

Le dialogue des juges: entre normativité et normalité

Etienne Picard, Professeur émérite de droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Présentation de la communication

La concurrence des juges ou leur dialogue – à supposer qu’il s’agisse de la même chose, ce qui n’est pas certain du tout parce que la concurrence n’implique pas nécessairement le dialogue, ni le dialogue la concurrence, car l’un est plutôt convivial et l’autre guerrière -, présente quelque chose de vraiment paradoxal : ce sont là des notions qui rencontrent un grand succès dans la pensée ou la parole des juristes, alors que l’on ne peut pas raisonnablement admettre qu’elles seraient des notions vraiment juridiques, en tout cas pas des catégories juridiques au regard de la façon contemporaine de comprendre le droit : ce sont bien, certes, en un sens assez lâche, des notions juridiques dès lors que les juristes s’y réfèrent souvent dans leurs discours, lesquels doivent être tenus pour juridiques puisqu’ils émanent de juristes ; mais ce ne sont pas des catégories juridiques au sens propre, en l’état actuel de cette conception contemporaine du droit : elles n’en ont ni le fondement, ni la rigueur, ni la déterminabilité, ni la substance, ni les effets, ni la portée : où le dialogue des juges se trouve-t-il consigné dans la Constitution de 1958 ou dans la jurisprudence constitutionnelle ? Ces notions expriment simplement une certaine représentation, qui a toute sa valeur néanmoins, de ce que font couramment les juridictions pour contribuer à produire le droit, et qui y travaillent d’une façon nécessaire et généralement heureuse, que la conception dominante du droit devrait en effet prendre en considération - si elle le pouvait ou si elle le voulait.

Cette contradiction entre le louable engouement des juristes pour ces notions opposé à leur inexistence en tant que catégories juridiques exigerait que les juristes se donnent une conception du droit qui leur permettrait de construire ces notions en véritables catégories juridiques, c’est-à-dire en concepts opératoires, autant pour en identifier la présence que pour leur conférer une portée effective et la mesurer. On sait en effet qu’un concept juridique est une construction du réel juridique qui s’opère au regard de référentiels identifiés et qui répond à certaines intentions. Cela implique que, pour élaborer un concept juridique, il est nécessaire de prendre conscience des référentiels que l’on s’est donnés, et de bien les choisir, puis d’admettre qu’ils ne sont pas vraiment neutres en cela qu’ils tendent toujours plus ou moins à agir sur ce réel en le construisant - ce à quoi la science du droit se livre sans cesse quoiqu’elle s’en défende, avec une certaine naïveté quand ce n’est pas une certaine duplicité : le droit est en effet d’abord de la pensée, et l’on ne saurait exiger de celle-ci qu’elle ne construise pas ses propres objets. Et, en se référant nécessairement à ces concepts, les normes s’alimentent ainsi à cette pensée, quoi qu’en pensent les tenants de la conception aujourd’hui dominante du droit qui postulent une dichotomie entre le droit et le discours sur le droit.

En effet, selon cette actuelle conception dominante du droit, celui-ci est simplement un ordre normatif dont l’essence est d’être une structure organisée de normes diverses - dont font parties les décisions juridictionnelles et à certains égards les règles jurisprudentielles -, et qui s’articulent formellement les unes aux autres en sorte que toute norme se caractérise par celles qui l’ont déterminée en amont et par celles qu’elle détermine en aval. Autrement dit, au regard

d'une telle conception du droit, il n'y a place ni pour la concurrence ni pour le dialogue : la concurrence suppose à la fois la pluralité des acteurs dans un champ donné et un degré minimal d'égalité, tout comme la possibilité pour tel ou tel de ces acteurs de triompher sur les autres, tandis que le dialogue présume que chacun puisse avoir part, en raison et en valeur, à la détermination du droit. Or, loin que les rapports entre juridictions soient organisés d'une façon à donner lieu à concurrence ou à dialogue, le droit s'applique au contraire à délimiter très soigneusement le champ des compétences de chacune, pour qu'elles ne se concurrencent pas du tout ; et, s'il advenait que plusieurs d'entre elles puissent opérer dans le même champ de compétences, alors le droit s'attache à les hiérarchiser afin de donner le dernier mot à l'une à l'exclusion des autres.

Autrement dit, la conception des compétences juridictionnelles, comme celles des normes en général, les veut étanches et ordonnées. Comment pourrait-on s'en plaindre si le droit est ou doit être un ordre purement normatif entendu en ce sens ? Cependant, comment ne pas voir aussi que, par delà cette distribution des compétences et cette assignation de rangs et de prééminences différenciés, le droit se construit aussi par les échanges concurrentiels ou dialogiques qu'implique toute production juridictionnelle et jurisprudentielle par une pluralité de juges agissant en interrelations, nécessaires et fécondes, qui n'excluent nullement le propos des auteurs de pensées juridiques. Mais, pour que la concurrence et le dialogue aient quelque chance d'accéder à l'existence de catégories juridiques – et à une certaine juridicité et normativité –, il faudrait changer la conception que l'on entretient ordinairement des normes juridiques, en considérant non plus seulement leur cause formelle (la prescription émanant des normes supérieures) et leurs effets prescriptifs (à l'égard des normes inférieures), mais aussi leur cause substantielle ou matérielle, c'est-à-dire leur contenu. C'est qu'en effet, le juridique dépasse le normatif, tandis que le normatif excède le prescriptif. On peut le dire encore autrement : la catégorie de 'norme' ne doit pas s'entendre seulement du point de vue de son conditionnement hiérarchique et de ses dimensions prescriptives, mais aussi du point de vue de son fond ou de sa teneur. Mais pour accéder à cet ordre de considération, il faut concevoir que la notion de norme ne s'épuise pas dans le normatif au sens de prescriptif : si 'norme' conduit à 'normatif' au sens de 'prescriptif', 'norme' conduit à aussi à 'normal' c'est-à-dire à cette considération du fond des choses, qui est la première dimension de la normativité, autrement dit à ce qui est acceptable, praticable et pratiqué, admis en tout cas, car bon, opportun, juste, approprié, raisonnable, proportionné... et qui, parce qu'un tel contenu présente ces qualités, peut prétendre à une normativité ou une prescriptivité qui n'est plus formelle, mais substantielle, reconnue comme fondamentalement déterminante, et qui peut même s'avérer, comme c'est le cas depuis toujours dans l'histoire du droit, surdéterminante, ainsi que le montre aujourd'hui, on ne peut mieux, le destin des droits fondamentaux dont la fondamentalité révélée, notamment par les juges, est capable de tout emporter, en dépit des normes formelles. C'est en cela que la concurrence et le dialogue contribuent essentiellement à la formation du droit.

Mais c'est seulement en rectifiant radicalement la conception dominante du droit que la concurrence des juges et leur dialogue, qui sont une forme de la jurislogie, cette source discursive et substantielle de tout droit, pourraient avoir quelque chance d'accéder à la pleine reconnaissance de leur existence juridique et normative ; c'est seulement à ces conditions, qui appellent une mutation dans la conception du droit comme normes et comme discours sur ces normes, que le droit dans son ensemble pourrait accueillir la concurrence et le dialogue

comme mode de détermination de ses normes, par delà leurs causes formelles. C'est ainsi que la concurrence des juges et leur dialogue, au lieu d'être incongrus dans le cadre d'une conception du droit qui le réduit à ses formes et à sa normativité au sens de prescriptivité, commencent à recevoir pleinement du sens : en les faisant prendre part à cette jurispénésie que le droit moderne a abîmée en simples productions prescriptives, totalement indifférentes à leur fond et à leur raisons d'être essentielles. Or loin que l'on se dirige vers une telle évolution, la vision prescriptive et hiérarchisante du droit reste ou est devenue tellement prégnante dans les esprits qu'elle conduit nos plus hautes juridictions nationales à s'aligner platement, sans discuter, sans plus dialoguer et même sans idée de la moindre concurrence, sur les décisions des juridictions constitutionnelles ou supranationales, selon le cas, alors même qu'elles restent des juridictions souveraines. Tel est l'effet normatif et effectif de cette représentation pourtant purement culturelle du droit. Pourtant, on devrait maintenant savoir ce qu'une telle conception du droit, réduit à sa seule normativité formelle, est capable de produire. N'aurions-nous donc rien appris ? Ou aurions-nous déjà tout oublié ?