

Du génie juridique au juge traducteur. La face cachée du droit dans la jurisprudence de la Cour de justice

Première leçon : le mythe des deux droits

Antoine Bailleux

*Laboratoire « Forces du droit »,
Université Paris 8, 28 octobre 2014.*

1. Introduction générale

Objectif : prendre la mesure du « génie juridique » postulé par le droit moderne, tel qu'il se dévoile dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

En ce sens, le génie juridique, c'est à la fois

- la *spécificité* du raisonnement juridique, qui ne le réduit :
 - ni à la décision politique
 - ni au jugement moral
 - ni à la logique utilitariste des sciences économiques
- le caractère *surhumain* de ce raisonnement, qui prétend découvrir le droit à la lumière de sa seule intelligence / rationalité.
 - Illustration dans les principes mêmes de notre droit :
 - Il y a toujours une réponse : Cf. interdiction du déni de justice
 - Il n'y a qu'une seule bonne réponse : Cf pourvois en cassation ; renvois préjudiciels en interprétation à CJUE
 - Cette réponse peut et doit être motivée ;
 - Le délibéré pour atteindre cette bonne réponse est secret.
 - Exemples

2. Droit et mythe

Ce génie juridique relève du mythe central du droit moderne, celui des deux droits ou, pour le dire autrement, des deux versants du droit. Versant normatif et versant cognitif.

Pour le comprendre, il faut repartir des problèmes classiques posés par une définition essentialiste du droit (droit comme ensemble de règles juridiques / normes, assorties de contraintes etc.).

- Problème 1 : ne correspond pas à la réalité, ainsi que l'ont démontré un grand nombre de théories critiques.
- Problème 2 : ces théories critiques ne reflètent pas non plus le discours officiel du droit.

Face à ce constat, deux options sont possibles :

- Considérer que ces mythes ne sont que des mystifications qui empêchent le bien-juger et dont il faut à tout prix se défaire.
- Prendre ces mythes pour ce qu'ils sont, à savoir des postulats, des dogmes, des récits fondateurs, dont le caractère contrefactuel ne change rien à l'efficace. Et tout comme la mythologie d'une société constitue une voie royale pour accéder à la connaissance de celle-ci, c'est dans ces mythes, et non contre eux, qu'il faut chercher l'ADN du droit.

3. L'ADN du droit

- Rappel introductif
 - Les théories critiques sont nécessaires et salutaires même, pour éviter de confondre droit et religion.
 - Mais à l'inverse, il ne faut pas que les juristes jettent l'éponge : si les mythes du droit existent, c'est parce que le droit a besoin d'eux pour faire son travail premier, à savoir *ordonner les rapports sociaux en édictant des normes de comportement valables pour le futur*.
- Lu à la lumière de cette fonction première, le droit est doté d'une double ambition :
 - Normative : Régler les comportements...
 - Cognitive : ... futurs : on doit donc pouvoir *regarder en arrière* et dire : voici la norme actuelle.
- Cette double ambition, normative et cognitive, constitue la *spécificité* du droit.
 - Ambition *normative* « première », qui le distingue des *sciences* : médecine, économie, climatologie, etc.
 - Ambition normative liée à une *activité cognitive de rétrodiction*. On regarde en arrière pour découvrir la norme d'aujourd'hui. C'est ce qui distingue l'activité juridique :
 - De l'injonction par la *force*
 - De l'activité *politique*
 - du registre *moral* ou de celui de la *politesse*
 - Cette double dimension explique en revanche pourquoi le droit est si proche de la *religion*, avec néanmoins trois différences.

4. La double hélice de l'ADN

Cet ADN, c'est donc dans la *structure* du discours juridique qu'il faut le trouver, une structure à *deux niveaux*. Le discours juridique est ici entendu comme celui de quiconque entend dire le droit sur une question particulière.

Pourquoi une double hélice ? Parce que, dans ce type de discours, on utilise le mot « droit » dans deux sens différents

- D'un côté, on l'utilise pour parler de la norme qui constitue *l'aboutissement* du raisonnement juridique (« droit *normatif* »).
- Mais d'un autre côté, est également présenté comme du droit *l'ensemble du raisonnement* qui soutient la conclusion quant à l'existence ou au sens de telle ou telle norme (les *données juridiques pertinentes* ; le « droit cognitif ») : apparaît ici le mythe du génie juridique : à l'aide d'un savoir expert, herculéen, le « diseur de droit » se prétend capable de déduire la norme de l'ensemble des données juridiquement pertinente.

5. Le juge, un diseur de droit pas comme les autres

- Dissection de la structure d'un arrêt de la Cour de justice
 - Le cadre juridique
 - L'argumentation des parties
 - L'appréciation de la Cour
 - Le dispositif
- Le poids variable de la jurisprudence
 - Au sein même de l'arrêt
 - D'une culture juridique à l'autre
- Persistance de la distinction entre droit cognitif et normatif – le cas de la responsabilité dans l'exercice de la fonction de juger
- Les revirements de jurisprudence non motivés ou quand le génie devient oracle

6. Conclusion

Il existe un génie juridique. Non pas parce qu'il existe mais parce que le droit est tout entier fondé sur ce postulat.

Un génie... et non pas un oracle.

Un génie qui n'est pas sans rappeler celui du traducteur (leçon 2).