

Les juristes ont-ils des idées ? Réflexions autour du droit communautaire

encore plus que l'économie, le droit évoque un espace intellectuel où la confrontation des points de vue, les affrontements théoriques restent dans un espace des possibles forcément limité. Aussi est-il courant de parler du droit au singulier comme d'un ensemble cohérent, logique et univoque agissant en dehors de toute considération politique propre comme une contrainte extérieure et neutre. Au mieux, cet apolitisme revendiqué serait la transcription d'un effacement quasi total du personnel juridique derrière la norme et ceux qui la font, détenteurs de la souveraineté. La figure la plus classique est celle du juge, « bouche de la loi », présente dans les représentations françaises depuis le Code civil. Si on voulait commencer par un truisme, on dirait que l'apolitisme est avant tout une prise de position politique qui, dans le cas des juristes, renvoie à la fois à une éthique professionnelle et à un certain mode d'articulation entre ceux qui font la norme et ceux qui l'interprètent (on interrogera plus tard la pertinence de cette distinction).

À l'opposé de cette vision du droit projetée par un grand nombre de ses praticiens, la remise en cause militante ou scientifique (dans ce dernier cas, on utilisera souvent le terme d'école réaliste) prend comme point d'appui essen-

GAËL CORON
Chercheur associé au GREE-2L2S,
Université Nancy 2
Institut européen du salariat

tiel la notion d'intérêt. Le théoricien du droit, l'avocat ou le juge est rendu à son rôle dans la société et plus précisément à sa clientèle comprise au sens large pour expliquer ses choix.

La perspective de cet article sera dans un premier temps de prendre au sérieux les débats qui alimentent le champ de la doctrine juridique ; par ce détour, on essaiera de répondre à deux questions classiques de la science politique au sujet de la construction européenne : comment les interprètes du droit européen ont-ils réussi à l'ériger à un rang supérieur au droit national ? Et comment le juge national en est-il arrivé à devenir un élément du dispositif européen en appliquant directement le droit communautaire en collaboration avec la Cour de justice de l'Union européenne¹ ? Dans un deuxième temps, on utilisera la sociologie du droit de Max Weber pour montrer comment le droit mis en œuvre

1. A remplacé la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

au niveau de l'Union implique dans sa forme de rationalité même, non seulement une redéfinition des conditions de l'exercice de la souveraineté mais aussi une orientation libérale des politiques qui sont élaborées.

Le droit européen, histoire d'un succès politique

Le premier constat quant au droit communautaire est qu'il représente le principal vecteur par lequel l'Union infléchit les politiques nationales et transforme la vie économique des pays, faute d'une administration ou d'un budget communautaires à la hauteur du volume de population concernée. Le deuxième, qui va nous retenir un peu plus longtemps, est que son efficacité n'est pas une évidence qui découlerait des traités créant la Communauté économique européenne mais est le fruit d'un travail politique mené avec constance et cohérence par les membres d'une institution qui est au cœur de la sphère juridique communautaire : la Cour de justice de l'Union européenne. À côté d'autres schémas explicatifs couramment utilisés, on avancera que les idées qui soutiennent le développement du droit communautaire doivent une grande part de leur succès au fait qu'elles sont reprises à la même époque dans les sphères nationales pour penser différemment la question de la souveraineté et le rapport entre politique et droit.

Les « révolutions tranquilles » du droit européen

Le droit européen se distingue du droit international classique car il est doté de deux effets qui manquent, en pratique, bien souvent à ce dernier :

– l'effet direct, c'est-à-dire le fait de pouvoir être directement invoqué devant un tribunal national par un justiciable européen,

– la primauté du droit communautaire, qui fait qu'une norme nationale qui lui est contraire doit être écartée même si elle a été adoptée après la norme communautaire.

En outre, l'interprétation du droit européen est confiée à un organe unique et dont le discours comme celui de l'Église catholique s'incorpore au texte et devient ainsi son seul sens véritable². Cet organe, c'est la Cour de justice qui a en outre la capacité de sanctionner les États

Ces constats fondamentaux sont présents dans tous les ouvrages d'initiation aux institutions ou au droit européens, où ils sont souvent présentés comme les suites logiques des traités européens ou bien de la nécessité d'assurer la survie du système juridique. En réalité, chacun des paramètres évoqués peut être rattaché à un segment d'une histoire politico-juridique qui a permis à la Cour d'accéder à un rôle central et de faire reconnaître la primauté des normes communautaires.

À l'origine, la Cour est surtout conçue comme une garantie donnée aux États pour limiter les initiatives de la Commission³. Ses pouvoirs sont assez limités : elle ne peut sanctionner financièrement les États. Certes, la possibilité est offerte aux juges nationaux de saisir la Cour pour lui demander d'interpréter une disposition communautaire mais cette interprétation ne peut conduire à trancher sur le fond une affaire ; c'est au

2. Cette comparaison peut s'autoriser de Max Weber qui souligne les convergences entre droit et théologie.

3. Karen Alter, *Establishing the supremacy of european law*, Oxford University press, Oxford, 2002

juge national qu'il revient de décider des conséquences pratiques de l'interprétation du juge communautaire.

Depuis lors, le travail de la Cour a consisté d'une part à interpréter de manière extensive les compétences qui lui étaient conférées et d'autre part, à instituer la primauté et l'effet direct. Ces notions seront reprises ultérieurement par les traités, mais elles ont bel et bien été créées par le juge. Ces deux aspects (procédures et effets du droit) sont intimement liés car c'est le sens que la Cour a donné aux recours qui ont rendu effectives les avancées théoriques relatives à la force du droit communautaire. Le renvoi en interprétation est ainsi devenu le lien direct entre juges nationaux et juges communautaires pour examiner la compatibilité des normes nationales avec les normes européennes.

Mais ce cheminement n'aurait eu aucune chance de succès sans l'appui des juges nationaux qui ont accepté de transposer la jurisprudence communautaire et de recourir à la Cour même quand les règles des traités ne les y contraignaient pas. C'est ce qu'on appelle souvent en science politique le paradoxe de l'acceptation⁴ : pourquoi des juges, fonctionnaires nationaux, ont-ils accepté de transférer une grande part du pouvoir de création du droit à des instances supranationales ?

D'une transformation des schémas de la culture juridique

Pour J.H.H. Weiler, les éléments qui permettent d'explicitier ce paradoxe sont

4. Joseph H.H. Weiler, « Une révolution tranquille : la Cour de justice des communautés européennes et ses interlocuteurs » in *Politix*, n° 32, L'Harmattan, Paris, 1995, pp. 119-138.

divers. Parmi ceux-ci, on peut citer le respect d'un même formalisme juridique qui forme un langage commun entre niveau national et communautaire, le fait que le droit communautaire soit devenu un enjeu financier essentiel pour un nombre important de praticiens du droit, d'entreprises ou de particuliers devenus justiciables européens. Enfin, l'application du droit communautaire a certainement ouvert la possibilité d'un renforcement du pouvoir juridictionnel, soit que les juges inférieurs aient pu s'affranchir de la tutelle de leurs juridictions supérieures soit que les juges aient globalement gagné un « pouvoir de contrôle juridictionnel du législatif ou de l'exécutif et cela même dans les systèmes judiciaires où ce pouvoir était à l'origine faible voire inexistant »⁵

Nous allons essayer de lier le premier et le dernier point et ainsi, de cerner plus précisément ce qu'est la culture commune des juristes nationaux et communautaires.

La plupart des éléments invoqués par le juge communautaire et repris par le juge national font référence au moins implicitement à la vulgate normativiste et à l'œuvre de Hans Kelsen⁶. Plus précisément, deux points-clefs de la théorie normativiste sont ici mobilisés :

– L'idée d'une hiérarchisation des normes entre elles, fondée non sur le

5. J.H.H. Weiler, op. cité, p.130

6. Le normativisme est un courant à l'heure actuelle dominant voire hégémonique dans la théorie du droit. Au sens large, le terme désigne toute pensée qui dans une perspective positiviste conçoit le droit comme un ensemble de normes. Au sens restreint, il fait référence à tous les auteurs qui se réclament de la « théorie pure du droit » de Hans Kelsen au moins sur ses points principaux. Voir notamment Hans Kelsen, *Théorie pure du Droit*, LGDJ-Bruylant, Paris, 1999 (première édition 1934)

contenu des normes elles-mêmes (et donc sur des principes politiques ou éthiques) mais sur un rapport d'habilitation de la norme supérieure par rapport à la norme inférieure. Ainsi le droit communautaire est supérieur au droit national non en raison de son contenu mais en raison des formes qui entourent sa création (procédures et institutions)

– L'interprétation authentique des normes, c'est-à-dire l'idée que les conflits d'interprétation doivent être résolus par une institution unique fondée à donner la seule interprétation valable des textes juridiques.

Ces éléments font partie des représentations juridiques à ce point naturalisées qu'elles semblent consubstantielles à tout système de droit. Il n'en est cependant rien et on pourra faire référence à titre de contre-exemple à un principe contenu dans le droit social français mais aussi dans celui de beaucoup d'autres pays de l'Union : l'ordre public social. Ce dernier articule les normes les unes avec les autres non seulement en fonction de leur place dans la pyramide normativiste mais aussi par rapport à des finalités politiques qui le différencie. En clair, si plusieurs normes du droit du travail sont contradictoires, par exemple sur le montant de la rémunération, le juge doit appliquer la norme la plus favorable au salarié. La convention collective peut ainsi déroger à la loi si elle est plus favorable au salarié, la convention de branche à l'accord interprofessionnel etc... Tout l'édifice du droit social repose sur cette innovation propre à cette branche qui articule les normes dans un but politique explicite de protection du salarié.

Autre contre-exemple essentiel, la question du rapport entre loi et constitution. Même si la constitution est une norme juridiquement supérieure à la loi, la réa-

lité de cette supériorité est un phénomène relativement récent. En France, elle date de la mise en place en 1958 du Conseil constitutionnel, institution pensée originellement pour lutter contre le pouvoir parlementaire. Ensuite, le Conseil a réalisé sensiblement le même travail politique que la Cour européenne : sa capacité d'intervention a été grandement modifiée par une réforme de 1974 permettant à 60 parlementaires de le saisir ; mais surtout il a de sa propre initiative reconnu en 1971 la validité juridique des préambules constitutionnels, ce qui lui confère une grande liberté de création dans les motifs de censure de la loi. Souvent décrite comme une marche en avant de l'État de droit, cette innovation majeure, a écarté une autre approche : la loi étant l'expression la plus récente de la souveraineté populaire doit primer sur le texte constitutionnel, par nature plus ancien⁷.

En réalité, l'adoption de cette approche normativiste sous-tend un enjeu politique : celui d'une autonomie accrue de la sphère juridique et de l'encadrement des acteurs issus du suffrage universel. Le paradoxe de l'acquiescement en est donc beaucoup moins un si on prend au sérieux le travail de la doctrine. Car juristes communautaires et nationaux partagent en définitive une grille de lecture commune du droit. La mise en œuvre d'une hiérarchie des normes s'accomplit au même moment et dans des termes voisins par la Constitution et le projet européen. Le normativisme renforce en outre le pouvoir propre des juges dont le pouvoir de création de la norme est finalement validé dans cette nouvelle perspective⁸.

7. Traditionnellement, cette vision est rapportée à l'œuvre de Jean-Jacques Rousseau.

8. Dans une perspective normativiste, la distinction création/application est non pertinente. La mise en œuvre d'une norme supérieure, par exemple

Mais ce tour de force politique ne peut se comprendre sans la mobilisation prescriptive de la science juridique.

Pour une lecture wébérienne des cadres du droit communautaire

En utilisant la sociologie du droit de Max Weber⁹, on va essayer maintenant de montrer que les raisonnements juridiques sont aussi liés à l'organisation de l'économie. On en tirera ensuite les conclusions sur la situation européenne

Formes de rationalité juridique, légitimité politique et orientation économique

Pour Weber, l'évolution des formes juridiques est d'abord marquée par l'imposition d'un droit rationnel. Pour être plus précis, le droit est rationnel quand le travail du juriste se concentre sur deux tâches. D'abord généraliser, c'est-à-dire réduire les motifs déterminant la décision dans un cas particulier à un ou plusieurs principes qui sont des prescriptions juridiques. C'est ce qui va permettre la reproductibilité des sentences. Ensuite, le juriste va systématiser, c'est-à-dire qu'il mettra en relation les prescriptions juridiques obtenues en cherchant à éviter les contradictions entre elles et à supprimer les « vides juridiques ».

Mais même dans le cadre d'un droit rationnel, ces deux opérations peuvent être menées différemment. Ce qui amène Weber à distinguer deux formes de rationalité juridique.

La rationalité formelle est celle qui conduit à une fermeture plus impor-

tante de l'espace juridique. Autrement dit, l'horizon régulateur du droit sera la mise à distance des impératifs politiques ou religieux qui ne devraient pas influencer sur le monde juridique. Les seules caractéristiques des situations prises en compte découlent de prescriptions juridiques déjà existantes. Par exemple, un contrat de cautionnement est d'abord un fait juridique avant d'être un fait social ; les parties, caution ou débiteur principal, sont des êtres juridiques qui disparaissent à la fin du contrat. C'est un modèle de généralisation. La systématisation, quant à elle, se fera aussi sans interférence politique ou sociale explicite. La hiérarchie des normes, dans sa variante normativiste, est un exemple que Weber a d'ailleurs peut-être en tête quand il écrit son ouvrage. Le droit rationnel formel est celui qui est dominant à l'échelle des sociétés occidentales et aussi celui qui est le plus valorisé dans le champ académique. Par ailleurs, il est aussi fortement lié au développement du capitalisme. D'abord parce que celui-ci dépend dès l'origine de technologies juridiques qui s'inscrivent dans la rationalité formelle : lettre de change ou chèque sont aussi indispensables que la machine à vapeur pour l'accumulation du capital. Par la suite, la rationalité formelle va garantir au capitalisme « un droit qui fonctionne comme une machine » permettant ainsi la sécurité des échanges économiques. Par ailleurs, le formalisme juridique permet d'entériner la domination des détenteurs du capital. Il suffit de penser à la situation des ouvriers du dix-neuvième siècle qui découle de l'application des règles du droit civil. L'égalité formelle des parties au contrat (i.e. de louage de services) permet de justifier la capacité effective de l'employeur à dicter des conditions

par un juge, est en même temps re-création de cette norme. Autrement dit, le juge est ainsi reconnu comme source autonome du droit.

9. Max Weber, *Sociologie du droit*, PUF, Recherches politiques, Paris, 1986 (première édition 1922)

léonines. Comme l'écrit Weber, « La justice formelle garantit le maximum de liberté aux intéressés pour défendre leurs intérêts formellement légaux. Mais en raison de la répartition inégale du pouvoir économique que légalise le système de la justice formelle, cette liberté aura toujours pour effet de violer les postulats matériels de l'éthique religieuse ou de la raison politique. La justice formelle ébranle donc les pouvoirs autoritaires, la théocratie comme le patriarcalisme, parce qu'elle relâche la dépendance de l'individu à l'égard de la libre clémence et du pouvoir des autorités. Elle s'oppose à la démocratie parce qu'elle affaiblit la dépendance de la pratique juridique et par là des individus à l'égard des décisions des compatriotes. »¹⁰

Toutefois, cette rationalité formelle n'est pas la seule existante. Au contraire, les premières « législations ouvrières » font entrevoir à Weber un mouvement de retour à un autre modèle, celui de la rationalité matérielle. Dans cette dernière, la généralisation se fait plus aisément sur la base de règles éthiques ou de réalités existantes. En prolongeant les observations de Weber, Alain Supiot a par exemple montré à quel point le droit social s'était construit à partir de l'enregistrement de faits sociaux : la grève ou la subordination du salarié¹¹. Quant à la systématisation dans le modèle matériel, l'ordre public social que nous avons déjà rencontré peut fournir un excellent modèle d'une mise en cohérence découlant d'un choix politique explicite.

Force juridique et contrainte économique

Quel est l'intérêt de ce détour par Weber pour les questions que nous avons posées ? C'est de démontrer que le ralliement des juristes à l'Europe, s'il ne répond pas seulement à une logique d'intérêt au sens large, n'est pas non plus sans incidence sur un modèle de politique économique et de relations professionnelles. Restituer le discours de l'autonomie du droit est indispensable pour comprendre la logique de l'acceptation et l'efficacité sociale des mobilisations européennes. Mais à condition de reposer ensuite la question des choix politiques inscrits ou sous-tendus par une approche du droit. La politique européenne menée par la voie juridique remet non seulement en cause les droits sociaux mais aussi le droit social, à savoir les principes qui fondent l'autonomie intellectuelle de la discipline. Et l'enjeu est essentiel. Par exemple, une fois relégué le principe de l'application la plus favorable aux salariés, on peut comprendre pourquoi l'égalité de salaire entre hommes et femmes peut apparaître comme une idée attrayante pour les employeurs.

Libéralisme économique et normativisme juridique sont deux manières de mobiliser l'autorité de la science pour justifier un basculement du pouvoir politique et une relance de l'accumulation du capital. L'idéologie européenne tient dans cette manière d'articuler un droit et une économie « dépolitisés » et partant de là, rendus à leurs spécialistes.

La question de la force juridique des normes est d'ailleurs au cœur des politiques menées par l'Union et ceci surtout si on se penche sur son impact au niveau national. En étudiant la « constitutionnalisation du droit de la concurrence », Fritz Scharpf a clairement montré que

10. Max Weber, op. cité, p.166

11. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, P.U.F., Paris, 2002 (première édition : 1994)

la nouveauté essentielle introduite par le droit communautaire n'est pas dans la profusion des normes libérales qu'il contiendrait. La plupart existent déjà au niveau national mais là, elles sont/étaient contrebalancées soit par des normes sociales soit par des normes de droit public (celles qui institu(ai)ent les grands monopoles de biens et de services) qui fix(ai)ent des freins au marché¹². Le droit communautaire institue une rupture en plaçant les règles de marché au dessus du droit national.

La compréhension de ce mouvement historique permet aussi de resituer le véritable enjeu des débats autour de la constitution européenne. Car cette dernière avait surtout pour vertu d'entériner le travail réalisée par la Cour pour conférer aux libertés économiques une valeur constitutionnelle vis-à-vis des autres règles européennes. Plus que la défense d'un modèle économique libéral face à un droit social communautaire squelettique et ambigu, il s'agit surtout de préparer l'avenir et de mettre les règles de concurrence à l'abri d'un changement de majorité au Parlement ou au Conseil. Là aussi le différentiel de force juridique est utilisé au profit des règles de marché mais à l'intérieur du droit communautaire.

Dernier exemple s'il le fallait de l'importance attachée à la force juridique et à son usage politique : le fameux « tournant social » de la stratégie de Lisbonne déjà évoqué dans cette revue¹³. La faible importance des nouveaux impératifs sociaux promus par la méthode ouverte de coordination (une technique

de gouvernance visant à « mobiliser les énergies nationales » autour des projets communautaires) était déjà entièrement inscrite dans leur statut juridique non contraignant¹⁴. Il suffit pour s'en rendre compte de s'intéresser à un champ particulier comme celui de la retraite : d'un côté des injonctions floues et non juridiques pour sauvegarder le niveau de vie des retraités contenues dans la méthode ouverte de coordination ; de l'autre la promotion de la capitalisation par la directive « Institutions de retraite professionnelle » et par la réforme du pacte de stabilité de 2005.¹⁵ ■

12. Fritz Scharpf., *Gouverner l'Europe*, Presses de Sciences Po, Paris, 2000

13. Isabelle Bruno, « La stratégie de Lisbonne : une révolution silencieuse » in *Savoir/Agir*, n°5, septembre 2008, Éditions du Croquant, pp. 143-152.

14. Gaël Coron, *Union européenne et système de retraites français, une perspective de sociologie du droit*, thèse de sociologie soutenue à l'université Paul Verlaine de Metz, 2006.

15. Cette dernière sort du calcul des dépenses publiques les sommes versées pour la constitution d'un second pilier de retraite par capitalisation obligatoire.