essayais de percer le mystère de l'« ADN » du droit dans la mécanique même du discours juridique, et plus précisément dans son articulation très particulière des registres normatif et cognitif¹. Il s'agissait là d'une approche microscopique, analytique, du

¹ A. BAILLEUX, « Le soft law et les deux droits », in H. DUMONT, Ph. GERARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, tome IV, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 503-537.

phénomène juridique. Pour sa part, préférant le télescope à la loupe, François Ost se lança dans une entreprise autrement ambitieuse. Il entreprit de traquer la spécificité du droit dans ses usages, ses fonctions et ses finalités pour produire, au terme de quelques années d'intense travail, une synthèse monumentale intitulée *A quoi sert le droit ?*

La présente contribution s'adosse à cet ouvrage remarquable, qui vise à la fois haut et juste, renouvelant sans jamais la trahir la pensée de son auteur². Les pages qui suivent entendent poursuivre les réflexions sur l'ADN du droit amorcées dans l'article susmentionné, en les mettant en relation avec les propos de François Ost dans son dernier livre. J'espère montrer que cette optique « micro » et analytique offre un éclairage complémentaire et précieux à l'approche « macro » et synthétique développée dans *A quoi sert le droit*. Je suis en effet convaincu que c'est de la combinaison de ces deux regards qu'émerge, dans toute son étendue, la spécificité du droit.

Le point de départ de mon analyse se trouve au chapitre premier de la troisième partie d'*A quoi sert le droit*, dans lequel François Ost considère que le droit a pour finalité intrinsèque de définir un « équilibre social général ». Le droit se situerait ainsi « au milieu » de l'espace social, assurant la médiation des intérêts antagoniques qui traversent la société, l'arbitrage « entre prétentions et valeurs concurrentes » (p. 362). Cet arbitrage, le droit l'effectuerait par différents biais et à des niveaux distincts – celui notamment de la loi, de la convention, et de la décision de justice. Si d'autres auteurs ont défendu cette thèse avant François Ost³, aucun n'y a consacré d'aussi riches développements, tissés de dialogues avec la philosophie et la sociologie, et illustrés d'une myriade d'exemples tirés du droit positif le plus contemporain.

La thèse est ainsi posée : la première finalité du droit est de définir un équilibre (une médiation, un arbitrage) entre intérêts, valeurs et prétentions contradictoires. Mais est-ce pour autant une finalité spécifique – « intrinsèque » au droit ? Plus précisément, ne peut-on pas considérer que ce rôle est également assuré par la gouvernance publique (« la » ou « le » politique) ? Et dans ce cas, se pose à nouveau la question abyssale de la spécificité du registre juridique.

Le dédicataire de ces lignes aborde cette interrogation de front dans son ouvrage. Il concède que « droit et politique présentent d'étroites affinités », s'avérant « mutuellement impliqués et réciproquement déterminants ». Il ajoute cependant que la médiation juridique (par opposition à la médiation politique) a ceci de distinctif qu'elle est fondée sur une « technique spécifique », « qui tient à sa position particulière d'institution "seconde" » (p. 374). Il en résulte que cette médiation n'est pas « partisane » – le terme est de moi – (c'est-à-dire orientée vers la réalisation de « telle ou telle forme déterminée de vivre-ensemble »), et qu'elle n'a d'autre vocation que de « s'assurer que les choix résultant de ces autres projets, visions du monde ou formes de vie, comme on voudra, prennent en compte le plus grand nombre d'intérêts en jeu et respecte au mieux la dignité des personnes concernées » (p. 375).

Cette dernière affirmation laisse songeur. Orpheline des idéologies qui enflammèrent le siècle dernier, la gouvernance politique ne s'apparente-t-elle pas désormais elle aussi à

² Le lecteur pourra prendre connaissance du compte-rendu de ce livre réalisé par Jérémie van Meerbeeck dans la *R.I.E.J.*, vol. 77, p. 393-400.

³ On songe avant tout à J. HABERMAS dans *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, coll. nrf essais, Paris, Gallimard, 1997 (éd. or. Suhrkamp Verlag, 1992).

cet arbitrage diaphane, technique et procédural auquel procède le droit ? Quant à ce dernier, François Ost observe lui-même qu'il ne joue pas partout et toujours ce rôle de garant de la démocratie et de la dignité humaine qui lui est ici prêté, dans une perspective normative qui s'assume comme telle.

Si l'hypothèse d'une différence de *contenu* entre les médiations politique et juridique ne me convainc pas pleinement, la proposition selon laquelle la singularité du droit résiderait dans sa technique paraît en revanche très féconde, de même que l'idée selon laquelle droit et politique seraient profondément imbriqués dans la réalisation de cette fonction d'arbitrage général.

Prolongeant ce propos, je voudrais ici soutenir que la finalité spécifique du droit ne consiste pas tant dans le fait d'*assurer* un arbitrage social général que dans celui d'*organiser* et de *civiliser* ce dernier. Comment ? En attribuant cette mission à différents types d'« acteurs » (on renoue ici avec la théorie ludique du droit défendue par François Ost et Michel van de Kerchove⁴), en dotant chacun de ceux-ci d'une légitimité particulière, et en inscrivant leur action dans le temps et dans l'espace propres à leur communauté. Cette thèse sera néanmoins nuancée à l'aune de l'évolution du droit contemporain. Nous verrons que le droit est aujourd'hui amené à jouer son rôle « ordonnateur » avec un tel zèle qu'il vient progressivement rogner le pouvoir de « ses » acteurs, contribuant ainsi directement à l'arbitrage qu'il leur avait confié.

Ces idées seront exposées dans la seconde partie de cette contribution. Avant d'y venir, il me paraît nécessaire de présenter les présupposés qui les fondent, lesquels ont trait à la « nature » même du droit et à sa spécificité. C'est le propos de la première partie que d'explicitier et de défendre une conception un peu particulière de la juridicité.

1. Les deux dimensions du droit – Dire l'obligation et obliger en disant

Le détour auquel nous convie cette première partie a un double objectif : d'une part, identifier l'ADN du droit dans la mécanique du discours (A) ; d'autre part, tirer de cette approche « microscopique » une conception renouvelée de la juridicité (B), à partir de laquelle j'essaierai, dans la seconde partie, de cerner la spécificité du rôle du droit dans l'arbitrage social général.

A. Un ADN à double hélice – les dimensions normative et cognitive du discours juridique

Je voudrais ici approfondir l'idée selon laquelle le droit se distingue des autres types de pratiques et de discours par la façon très particulière qu'il a d'articuler une dimension normative – qui fait son utilité – et une dimension cognitive – qui fait sa légitimité. Je m'explique d'abord sur le sens que je donne à ces deux termes. Par « normatif », j'entends tout discours ou pratique qui a pour objet ou pour effet de modifier les comportements de ses destinataires dans le sens qu'elle préconise. On retrouve notamment cette dimension dans l'ordre donné par le braqueur à l'employé de banque, dans les recommandations du médecin à son patient, dans le sermon du prêtre à ses ouailles, et bien sûr dans toute forme de prescription générale et abstraite. Par

⁴ Développée dans *Le droit ou les paradoxes du jeu* (Paris, PUF, 1992), cette théorie est reprise et enrichie par François Ost dans *A quoi sert le droit?* (p. 198-224).

« cognitif », je veux dire tout discours qui exprime une connaissance ou toute pratique qui s'enracine dans une telle connaissance. C'est le savant qui décrit ses découvertes, le mathématicien qui applique un théorème, mais aussi l'agriculteur qui arrose ses légumes par temps sec (car il *sait* que ses cultures périront s'il ne le fait pas).

Observons d'emblée que le droit combine ces dimensions cognitive *et* normative. En ce sens, il se distingue de la plupart des actes et discours « purement » cognitifs (j'arrose mes salades, je déclare que ma voiture est bleue).

Il se distingue également des actes et discours « purement » normatifs. Pensons à l'oukaze du maître ou du tyran qui n'obéit qu'à sa propre fantaisie, et dont il serait bien incapable d'exposer les *raisons*. Dans ce dernier cas de figure, l'obligation se soutient toute seule, par la seule force de son émetteur : elle est « brute », en ce sens qu'elle ne s'accompagne pas du moindre discours susceptible d'en exposer la *rationalité*, la *légitimité*, et moins encore la *validité*.

Reconnaissons toutefois que la plupart des ordres, conseils, recommandations, c'est-à-dire des actes à portée normative, obéissent à quelque motif, croisant ainsi les registres normatif et cognitif. Le braqueur qui intime au banquier de vider son coffre pourra sans doute expliquer rationnellement son action. En revanche, on s'accordera pour reconnaître qu'une telle *explication* ne constitue en rien une *justification*. Si elle a pour mérite de rendre *compréhensible* le coup de force du malfaiteur, elle ne le rend pas pour autant *légitime* ou *autorisé*. A ce premier niveau, l'entrecroisement du normatif et du cognitif reste relativement lâche.

D'autres discours et pratiques à dominance normative présentent une interaction plus élevée avec le registre cognitif. Pensons à la recommandation faite à son patient par un médecin. Cette recommandation est perçue comme *légitime* parce que son auteur peut se targuer d'une *connaissance particulièrement autorisée de l'objet même de cette recommandation*. Si le médecin invite son patient à payer en espèces, sans doute pourrait-il *expliquer* sa demande, qui apparaîtra ainsi *rationnelle* (premier niveau). Mais s'il lui conseille de manger moins de sel, ce conseil semblera par ailleurs *justifié* par la connaissance approfondie que ce médecin a de ces questions (deuxième niveau). Sans doute le médecin n'est-il pas *habilité* à exercer sur son patient la moindre *autorité*. Ses connaissances *font* néanmoins *autorité*⁵. Elles sont, de ce fait, aptes à *légitimer* (au sens de rendre acceptables) ses recommandations, et à rendre plus probable leur suivi par son patient.

L'imbrication du normatif et du cognitif peut apparaître plus étroite encore. Pour illustrer ce troisième niveau, songeons à un arrêté adopté par le gouvernement. Sans doute est-il préférable que cet arrêté obéisse à de bonnes raisons. On pourra également souhaiter qu'en consultant les parties concernées ou en s'adjoignant les avis d'experts, l'auteur de l'acte démontre une connaissance particulière de l'objet qu'il prétend réguler. J'y reviendrai. Mais ce qui est indispensable, ce sans quoi l'acte en question échappe au domaine du droit, c'est que son auteur entende agir *sur le fondement et dans le respect d'autres normes du même type*. Ainsi, le gouvernement prendra soin de s'assurer qu'une norme l'habilite à adopter cet arrêté, et que ce dernier s'insère sans

⁵ Cet exemple du médecin est abondamment utilisé par Platon pour illustrer la figure d'autorité (cf. L. GERBIER, « La politique et la médecine : une figure platonicienne et sa relecture averroïste », *Asterion*, 1/2003, URL : <http://asterion.revues.org/13>).

heurts parmi les autres normes (lois, principes généraux, Constitution, etc.) avec lesquelles il prétend faire système. On l'aura compris, la *démarche cognitive a ici pour objet le normatif lui-même* : c'est sa connaissance des normes antérieures qu'affirme l'auteur de la norme juridique lorsqu'il adopte cette dernière. S'il « oblige en disant », c'est *en vertu* d'autres normes, qui confèrent *sa validité* à l'acte nouvellement créé. Ce terme de « validité » est important. Il désigne une forme de *légitimité institutionnalisée*, ou formalisée par le système juridique lui-même, qui vient *justifier l'autorité* conférée aux acteurs de ce système : la norme juridique est *réputée* légitime dès lors qu'elle prend appui sur des normes supérieures et antérieures du même type, lesquelles reposent à leur tour sur un complexe normatif qui les précède et les encadre. Autorité et légitimité sont ainsi toutes deux régentées et posées *a priori* par le système juridique lui-même⁶.

Je soutiens la thèse que cette démarche – édicter une norme en vertu d'autres normes (que l'on prétend respecter et donc connaître) – est spécifiquement juridique – même si elle n'épuise pas la juridicité comme on le verra dans un instant. Elle consiste à simultanément *dire la règle* – antérieure, déjà posée – (« En vertu des pouvoirs qui me sont conférés par l'article X de la Constitution » et/ou « en conformité avec l'article X du Protocole X à la Convention européenne des Droits de l'Homme, ... ») et *réglementer* – l'avenir – *en disant* (« ... la peine de mort est abolie », dit le législateur)⁷. Notons d'emblée que cette démarche n'est pas propre aux pouvoirs publics. Elle se retrouve dans le comportement des acteurs privés, qui créent certes du droit par contrat, mais toujours sur le fondement (l'article 1134 du Code civil) et dans le cadre (normes impératives, ordre public et bonnes mœurs) de règles qui préexistent à leur action.

On décèlera dans cette double démarche l'ambition caractéristique du droit de lier le passé et le futur⁸. Par sa démarche *cognitive de iuris-dictio*, l'acteur du droit regarde vers l'arrière : il inscrit son action dans un paysage normatif façonné par d'autres avant lui ; il emprunte les véhicules du droit (les fameuses « sources formelles ») mis à sa disposition par l'ordre juridique. Par son action *normative de iuris-latio*, il entend modeler l'avenir, produire un nouveau maillon qui bientôt sera incorporé par d'autres participants au jeu du droit dans leur propre démarche cognitive.

B. Le spectre de la juridicité – des « jurislatores » aux « jurisdictores »

⁶ On renoue ici avec une vision très arendtienne de l'autorité, que la philosophe fait remonter à la Rome antique: « If authority is to be defined at all, then, it must be in contradistinction to both coercion by force and persuasion through arguments. (...) Authority [is] resting on a foundation in the past as its unshaken cornerstone (...). [E]ven the most draconic authoritarian government is bound by laws. Its acts are tested by a code which was made either not by man at all, as in the case of the law of nature or God's Commandments or the Platonic ideas, or at least not by those actually in power. The source of authority in authoritarian government is always a force external and superior to its own power; it is always this source, this external force which transcends the political realm, from which the authorities derive their "authority," that is, their legitimacy, and against which their power can be checked. » (H. ARENDT, « What is Authority », in H. ARENDT, *Between Past and Future : Six Exercises in Political Thought*, New York, The Viking Press, 1961).

⁷ Même s'il vise moins large lorsqu'il parle du droit, Christian Atias ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « ce qu'il y a de propre au droit, c'est que (...) normalement aucun pouvoir ne s'y exerce à partir du néant. (...) Le droit procède toujours du droit » (C. ATIAS, *De la difficulté contemporaine de penser en droit. Leçons de philosophie du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2016, p. 51).

⁸ Après l'avoir longuement étudiée dans *Le temps du droit* (Paris, Odile Jacob, 1999), Fr. Ost revient sur cette caractéristique dans *A quoi sert le droit?*, not. p. 133.

Ce premier enseignement engrangé, essayons d'affiner et d'élargir notre perception du phénomène juridique.

Et commençons par constater que si toute pratique ou discours juridique recèle une dimension cognitive, celle-ci occupe une dimension variable en fonction de la liberté que le système juridique laisse à l'acteur en question. A une extrémité du spectre, considérons le pouvoir constituant originaire. Si son acte fondateur s'appuie sur certains principes et coutumes « pré-constitutionnels », il n'en demeure pas moins très largement libre dans les choix qu'il pose. Un échelon plus bas, le pouvoir constituant dérivé est déjà sommé de préciser le fondement juridique des mesures qu'il adopte et de respecter les procédures qui encadrent son action. Vient ensuite le législateur, dont la marge de manœuvre est bornée par les normes constitutionnelles et internationales. Ce mouvement se poursuit à mesure que l'on descend les marches de la pyramide du droit, un mouvement en forme de chassé-croisé – la dimension normative diminuant à mesure qu'augmente le part cognitive du « geste » juridique.

Avec le juge, on arrive, non pas à la fin, mais au croisement du spectre juridique. Jusque-là, le pouvoir normatif l'emportait sur la démarche cognitive. Le « jurislatores » (constituant, législateur, exécutif, partie contractante) est d'abord et avant tout cet acteur habilité à édicter des règles, la dimension cognitive du droit servant de fondement à ce pouvoir, mais aussi de corset enserrant toujours plus étroitement sa liberté normative. Chez le juge, les dimensions cognitive et normative sont présentes dans des proportions équivalentes. A vrai dire, elles en viennent même à se confondre : le verdict (la norme) rendu par le juge est censé parfaitement et entièrement déterminé par les normes antérieures. Ainsi le veut le discours officiel du droit. Le juge ne crée rien ; il connaît le droit et se contente de l'appliquer.

Pour autant, le domaine du droit tel que nous l'avons défini ne s'arrête pas au juge. Celui-ci représente sans doute la quintessence de la juridicité dès lors qu'en son office se laissent contempler dans toute leur puissance les dimensions normative et cognitive du droit. Mais de même que le droit englobe les discours et pratiques à composante essentiellement normative (et accessoirement cognitive), il comprend aussi des actes et paroles qui procèdent principalement d'une démarche cognitive et ne déploient qu'accessoirement, voire accidentellement, des effets normatifs. Nous quittons ici le domaine de la *jurislatio* pour passer de l'autre côté du miroir, celui de la *jurisdictio*, celui des acteurs qui prétendent d'abord et avant tout *dire* le droit, contribuant indirectement seulement à le façonner.

Ces « diseurs de droit » se répartissent en deux grandes catégories. Il y a d'une part ceux reconnus comme tels par le système juridique. Leurs descriptions de l'état du droit reposent sur un *fondement*, une habilitation qui leur est décernée par l'ordre juridique, de sorte que leurs affirmations sont frappées du sceau de la *validité* juridique et, pour cette raison, sont lestées d'une dimension normative indéniable. J'ai déjà parlé du juge, incarnation paradigmatique de cette catégorie, auquel sont accordées les qualités officielles de « jurislatores » (il a le *pouvoir* de décider, de trancher) *et* de « jurisdictores » (il est l'interprète officiel de l'ordre juridique).

Mais à côté des cours et tribunaux, il faut mentionner tous les organes habilités à dire le droit dont les productions jouissent d'une normativité « assourdie » (les avis de la section de législation du Conseil d'Etat ou de la Cour internationale de justice, les

communications et les recommandations des organes onusiens de respect des droits de l'homme, etc.). Quoique non contraignantes, ces analyses juridiques n'en demeurent pas moins frappées du sceau de la *validité* du système juridique – elles sont présumées particulièrement *autorisées* dès lors qu'elles sont programmées et encadrées par le droit lui-même. Leur normativité est restreinte, certes, mais ne saurait être sous-estimée. D'une part, ces analyses sont susceptibles de jeter le doute sur la validité des actes juridiques dont elles traitent. En ce sens, elles remettent en cause (sans pour autant pouvoir la censurer) la prétention de l'auteur de l'acte en question à avoir, en adoptant ce dernier, correctement dit le droit. D'autre part, sitôt rendus publics, ces avis, recommandations, communications, rapports rejoignent l'univers des éléments juridiquement pertinents susceptibles d'être repris par d'autres diseurs de droit et, de proche en proche, de modifier la représentation collective de l'état du droit (ce qui est la même chose que modifier l'état du droit) sur la question dont ils traitent.

La seconde catégorie regroupe les diseurs de droit agissant ou s'exprimant *en dehors de tout fondement officiel*, c'est-à-dire ceux dont l'*opinio iuris* est « spontanée ». N'obéissant aucune condition de validité dictée par le système, leur *autorité* n'est pas officielle, elle n'est pas présumée par le système. Je défends l'idée que cette seconde catégorie recouvre potentiellement tout le monde. Plus précisément, pour reprendre la lumineuse expression de Hardt et Negri, je dirais que cette catégorie regroupe la « multitude »⁹, cette foule humaine bigarrée et irréductible, dont l'intelligence juridique individuelle est un présupposé même du droit.

Mais n'allons pas trop vite. Et commençons par constater que cette seconde catégorie abrite d'abord des diseurs de droit qui prétendent fonder leurs analyses sur une connaissance particulière des règles sur lesquelles elles portent. C'est le cas, en général, des titulaires d'un diplôme en droit. Avocats, juristes d'entreprise, professeurs, auteurs de doctrine, tous sont amenés quotidiennement à livrer l'état du droit sur des questions données. Leurs travaux *font autorité* – à l'instar des connaissances du médecin¹⁰ –, une

⁹ Cf. M. HARDT, A. NEGRI, *Multitude. War and Democracy in the Age of Empire*, Penguin Books, 2005.

¹⁰ Il me semble que la différence réside toutefois dans le fait que les recommandations du médecin sont *d'abord* à portée normative, soutenues (*légitimées*) simplement par une certaine prétention cognitive. A l'inverse, le propos du diseur de droit se veut *d'abord* descriptif, cette description étant ensuite susceptible de déployer des *effets* normatifs, comme par exemple lorsqu'un auteur de doctrine affirme que telle loi est contraire à telle disposition de la Constitution. La différence n'est pas que formelle : l'objet de la connaissance du diseur de droit, c'est la norme elle-même, de sorte que le juris-dicteur s'efface totalement derrière la norme qu'il ne fait qu'exprimer. En revanche, lorsque le médecin recommande à son patient la prise de tel ou tel médicament, il ne prétend pas être qu'un intermédiaire : son conseil est fondé sur sa science, mais il *n'est pas* cette science. On objectera sans doute que le professionnel du droit (auteur de doctrine, avocat, notaire) sort en permanence de cette position de neutralité pour adresser des recommandations au destinataire de ses analyses juridiques (le législateur, des clients, etc.). Il me semble que dans ces circonstances, le juriconsulte *sort* alors du discours juridique pour formuler des conseils stratégiques, susceptibles du reste d'intégrer d'autres données (de type coût-bénéfice) que celles strictement juridiques. Lorsque l'avocat résume à l'intention de son client l'état du droit sur telle ou telle question, il se pose en jurisdicteur. Mais lorsque, suite à cette description qui se prétend neutre, il adresse à son client des recommandations, il quitte la scène du droit pour endosser, sur une autre scène – celle, économique, du marché qu'il a conclu avec son client de défendre au mieux ses intérêts, où il peut aller jusqu'à conseiller d'enfreindre la règle –, celle de l'expert juridique, aux côtés de l'expert médical, comptable ou immobilier. Le même constat vaut pour le professeur de droit lorsqu'après avoir brossé le panorama juridique sur telle ou telle question, il pénètre la scène politique pour souffler au prince les réformes qui lui paraissent s'indiquer. Cette distinction peut paraître byzantine. Il me paraît cependant essentiel de la garder à l'esprit pour dévoiler toute tentative de confiscation, par les juristes, au nom de leur savoir, de sujets (et d'arbitrages) qui ne leur appartiennent pas. J'y reviendrai.

autorité directement proportionnelle à l'expertise dont ils sont crédités¹¹. De ce crédit – et de la qualité de leur travail – dépendra ensuite la « force normative » (la « portée normative », préciserait Catherine Thibierge¹²) de ces analyses juridiques officieuses, c'est-à-dire leur capacité à modifier la perception qu'ont les autres « jurisdicteurs » de l'état du droit sur une question donnée et, dès lors, à influencer sur les comportements. On ajoutera que les juristes ne sont pas les seuls diseurs de droit dont les analyses sont susceptibles de « faire autorité ». Le permanent syndical, l'expert-comptable, le syndic d'immeubles, sont autant de figures dont l'*opinio iuris*, basée sur une connaissance de terrain, jouit bien souvent d'une certaine autorité et, dès lors, d'une certaine portée normative¹³.

Mais – et ce point est fondamental – le domaine du droit n'est pas réservé aux seuls acteurs habilités par l'ordre juridique ou plus ou moins autorisés par une connaissance ou une expérience particulière. Une pratique adoptée de manière générale et systématique par les membres d'une société donnée, lorsqu'elle est accompagnée du sentiment qu'une telle pratique est obligatoire en droit, peut donner naissance à une coutume. Ce phénomène est bien connu en droit des gens. On sait que si l'*opinio iuris* exprimée par un seul Etat est dépourvue de toute force juridique, elle peut néanmoins constituer l'amorce d'une règle de droit international lorsque d'autres gouvernements s'y rallient.

L'influence du sentiment d'obligatorité sur l'évolution du paysage juridique n'est cependant pas propre à l'ordre juridique international. Par ailleurs, elle n'emprunte pas nécessairement la voie balisée du droit coutumier. La simple évolution de l'*opinio iuris* partagée par des particuliers « profanes » peut avoir d'importantes répercussions sur l'ordre juridique. N'est-ce pas ce type d'évolution sociétale qu'a à l'esprit la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *S.W. c. le Royaume Uni* lorsqu'elle considère qu'en dépit du libellé de la législation britannique à ce sujet, le viol ne peut être exclu entre époux¹⁴ ? De manière plus routinière, n'est-ce pas son *opinio iuris* qui conduit un justiciable à consulter un avocat et, dans la foulée, à tenter un procès susceptible d'avoir d'importantes retombées sur l'état du droit¹⁵ ?

Beaucoup de juristes éprouveront sans doute quelques réticences à admettre que le spectre juridique s'étire jusqu'à ces confins du quotidien, qu'il se cache même dans les pratiques et croyances de simples citoyens, et seraient plus enclins à arrêter l'empire du droit au stade du juge ou, au mieux, à celui des diseurs de droit officiels, ceux dont les interprétations sont « validées » par l'ordre juridique en question – les plus flexibles (ou

¹¹ Sur cette question, cf. P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, not. p. 5-6

¹² C. THIBIERGE *e.a.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruxelles – Paris, Bruylant-LGDI, 2009.

¹³ Les juridictions étrangères me paraissent elles aussi relever de ce sous-groupe de diseurs de droit, certes « autorisés », mais pas pour autant « validés » par l'ordre juridique national.

¹⁴ Arrêt du 22 novembre 1995 (requête n° 20166/92).

¹⁵ Une illustration assez remarquable de ce cas de figure nous est fournie par un arrêt rendu le 15 mai 2015 par la Cour de cassation de France (pourvoi n° 14-50058), dans lequel un justiciable, après avoir perdu dans tous les degrés d'instance (y compris en cassation), attaque son avocat en responsabilité au motif que ce dernier a refusé d'invoquer, en cassation, un moyen tiré du droit de l'Union européenne que lui avait soufflé son client. La Cour de cassation donne raison à ce justiciable persévérant (et non juriste !), considérant que son avocat a manqué à son devoir de compétence. Sur cet arrêt, cf. J.-P. HORDIES, « L'obligation de connaissance du droit de l'Union européenne dans le chef de l'avocat », *L'observateur de Bruxelles*, n° 102, octobre 2015, p. 40-42.

les plus narcissiques ?) acceptant peut-être d'y intégrer les analyses des juris-dicteurs autorisés par quelque compétence juridique dûment attestée¹⁶.

Je crois qu'une telle tendance s'explique par le haut degré de sophistication de nos ordres juridiques modernes, sophistication qui s'est principalement opérée le long de l'axe « jurislation » de notre spectre. En inventoriant les sources formelles du droit et en en réglementant l'utilisation et la sanction, les sociétés modernes ont fait des activités essentiellement jurislatives la face émergée du droit, reléguant dans des profondeurs inavouables – car dépourvues de toute légitimité *a priori* – les discours et pratiques à prédominance jurisdictive.

Il ne faudrait pas que cette récente hypertrophie de la dimension normative conduise à masquer l'évidence, c'est-à-dire que les discours et pratiques à dimension essentiellement cognitive (activités de *jurisdictio*) sont en réalité, historiquement et logiquement, premiers dans la genèse du droit. Les sources originaires du droit (coutumes, principes généraux) sont là pour nous le rappeler, dont la fonction première consiste à « officialiser » la normativité diffuse, implicite, véhiculée par la représentation du droit qui émerge de pratiques et de croyances collectives. Et ce n'est sans doute pas un hasard si la norme suprême de l'ordre juridique international, le fameux *jus cogens*, consiste en un embryon d'ordre public mondial tenu hors de portée des jurislateurs.

Les développements qui précèdent nous ont déjà permis de bien avancer dans notre recherche de l'ADN du droit. Celui-ci est doté d'une double hélice, l'une normative, l'autre cognitive. La première est tournée vers le futur, la seconde orientée vers le passé. La première crée la norme à venir, la seconde dit la norme déjà là. L'empire du droit s'étend à tout discours ou pratique qui mêle, dans des proportions variées, cette double dimension.

D'un côté du spectre de la juridicité, se trouvent les actes et les textes à dominante *normative*. Ils procèdent d'une volonté de réglementer. Cette activité de *jurislatio* trouve son fondement et sa limite dans des normes antérieures. Elle est donc pratiquée en *connaissance* du droit. L'acteur entend *obliger en disant* (en rédigeant et en adoptant un texte), mais pour ce faire, il doit également *dire* (identifier) *la norme déjà posée*. A l'extrémité de cette partie du spectre, des actes très élevés dans la hiérarchie des normes, mais à faible dimension cognitive, et donc à faible teneur juridique.

L'autre moitié du spectre se compose de discours et de pratiques à prédominance *cognitive*. L'intention de l'auteur n'est pas ici de *faire* le droit, mais bien de le *dire*. Cette activité de *jurisdictio* s'accompagne cependant d'effets normatifs, voulus ou non, importants ou infimes. L'acteur dit l'obligation, mais ce disant, il oblige à son tour. A cette extrémité du spectre, on retrouve les comportements de toute personne qui, en

¹⁶ On épinglera cependant les riches analyses consacrées par A.-J. Arnaud (à la suite de J. Carbonnier) au thème de l'infra-droit et du droit vulgaire (*Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, Paris, LGDJ, 1981, p. 324-350). Notons toutefois que si Arnaud est prêt à étendre le spectre de la juridicité jusqu'au « conçu » et au « vécu » juridiques de la population, il prend bien soin d'exclure de telles représentations de la sphère du droit lui-même. Il accrédite ainsi l'idée d'une coupure entre le droit officiel (« positif ») et les représentations que « les gens » se font de ce droit. La conception que je défends se veut à la fois plus déconstructiviste (le droit n'existe pas en dehors des représentations que l'on a de lui) et plus gradualiste (la représentation qu'a chaque personne du droit est susceptible d'influencer, plus ou moins puissamment, la représentation collective que l'on a de lui).

cherchant à se conformer à une règle de droit, contribue à définir les contours de celle-ci et, dès lors à reconfigurer le paysage juridique. Comme à l'autre pôle, la juridicité est faible ici aussi, mais pour les raisons inverses. C'est la dimension normative qui est peu présente, parce que la prétention cognitive est mal assurée, susceptible d'être balayée à tout moment par l'intervention d'un diseur de droit plus « autorisé » (soit par son expertise plus ou moins informelle (le professeur, le juriste d'entreprise, le permanent syndical), soit par son statut de diseur de droit officiel (le juge)).

Au milieu de ce spectre, au sommet de la juridicité et au point de basculement de ses deux dimensions, trône le juge, dont la *juris-latio* s'ancre dans la *iurisdictio*, qui à la fois édicte une norme (X est condamné à rembourser à Y ; la règle Z est annulée, ...) mais ne la crée pas, se contentant de dire la règle qui était déjà là, celée dans l'ordre juridique.

2. Une finalité du droit – Organiser et civiliser l'arbitrage social général

Arrivés au terme de ce long détour, il est temps de retourner à la thèse énoncée en introduction. Selon celle-ci, la finalité spécifique du droit ne consisterait pas tant dans le fait d'*assurer* un arbitrage social général que dans celui d'*organiser* et de *civiliser* ce dernier, en répartissant ce *pouvoir* entre différents types d'« acteurs », en dotant chacun de ceux-ci d'une légitimité spécifique, et en inscrivant leur action dans le temps et dans l'espace propres à leur communauté.

A. Deux données indépassables – la liberté et l'altérité

Commençons par un constat, d'une trivialité confondante : le premier arbitrage entre valeurs et intérêts concurrents, c'est au niveau de chaque individu qu'il s'opère. Le quotidien de chacun d'entre nous est rempli d'actions entreprises au terme d'une délibération intérieure plus ou moins approfondie, s'efforçant de soupeser les raisons militant en faveur d'un tel comportement et celles poussant en sens inverse.

Ce pouvoir que chaque homme a sur ses propres actes est une dimension irréductible de l'humanité ; une société faite d'agents privés de toute forme de libre-arbitre signerait l'absence de l'humain – une société de robots, de zombies, qui ne se hisserait pas même au niveau de certaines communautés animales.

Même dans ses déclinaisons les plus autoritaires, le droit se bâtit sur cette liberté première, « essentielle »¹⁷, et s'avère incapable de l'éradiquer totalement. Dans nos sociétés, l'adage selon lequel « tout ce qui n'est pas interdit est permis » vient reconnaître cet état de « liberté par défaut ». Plus encore, cet état est *garanti* – et légitimé, ce pouvoir arbitral premier – par l'inscription des droits fondamentaux au sommet des ordres juridiques modernes. On n'aura pas manqué de souligner l'importance de ce glissement du registre de l'effectivité à celui de la légitimité : de nos jours, la liberté originelle de chaque personne n'est pas seulement conçue comme un fait ; elle est érigée au rang de valeur suprême de l'ordre juridique – ce qui ne sera pas sans conséquence pour mon propos, j'y reviendrai.

¹⁷ C. ATIAS, *op. cit.*, p. 241.

Que ce pouvoir d'auto-nomie soit *limité* est une donnée tout autant incontestable de l'expérience humaine. Si elle est nécessaire à la « constitution de l'humain », pour reprendre les termes de François Ost, l'altérité n'en fait pas moins surgir la menace de la violence et de l'anéantissement, qui vient s'interposer entre moi-même et mon désir.

Or, c'est tout le pari du droit que d'*organiser* (B) et de *civiliser* (C) ce choc des libertés individuelles.

B. Organiser l'arbitrage

La fonction d'*organisation*, le droit l'assure en répartissant entre différents acteurs le pouvoir d'arbitrer de tels conflits et de contraindre ces libertés originelles. On pense ici à toute l'échelle des jurisluteurs énumérés tout à l'heure qui, du constituant au co-contractant, se voient confier une part de l'*imperium*. Le pouvoir détenu par chacun d'eux repose sur un *fondement* et s'insère dans un *cadre juridique*, qui posent les conditions de *validité* de leurs productions normatives. Reparaît ici l'enchevêtrement entre les versants normatif et cognitif du droit analysé précédemment.

Notons au passage, et c'est un point essentiel pour la suite de mon propos, que l'*intensité normative* exercée par chacun des ces jurisluteurs est inversement proportionnelle à la place qu'il occupe dans la pyramide du droit. J'entends ici par intensité normative le degré de contrainte exercé par la norme sur la liberté individuelle, ou – ce qui selon moi revient au même – le degré de précision de l'arbitrage réalisé par cette norme¹⁸.

Pour illustrer cette observation contre-intuitive, prenons l'exemple d'un conflit opposant un syndicat en grève et une entreprise. L'arbitrage opéré au niveau constitutionnel est peu contraignant, qui se contente de consacrer la liberté d'entreprise et le droit de mener des actions collectives tout en reconnaissant que des restrictions peuvent être apportées à l'une et l'autre de ces prérogatives. Un échelon plus bas, le législateur peut déjà se montrer plus précis, énumérant par exemple les conditions auxquelles le droit de grève peut être exercé. L'arbitrage se resserre, la contrainte aussi, mais l'intensité normative demeure limitée, fixant au mieux un cadre dans lequel les acteurs exercent leur liberté. Ce n'est finalement qu'au niveau judiciaire qu'une norme individuelle est émise qui, soldant la dispute, vient imposer un comportement précis à la partie condamnée. On observera que l'intensité normative suit une évolution parallèle à celle de la juridicité évoquée plus haut, croissant à mesure que l'on descend dans la hiérarchie des normes.

C. Civiliser l'arbitrage

Mais le droit ne se contente pas d'*organiser* les conflits d'intérêts, de valeurs, de visions du monde, qui traversent le corps social. Il les *civilise* également, en dotant chaque détenteur de l'*imperium* d'une *légitimité* qui lui est propre. *En d'autres termes, le droit vient organiser la légitimité de ses propres auteurs*. Cette entreprise de légitimation a pour objet de rendre acceptables pour chacun les contraintes que cet *imperium* diffracté

¹⁸ Cette notion d'intensité normative me paraît voisine, mais néanmoins différente des trois pôles de la « force normative » (valeur normative portée normative, garantie normative) identifiés par Catherine Thibierge dans C. THIBIERGE *e.a.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruxelles – Paris, Bruylant-LGDJ, 2009.

fait peser sur son libre arbitre. On retrouve ici une thèse défendue avec constance par François Ost, plaçant le droit au croisement du juste et de la force, de la légitimité et de l'effectivité¹⁹.

(1) Légitimité démocratique et légitimité experte

Dans nos ordres juridiques modernes, on le sait, cette légitimité trouve traditionnellement son fondement dans la souveraineté populaire. On n'ignore pas non plus que cette légitimité de type démocratique tend à s'affaiblir à mesure que l'on descend les échelons de la pyramide du droit. Alors que la modification de la Constitution requiert l'aval des représentants d'une majorité renforcée du peuple électoral, les lois peuvent être adoptées moyennant une majorité simple. Quant aux normes édictées par le pouvoir exécutif, leurs auteurs peuvent se prévaloir au mieux d'une légitimité démocratique indirecte, qui découle du contrôle que le Parlement exerce sur eux (en théorie du moins). Enfin, la légitimité populaire des juges est encore plus ténue, qui tient simplement au fait que leur nomination obéit à des principes et à des procédures prévus par le constituant et le législateur.

A première vue, la hiérarchie des normes semble fournir l'explication la plus convaincante à cette légitimité démocratique descendante : alors qu'un appui populaire fort paraît indispensable à qui souhaite changer les normes suprêmes de l'ordre juridique, un tel niveau d'exigence semble superflu pour l'adoption d'actes juridiques subalternes, par hypothèse soumis au respect des normes qui leur sont supérieures.

Cette théorie explique également que l'étendue du pouvoir discrétionnaire donné par le droit à ses jurisluteurs diminue à mesure que l'on descend dans la hiérarchie des normes et dans l'échelle de légitimité démocratique.

Je ne prétends pas que cette explication soit fautive, mais elle me paraît incomplète. Rappelons à cet égard que l'intensité normative d'un acte juridique est inversement proportionnelle à sa place dans la hiérarchie des normes. En ce sens, l'arbitrage opéré par un tribunal est source d'une contrainte pour la liberté individuelle qui est sans commune mesure avec les options prises par le constituant.

Je voudrais, dès lors, faire l'hypothèse suivante : loin d'organiser un *étiolement* de la légitimité des jurisluteurs à mesure que ceux-ci « descendent en grade » dans la hiérarchie des normes, le droit procède bien plutôt à une *transformation* de cette légitimité en même temps que s'accroît l'intensité normative de leurs arbitrages. Cette transformation prend la forme d'une substitution progressive d'une forme de légitimité par une autre : le déclin de la légitimité *démocratique* est compensé par un accroissement corrélatif d'une légitimité *experte*.

C'est ce phénomène qui explique que le législateur se décharge des questions techniques sur son gouvernement et – surtout – sur son administration, présumés dépositaires d'un savoir de terrain, d'une expertise plus à même de dégager les termes d'un juste arbitrage. C'est également ce processus qui fonde la légitimité des décisions de justice, rendues par un juge auréolé de sa connaissance du droit que traduit bien l'adage *iura novit curia*. On notera à cet égard que si le droit érige le juge en arbitre du

¹⁹ Cf. not. F. OST, *A quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 398-400.

dernier mot, il n'y parvient qu'en le ravalant en même temps au statut de serviteur de la loi – la légitimité et la force de son magistère tenant dans son manque de volonté propre, la sentence du juge se présentant comme le résultat d'une pure opération de l'esprit, celle d'un esprit à la fois éclairé et servile, double qualité seule à même de justifier l'exorbitante contrainte qu'elle fait peser sur les libertés individuelles.

(2) Crise et contentieux de la légitimité

Mais il y a sans doute plus. Dans nos sociétés contemporaines, animées d'un souci aigu pour cette même liberté et d'une remise en cause de l'autorité²⁰, on exige davantage du droit qu'une entreprise de légitimation *ex ante* : ce n'est pas parce que le parlement a été élu, que l'exécutif a à sa disposition une armée de fonctionnaires, que le juge a un diplôme en droit, que leurs arbitrages sont nécessairement *justes*. Si personne n'a jamais réellement cru au postulat de rationalité du législateur ou à la figure du juge bouche de la loi, on estime désormais que le droit lui-même doit se distancier de ces modèles trop simples de légitimation, dans un mouvement de juridicisation au carré, consistant en quelque sorte à jouer le droit contre le droit.

Ce renforcement de l'exigence de légitimité *dans le droit* se marque particulièrement aux niveaux inférieurs de la pyramide du droit, qui, insistons-y, se caractérisent par une forte intensité normative. A l'échelon judiciaire d'abord. Le droit ne se contente plus de servir de *fondement* à l'office du juge et de proclamer ce dernier serviteur éclairé de la loi. Si les décisions de justice continuent de bénéficier de la présomption de vérité légale, celle-ci doit plus que jamais se mériter dans une société qui chérit la transparence et abhorre toute forme d'autorité brute, exercée sans explication. Le juge ne peut plus se retrancher derrière l'adage *iura novit curia* pour faire l'économie d'une motivation substantielle de ses décisions. Le justiciable doit pouvoir s'assurer que le juge a été à la hauteur du rôle dont le droit l'investit, et qu'il n'a pas troqué le bandeau de la justice contre le pouvoir discrétionnaire des (autres) juristes²¹.

²⁰ Sur ce thème cf. H. ARENDT, « What is Authority », *op. cit.*

²¹ Sur cette évolution et ses soubassements, cf. la brillante thèse de F. MALHERIE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation) – Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, 2013. Cf. également la charge menée par la doctrine contre la brièveté des arrêts de cassation, tant en Belgique (I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence*, Bruxelles, Bruylant, 2003) qu'en France (C. ATIAS, *op. cit.*, p. 51-52 et 149-150 ; F. GEA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, Paris, LGDJ, 2009). De manière plus générale, l'obligation de motivation des décisions de justice semble avoir été dopée par le droit des « deux Europe ». A Strasbourg, le droit au procès équitable oblige, par exemple, à lever un coin du voile quant aux motifs présidant aux verdicts des jurys d'assises (cf. l'arrêt rendu en grande chambre le 16 novembre 2010 dans l'affaire *Taxquet c. La Belgique* du 16 novembre 2010). A Luxembourg, il appartient au juge suprême de motiver adéquatement son choix de ne pas poser de question préjudicielle, sous peine d'engager la responsabilité de son Etat (cf. les conclusions présentées par l'AG Bot dans l'affaire C-160/14 *Ferreira da Silva*, EU:C:2015:390, spéc. pt. 90). Dans le même sens, cf. le plaidoyer de l'AG Bobek (Conclusions du 21 décembre 2016 dans l'affaire C-215 P *Commission c. Breyer*, EU:C:2016:994) en faveur de la reconnaissance d'un « principe général d'ouverture » qui lie les juridictions de l'Union. En effet, dit-il, « [l']ouverture des juridictions favorise leur caractère démocratique en permettant aux citoyens de surveiller l'exercice du pouvoir judiciaire, en garantissant que ces derniers y participeront par le débat public et, en définitive, en améliorant la compréhension des décisions de justice. L'ouverture dont font preuve les juridictions finit ainsi par alimenter leur légitimité via les ressources mobilisées. (...) Les juridictions paraissent davantage dignes de confiance, fiables et efficaces lorsqu'elles divulguent certains au moins des documents sur lesquels elles s'appuient pour rendre une décision de justice. Le public peut ainsi voir qu'une juridiction a procédé à un examen approfondi des différents arguments invoqués par les parties puis à leur mise en balance. Cela aide le public à comprendre la logique sous-

Ce pouvoir discrétionnaire, le droit le reconnaît traditionnellement à l'exécutif. Mais ici encore, une telle habilitation ne suffit plus à rendre par avance *légitime* l'exercice de ce pouvoir. Le droit exige désormais du gouvernement qu'il utilise sa discrétion à *bon escient*. Il appartient désormais au ministre et à son administration d'examiner « avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce » (ont-ils écouté tous les points de vue ? ont-ils consulté les experts ? les ont-ils écoutés ?) et de motiver leur décision de façon circonstanciée²².

L'exécutif n'est pas le seul dont les arbitrages sont ainsi placés sous surveillance. Les compromis tissés par le législateur lui-même se voient désormais scrutés à l'aune de certains principes juridiques, d'aucuns n'hésitant pas à affirmer que, sur ce point, « les principes applicables dans les procédures administratives sont *mutatis mutandis* applicables aux procédures législatives »²³. Qu'un acte législatif présente des incohérences²⁴, qu'il ait été adopté sans consultation de l'ensemble des *stakeholders*²⁵ ou qu'il menace l'équilibre budgétaire²⁶, il expose des failles dans le travail parlementaire et, dans certains cas, peut conduire un juge à en constater l'invalidité. A l'inverse, un dossier législatif bien ficelé, qui démontre la diligence et la compétence de ses auteurs, confèrera à ces derniers un surcroît de marge d'appréciation susceptible d'adoucir la rigueur du contrôle juridictionnel opéré sur la loi qui en résulte²⁷.

Contrôle juridictionnel, disais-je. Forcément. C'est sans surprise la figure judiciaire qui sort renforcée de ce retournement du droit sur lui-même. Les cours et tribunaux ne sont plus simplement là pour s'assurer que le *produit* (poïèsis) de l'arbitrage attaqué devant eux (le jugement, l'amende, l'arrêté, la loi) est resté dans le cadre délimité par l'arbitrage réalisé au niveau supérieur (l'amende est-elle conforme à l'arrêté ? L'arrêté à la loi ? La loi à la Constitution ?). Désormais, les juridictions sont également les garantes du *processus* (praxis) d'arbitrage lui-même, chargées de vérifier que le juriste a exercé son office avec soin, qu'il a été digne de la confiance placée en lui, non seulement en prenant en compte l'ensemble des intérêts en présence, mais également en faisant preuve d'humilité face aux savoir experts qu'il n'aura pas manqué de convoquer.

On voit ainsi le contentieux de la *légitimité* de l'arbitrage (qui se rapproche fort de ce que l'on appelle le contentieux de la légalité *externe*, en droit administratif français) compléter et influencer le contentieux relatif au *bien-fondé* de ce dernier (que

tendant une décision de justice et la raison pour laquelle un argument a pu l'emporter sur un autre » (pts 98-99).

²² C-269/90 *Technische Universität München*, EU:C:1991:438, pt. 14. Cet arrêt est à l'origine d'un courant jurisprudentiel abondant.

²³ Cf. les conclusions présentées le 13 septembre 2016 par l'avocat général Wathelet dans l'affaire C-104/16 P *Conseil c. Front Polisario*, EU:C:2016:677 (pt. 223)

²⁴ Cf. p. ex. C-169/07 *Hartlauer*, EU:C:2009:141.

²⁵ Cf. p. ex. T-512/12 *Front Polisario c. Conseil*, EU:T:2015:953.

²⁶ Je fais ici référence à la fameuse règle d'or consacrée à l'article 3 du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance en Europe, qui ordonne également l'inscription de cette règle dans l'ordre juridique de chaque Etat membre « au moyen de dispositions contraignantes et permanentes, de préférences constitutionnelles ».

²⁷ Cf. p. ex. Cour eur. D.H., *Evans c. Royaume Uni*, 7 mars 2006, pt. 63. Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur ce point, cf. M. SAUL, « The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments », *Human Rights Law Review*, 2015, p. 1-30.

j'assimilerais au contentieux de la légalité *interne*, selon la dichotomie du droit français). Alors qu'un arbitrage mené avec rigueur et diligence conférerait à son auteur un pouvoir discrétionnaire renforcé, des manquements dans le processus de pondération des intérêts conduiraient à un affaiblissement de ce pouvoir, justifiant le remplacement du compromis défaillant par un arbitrage juridictionnel.

(3) Une validité enrichie – la revanche de la multitude

Ce renforcement du contentieux de la légitimité de l'arbitrage me conduit à formuler deux remarques conclusives.

La première concerne les rapports entre dimensions normative et cognitive du droit. J'ai commencé par affirmer que le discours juridique se singularisait par un enchevêtrement caractéristique de ces deux dimensions. S'agissant des actes « jurislatifs » j'ai noté qu'ils étaient adoptés sur le *fondement* et/ou *dans le cadre* de normes antérieures, qui lui conféraient leur *validité*. En ce sens, ils se distinguaient d'autres types de pratiques ou de discours à portée essentiellement normative dont la dimension cognitive se limitait à une simple *explication* (le cas du braqueur en aveux – premier degré d'interaction entre dimensions normative et cognitive) ou à une *justification* de type non normatif (le cas du médecin faisant ses recommandations – deuxième degré d'interaction entre ces deux dimensions).

L'évolution décrite plus haut me conduit maintenant à préciser que le fondement et le cadre fournis par le droit contemporain, c'est-à-dire les normes habilitant et enserrant l'activité des jurislatoeurs (troisième niveau), incluent désormais des obligations relatives à l'explication (premier niveau) et à la justification (deuxième niveau) des normes qu'ils adoptent. Ainsi, le fait pour un législateur d'agir sur le fondement d'un article de la Constitution et de respecter les prescriptions matérielles de la norme suprême, ne suffit plus à présumer l'existence d'explications et d'une justification aux actes qu'il adopte. Pour que ces actes soient *valides* (c'est-à-dire pour qu'ils soient légitimes en droit), le législateur doit plus que jamais en exposer les motifs (explication) et démontrer, par la prise en compte de tous les points de vue, qu'il a honoré son mandat représentatif (justification).

Ma seconde remarque concerne la face immergée du droit, celle à prédominance cognitive des « jurisdicteurs » officieux, qui semble avoir été quelque peu perdue de vue dans cette seconde partie. Il me semble que la montée en puissance du « contentieux de la légitimité » signe la revanche de ces acteurs de l'ombre, de cette multitude à laquelle nous appartenons tous, dont les appréciations quotidiennes influencent la représentation collective du droit. Alors que la modernité juridique les avait relégués aux marges du droit, consacrant la toute-puissance des jurislatoeurs et de leurs arbitrages, ces dernières décennies les replacent au centre du jeu. Certes, c'est le juge qui contrôle et défait les arbitrages politiques défaillants. Mais, nous l'avons vu, la crise de légitimité qui accroît en amont le pouvoir des cours et tribunaux (*vis-à-vis* des autres jurislatoeurs) l'affaiblit simultanément en aval (*vis-à-vis* des autres jurisdicteurs) : tenu à une obligation de motivation de plus en plus rigoureuse, le juge doit à son tour rendre des comptes et prouver sa compétence. Or, cette obligation n'a de sens que pour autant que l'on crédite les destinataires de ses décisions d'une certaine compétence juridique – la faculté de comprendre et d'évaluer le raisonnement du juge et, plus largement, la capacité à participer à la construction toujours en chantier de la représentation collective du droit.

Ainsi retrouve-t-on la liberté individuelle à la fois au commencement et à la fin du droit contemporain. Ce dernier fait de chaque être humain le premier jurislatoeur et le dernier jurisdicteur. Le premier jurislatoeur, car le droit lui garantit la liberté de procéder à ses propres arbitrages. Le dernier jurisdicteur, car il compose cet « auditoire universel » évoqué par Perelman, cette multitude au nom de laquelle les arbitrages se font et se défont, ce peuple souverain qui demande des comptes à ses mandataires, le dépositaire d'une intelligence juridique sur lequel est bâti le pari même du droit – celui de légitimer la force, de justifier la contrainte, de civiliser le litige.

Conclusion – Retour en politique

Les propos qui précèdent ont brassé large, et je suis conscient qu'ils demandent à être approfondis et précisés à bien des égards. Il me semble néanmoins qu'ils ont permis de prolonger la réflexion du dédicataire de ces lignes sur la façon dont droit et politique contribuent à définir l'équilibre social général. Il est temps de récapituler ces enseignements et, peut-être, d'en tirer quelques leçons à l'adresse des juristes.

Je ne suis pas certain que le droit ait pour objet (ou pour finalité) d'assurer toujours, et directement, une fonction d'arbitre entre les intérêts, les valeurs, les visions du monde qui tissent notre vivre-ensemble. En revanche, il me paraît correct d'affirmer que le droit a pour mission de contribuer à cet arbitrage en l'organisant et en le civilisant.

Il l'*organise*, car il décompose cette mission générale en une myriade de fonctions particulières, qu'il confie à des acteurs déterminés.

Parmi ceux-ci, des acteurs politiques assurément, qui s'efforcent de forger des compromis dans l'intérêt général de la nation qu'ils représentent. Ces arbitrages ne sont pas intrinsèquement juridiques. Certes, ils sont parfois coulés dans les formes du droit, c'est-à-dire qu'ils empruntent la structure du discours juridique, savant mélange de normatif et de cognitif qui les ancre dans le temps et dans l'espace de la communauté. En revanche, leur contenu n'a rien de spécifiquement juridique (cet article défend l'hypothèse que la juridicité n'est pas affaire de contenu) – ni du reste de « politique ».

Le droit *légitime* également les acteurs qu'il institue en leur fournissant le fondement et le cadre dans lequel ils peuvent faire œuvre normative. Ce fondement présuppose une légitimité particulière dans le chef de ces acteurs – principalement électorale au sommet de l'ordre juridique, à prédominance technique à sa base.

Dans nos ordres juridiques contemporains, cette légitimité n'est toutefois jamais acquise. Le droit exige de ses acteurs qu'ils démontrent à chaque instant qu'ils sont à la hauteur du mandat qui leur a été confié, dans un mouvement qui vient restreindre la façon même dont ils exercent leur pouvoir discrétionnaire.

Cette évolution n'est pas sans conséquence pour notre propos. S'y reflète en effet un droit de plus en plus inquisiteur qui, sous couvert d'assurer leur légitimité, regarde par-dessus l'épaule de ses jurislatoeurs et évalue la rectitude de leurs arbitrages. Dans ce sens-là, il n'est sans doute pas faux d'affirmer que le droit contemporain encadre avec une telle minutie l'activité même de ses arbitres que, dans certains cas, il n'est pas loin de s'en emparer. Pour la donner à qui, dans ce cas ? Aux juges, serait-on tenté de dire,

sauf qu'ils sont eux-mêmes emportés par cette crise de légitimité qui leur impose de rendre des comptes. Des comptes à qui ?, demandera-t-on encore. A la multitude, répondrais-je, celle qui possède collectivement le droit, celle au nom duquel il est dit, celle dont l'intelligence juridique est un postulat du droit lui-même.

Et les juristes, dans tout cela ? Quel est leur rôle dans ce paysage en mutation ? Il me semble que nos réflexions sur la fonction du droit dans l'arbitrage social général doivent garder le juriste de deux attitudes diamétralement opposées et pareillement excessives²⁸. La première consiste à faire preuve d'un excès de vanité. Fondée sur l'idée que c'est le droit lui-même qui fournit la clef des arbitrages sociétaux, cette attitude voit le juriste confisquer le débat public au prétexte de sa connaissance du matériau juridique. Il n'est sans doute pas nécessaire de s'attarder sur cette première extrémité, dont j'espère que les propos qui précèdent suffisent à démonter l'inanité.

La seconde position est celle d'une humilité démesurée. Partant du principe que le droit ne serait que la chambre d'enregistrement des décisions politiques, qu'il serait dépourvu de toute épaisseur propre, le juriste se cantonne ici dans un rôle de technicien, de greffier, convaincu que son rôle se situe exclusivement en aval de la délibération démocratique, que son office se limite à cristalliser et ordonner les cendres déjà froides du débat public.

Cette seconde attitude est assez répandue chez les juristes de nos jours, et la présentation très formelle de l'ADN du droit que je viens d'esquisser pourrait être récupérée à son crédit. Il importe donc de la dénoncer avec force. Nous l'avons vu, le droit n'est rien d'autre qu'un type particulier de discours, qu'aucun inventaire des sources formelles ne peut prétendre saisir et figer. Il anime l'arène politique aussi sûrement que le compromis politique investit la loi. Renoncer à examiner le droit avant qu'un juriste ait prétendu le concevoir, c'est non seulement se condamner à la myopie, mais c'est aussi ignorer la première mission du droit, qui transparaît dans toute l'œuvre de François Ost, et qui consiste à unir la justice et la contrainte, la légitimité et la force.

Le droit appartient en commun à la multitude silencieuse des jurisdicteurs. C'est eux qu'il sert en faisant le pari d'organiser et de civiliser leurs relations. Et c'est à eux qu'il s'adresse en faisant le pari de son intelligibilité collective. Dans ce contexte, il me semble que le rôle des juristes consiste avant tout à veiller au respect de ce double pari en s'assurant qu'aucune cassure ne surgisse sur le spectre de la juridicité. Les juristes m'apparaissent en quelque sorte comme la courroie de transmission entre le versant officiel du droit et sa face immergée.

D'un côté, dans une perspective *top-down*, il leur incombe d'être à la hauteur de l'autorité officieuse que leur confère leur diplôme, en livrant des analyses juridiques rigoureuses susceptibles d'éclairer les autres diseurs de droit. En levant les équivoques, en déjouant les malentendus, ils clarifient les contours du « jeu du droit » et contribuent

à transformer des « différends » en « litiges », susceptibles d'être soldés dans l'arène juridique²⁹.

Mais d'autre part, dans un mouvement ascensionnel, il appartient aux juristes de montrer aux justiciables que, loin d'être un objet inaccessible, le droit est un *discours*. Un discours qui entend relier le futur d'une société (dans son versant normatif) à son passé (dans sa dimension cognitive) ; un récit collectif à la construction duquel chacun contribue, fût-ce inconsciemment ; et même une voie d'accès privilégiée au débat public, comme le démontre le renforcement du contentieux de la légitimité dans notre droit contemporain.

C'est à ce tissage du spectre juridique que contribue l'avocat lorsqu'il monte un dossier au départ du sentiment d'injustice de son client, ou le juge lorsqu'il écoute les parties qui s'en réfèrent à lui. C'est aussi dans ce sens qu'il faut comprendre le développement récent du *cause lawyering*, non seulement devant les cours et tribunaux, mais également dans les enceintes parlementaires.

Sur ce dernier point, une ultime précision : interface privilégiée entre la multitude et les jurisluteurs, diseur de droit « faisant autorité », le juriste me semble avoir un double rôle à jouer auprès des décideurs politiques. Il lui incombe bien sûr, négativement, d'alerter les détenteurs de l'*imperium* lorsque l'un de leurs projets est barré par une norme supérieure. Ce faisant il leur rappelle les engagements déjà pris par leurs prédécesseurs envers la multitude. Mais il lui appartient aussi, positivement cette fois, de leur démontrer à chaque occasion que l'ordre juridique est en mesure d'accueillir en son sein telle ou telle revendication portée par le corps social. En clarifiant ainsi le cadre juridique (en faisant, pour le jurisluteur, l'exercice cognitif que le droit lui impose), le juriste ouvre l'horizon normatif. En établissant qu'une telle revendication ne rencontre aucun obstacle juridique, il place les élus face à leur responsabilité politique et, le cas échéant, met en lumière les autres normativités, diffuses et souterraines, qui viennent s'interposer entre la décision politique et les attentes de justice de la multitude.

Ce n'est certes pas au juriste – pas davantage qu'au droit – qu'il revient d'assurer l'arbitrage social général. Mais c'est sa mission d'y contribuer, en veillant à ce que le droit reste toujours cet aiguillon du pouvoir, ce bien commun inaliénable, cette ressource collective qui n'en finit pas d'instituer la société.

²⁸ Une idée similaire est défendue par François Ost à propos du droit lui-même dans *A quoi sert le droit ?* (cf. not. p. 9 et p. 123-124), qui évoque « la propension, presque inévitable, soit de prêter trop au droit, soit, à l'inverse, de lui dénier tout rôle significatif ».

²⁹ On aura reconnu ici la distinction proposée par J-F. Lyotard (*Le différend*, Paris, éd. de Minuit, 1983), reprise par François Ost dans plusieurs de ses écrits, et notamment dans *A quoi sert le droit* (pp. 139, 291, 483, 512). Cf. aussi A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, F.U.S.L. – Bruylant, 2009, p. 497.