



HAL
open science

Les promesses de politisation et d'incarnation des études juridiques européennes

Laure Clément-Wilz

► **To cite this version:**

Laure Clément-Wilz. Les promesses de politisation et d'incarnation des études juridiques européennes. Les récits judiciaires de l'Europe, 2019. hal-02872142

HAL Id: hal-02872142

<https://hal.science/hal-02872142>

Submitted on 17 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES PROMESSES DE POLITISATION ET D'INCARNATION DES ÉTUDES JURIDIQUES EUROPÉENNES

Laure Clément-Wilz

L'ambition de cette recherche collective est, notamment, de discuter du cadre conceptuel d'une analyse du droit européen centrée sur les récits judiciaires de l'Europe. Cette démarche est en soi révélatrice d'une certaine approche de l'étude du droit, ouverte à la discussion et aux échanges et donc participant d'un certain dynamisme intellectuel. Certes, la discussion n'est pas absente des colloques et des amphithéâtres mais elle n'est, bien souvent, pas menée ainsi. Chacun affirme, démontre. Les autres éventuellement cherchent à critiquer ou préciser la démonstration et la discussion, si le temps le permet, peut finalement commencer. Ici les organisateurs proposent et espèrent. D'où l'idée de promesses. Comme la recherche est étalée dans le temps, elle permet à la fois d'ouvrir un champ des possibles, dans un premier temps, et ensuite d'avancer dans les voies ouvertes par ce champ.

L'ambition de cette contribution est de resituer le cadre d'analyse proposé dans le champ doctrinal sachant que le renouvellement des études juridiques européennes est devenu une nécessité (1). On distinguera les besoins doctrinaux par ordre croissant de nécessité.

Tout d'abord, existe un besoin, de « désenclaver la réflexion juridique », notamment dans la culture française (2). En effet, « [le droit] est certes affaire de technicité, mais bon nombre de ses principes constitutifs sont parfaitement explicables à un large public » (3). La mise à distance du droit est paradoxale dans la mesure où celui-ci est à la fois tributaire de la société dans laquelle il est produit et prétend

(1) Voy. le dossier consacré à ce sujet dans la revue *Politique européenne* : « Faut-il continuer à étudier l'Union européenne ? », 2015, n° 4.

(2) O. Jouanjan, « Les scènes du droit – Recension de Jacques Krynen, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Gallimard », in *La vie des idées*, Lavedesidees.fr, 2018, <https://lavedesidees.fr/Les-scenes-du-droit-4417.html> (consulté le 11 septembre 2019).

(3) *Ibid.*

aussi l'organiser (4). En mobilisant un concept connu des sciences sociales, de l'histoire et la littérature, l'approche sur les récits judiciaires se situe justement à la frontière des savoirs. Bien mieux, elle peut avoir justement vocation à se rapprocher de ce « large public » : raconter des histoires, n'est-ce pas ce qui berce l'enfance et rend plus doux l'âge adulte ?

Ensuite, il existe un besoin de compléter les auto-récits de la Cour. En effet, la Cour de justice n'hésite pas à se raconter elle-même, à travers les mélanges dédiés aux membres de la Cour au moment de leur départ, des écrits « doctrinaux » des juges, des écrits des avocats généraux sur la fonction d'avocat général ou encore des rapports annuels. Par exemple, la relation privilégiée entre la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) est racontée, elle fait l'objet d'une « écriture privilégiée » à travers différents supports de communication et enceintes de réunion (5). Également, avec les discours commémoratifs, les juges racontent l'esprit de communauté ou de famille qui préside aux relations entre membres de la Cour (6) et mettent en récit une généalogie proprement judiciaire de la Cour, c'est-à-dire fondée sur les grands principes posés dans les premières années de jurisprudence, et la figure d'un « bon juge » européen, celui qui « peut jeter des ponts entre les différents intérêts en présence dans la politique européenne » (7).

Enfin, il existe un besoin urgent de combler un vide dans les études européennes. L'urgence réside dans la gravité de la crise que l'Union traverse et qu'elle entretient pour partie. Elle vise les valeurs européennes, l'identité européenne, le modèle économique européen, ou encore le sentiment d'appartenance à l'Europe. L'Union connaît une crise existentielle, plurielle, qui ne manifeste avant tout par la montée en puissance des États dominés politiquement par des forces nationalistes. Elle rend intenable l'idée fondatrice selon laquelle la finalité économique de l'entreprise européenne précéderait sa finalité politique. Comme le relève O. Rosenberg, la construction européenne « s'appuie sur une

(4) « Le droit ne peut rien emprunter à lui-même, il emprunte à la société qu'il entend régir, à partir des données qu'elle produit (économiques, idéologiques, sociologiques, spirituelles et morales) », R. Hernu, « Propos introductif », in *Morales et droits européens* (S. Barbou des Places, R. Hernu et Ph. Maddalon dir.), Cahiers Européens – IREDIES, Paris, Pedone, 2015, pp. 7-12, p. 10.

(5) L. Scheek, « La diplomatie commune des cours européennes », in *La fabrique du droit européen* (P. Mbongo et A. Vauchez dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 107-137, p. 118.

(6) A. Vauchez, *L'Union par le droit – L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Les Presses de SciencesPo, 2013, p. 256.

(7) *Ibid.*

doctrine fondamentalement politique, à savoir plus idéologique que dictée par des considérations d'ordre économique » (8). Et les juristes doivent certainement prendre leur part de responsabilité (9). En effet, ces derniers « ont enfermé l'ensemble des rapports politiques, économiques et sociaux qui composent le processus d'intégration dans un réseau de principes et de formules simples, favorables à la poursuite du processus » (10). Des études critiques existent déjà, mais elles peuvent tout à fait être complétées par des études qui cherchent principalement à révéler les présupposés sur lesquels la Cour de justice, puisque c'est notre objet d'étude, se repose, et en se focalisant, puisque c'est la méthode retenue, sur les interstices de la jurisprudence, pour dissiper l'effet de dissimulation du droit européen. Elle vient compléter d'autres travaux sur la jurisprudence européenne, comme ceux dédiés à la place de la morale dans la jurisprudence de la Cour (11), aux faits économiques et aux données empiriques (12), aux « histoires européennes », c'est-à-dire ces parcours de vie qui arrivent devant la Cour et sont ensuite influencées par elle (13) ou encore le rôle politique de la CJUE (14).

Une approche fondée sur les récits judiciaires, qui se définit comme « toute entreprise de mise en mots et d'assemblage des représentations [des juges] à des fins de généralisation » et sur la « subjectivité collective » (15) du juge, peut donc offrir une des voies possibles dans le champ des études européennes. Il s'agit ici d'explicitier les implications doctrinales, théoriques et philosophiques d'une telle approche (1) et d'identifier les défis doctrinaux qu'elle doit surmonter (2), afin de déterminer quelles sont les promesses pour l'étude du droit européen : sa politisation et son incarnation (3). Il s'agit donc d'appréhender le cadre d'analyse d'un point de vue critique, sous la forme principalement de

(8) O. Rosenberg, « Faut-il continuer à étudier l'Union européenne ? », *Politique européenne*, 2015, n° 50, pp. 6-15, p. 8.

(9) Sur la responsabilité des politistes à l'« ennui européen », A. Vauchez, « Les études européennes, quel ennui ! – Quelques mots sur une illusion bien fondée... », *Politique européenne*, 2015, n° 50, pp. 160-169.

(10) L. Azoulai, « Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes », *Politique européenne*, 2015, n° 50, pp. 82-98, 85.

(11) S. Barbou des Places, R. Hernu et Ph. Maddalon (dir.), *Morales et droits européens*, *op. cit.*

(12) Ph. Maddalon (dir.), *Les utilisations des faits économiques dans le droit de l'Union européenne*, Cahiers Européens – IREDIES, Paris, Pedone, 2012.

(13) F. Nicola et B. Davies (éds), *EU Law Stories – Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

(14) L. Clément-Wilz (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

(15) A. Bailieux, « Les récits judiciaires de l'Europe », *Rev. UE*, 2018, p. 5.

questionnements plus que d'affirmations, comme l'y invite d'ailleurs la méthode de travail retenue par E. Bernard et A. Bailleux.

1. – Les Implications doctrinales

L'approche fondée sur les récits repose sur plusieurs présupposés doctrinaux relatifs à l'interprétation (1.1). Reste à en déterminer sa portée doctrinale (1.2).

1.1. – Les présupposés doctrinaux

Deux présupposés théoriques semblent fonder une telle approche. Le plus évident est celui de la place accordée aux acteurs du droit, qui précède l'étude du droit. Considérer que la Cour produit un récit, c'est aussi présupposer que le droit est avant tout une pratique sociale. On s'éloigne donc du positivisme normativiste (qui considère que la règle juridique se fonde sur un devoir-être) et on se rapproche du positivisme (par opposition aux écoles du droit naturel) qui fonde la règle juridique sur un élément factuel (16). Le courant réaliste du positivisme cherche en effet à « n'identifier le droit que là où il se situe réellement [et] se tourne du côté des opérateurs juridiques, c'est-à-dire des organes compétents pour appliquer le droit, et en particulier du juge pour identifier ce qu'est le droit » (17). En ce sens, « les pratiques de la loi sont toujours exercées dans un milieu politique, social et intellectuel complexe et tendu : la loi n'est rien sans l'intervention des acteurs juridiques » (18). Le second présupposé théorique concerne l'interprétation du droit par le juge. On cherche ici à sortir de l'opposition entre la pleine liberté du juge (courant réaliste américain) et le juge comme bouche de la loi (courant normativiste), à l'instar d'O. Beaud qui a assorti sa théorie réaliste de l'interprétation d'une théorie des contraintes ou encore de D. de Béchillon selon qui « il faut ne pas être complètement réaliste, si l'on veut saisir jusqu'au bout le sens et la fonction de la référence juridique, mais [il] faut être

— (16) Distinction proposée par X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 19. Pour une critique de l'opposition entre normativisme et sociologie du droit, voy. T. Hochmann, « Sans le normativisme, la sociologie du droit n'est rien. H. Kelsen, critique de Eugen Ehrlich », communication au congrès *Les logiques du droit : autour des formes de légitimation du pouvoir*, Université Paris Sud, Sceaux, 2015, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01796135> (consulté le 11 septembre 2019).

(17) *Ibid.*, p. 22.

(18) O. Jouanjan, « Les scènes du droit – Recension de Jacques Krynen, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Gallimard », *op. cit.*

réaliste aussi, si l'on veut comprendre en quoi et comment la référence opère comme fiction structurante, et porter un regard objectivant sur la manière dont la machine vit et marche à l'intérieur et au regard de la fiction » (19). Également, dans leur ouvrage *EU Law Stories*, F. Nicola et B. Davis revendiquent une « ouverture sur le contexte historique et l'identification des acteurs sociaux impliqués tout en reconnaissant aussi une certaine autonomie au droit et les vertus du raisonnement juridique » (20). De même l'étude précitée sur le rôle politique de la CJUE ne recherche pas si le juge utilise le droit pour parvenir à ses objectifs, ni ne s'interroge sur l'antériorité du droit ou de la politique : le réalisme se présente comme complément du dogmatisme. L'étude du rôle politique de la Cour de justice intègre ces deux regards sur l'objet juridique qu'est la jurisprudence. Le droit est un discours qui met en forme la politique.

Quant aux sous-jacents philosophiques, une approche centrée sur les récits judiciaires assume un certain nombre de références, dont celle de l'historien B. Anderson et ses « Communautés imaginées » (21). L'imaginaire collectif comme lien entre les individus est particulièrement opérant en droit de l'Union européenne, par exemple pour penser le nationalisme dans l'Union européenne (22) ou, justement, pour appréhender la Cour comme lieu de formation d'un imaginaire collectif qui créerait un lien entre les juges. Les travaux d'A. Vauchez rendent compte des médiums qui permettent de construire cet imaginaire collectif quand ceux sur les récits judiciaires cherchent à en définir la substance. Autre référence assumée, P. Ricœur, penseur de l'interprétation et de l'herméneutique dans le cadre de la littérature fictionnelle. Linguiste au service de l'analyse du rapport entre le lecteur et la littérature, il concentre une partie de ses travaux sur le « discours ». Paul Ricœur présente le discours comme une forme de distanciation par rapport au langage : « une fois écrit, le discours

(19) D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges, une question à dissoudre », in *Gouvernement des juges et démocratie* (S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 341-355, p. 349.

(20) F. Nicola et B. Davis, « Introduction », in *EU Law Stories – Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence* (F. Nicola et B. Davis édés), *op. cit.*, p. 11 (traduction libre).

(21) B. Anderson, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1983.

(22) S. Barbou des Places montre l'emprunte des nationalismes sur le droit de l'immigration de l'Union européenne, à partir d'une définition d'Anderson du nationalisme comme une forme changée de conscience radicale (S. Barbou des Places, « L'emprunte des nationalismes sur le droit de l'immigration de l'Union européenne », *RTDE*, 2018, p. 725).

échappe au ici et maintenant»(23). En cherchant à s'*approprier* la jurisprudence pour construire le récit, une approche fondée sur les récits consiste en une « compréhension par la distance, compréhension à distance »(24). On comprend ainsi mieux le rôle de l'interprète qu'est l'observateur de la Cour qui construit le récit. P. Ricœur détermine aussi sa place, quand il affirme qu'« interpréter c'est expliciter la sorte d'être-au-monde déployé *devant* le texte »(25). La construction du récit permet d'entrevoir, dans les interstices des jugements de la Cour, ce qui se déploie devant lui, cette « sorte d'être-au-monde », soit un être vivant dans le monde et tourné vers le monde.

En cela, l'approche fondée sur les récits nous semble aussi rejoindre un aspect de la pensée de G. Deleuze et F. Guattari (26), qui ont pensé le désir en lien avec la création et les agencements (27) : le désir est un « devenir »(28). Une approche fondée sur les récits, en se concentrant sur les représentations, est une action de mise en mots. Et l'interlocuteur, si cher à Deleuze, n'est autre que l'observateur de la Cour, puisqu'il agit. Dernière idée maîtresse de la pensée de Deleuze, « croire au monde », c'est-à-dire « aussi bien susciter des événements petits qui échappent au contrôle, ou faire naître de nouveaux espaces-temps, même de surface ou de volume réduits »(29). On rejoint l'idée de la création comme acte de résistance. De même, à la Cour « des logiques antagonistes s'y affrontent, des visions du monde concurrentes s'y opposent »(30). Le droit traduit une vision du monde, portée par un récit co-construit par l'observateur.

1.2. – La portée doctrinale

La portée théorique principale de cette approche fondée sur les récits réside dans la position qu'elle accorde, plus que toute autre analyse doctrinale, à l'observateur. Alors que l'œuvre doctrinale est par essence un travail d'observation, d'interprétation, qui laisse une

(23) P. Ricœur, « La fonction herméneutique de la distanciation » (1975), réed. *Du texte à l'action*, Paris, Seuil, 1986, p. 128.

(24) *Ibid.*, p. 130.

(25) *Ibid.*, p. 128.

(26) G. Deleuze et F. Guattari, *L'Anti-Œdipe*, Paris, Minuit, 1972.

(27) « Il n'y a de désir qu'agencé ou machiné. Vous ne pouvez pas saisir ou concevoir un désir hors d'un agencement déterminé », G. Deleuze et F. Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Paris, Minuit, 1991.

(28) Voy. Fr. Zourabichvili, « Qu'est-ce qu'un devenir pour Gilles Deleuze ? », conférence prononcée à Horlieu (Lyon) le 27 mars 1997, Horlieu Éditions, 1997 (horlieu-editions.com/brochures/zourabichvili-qu'est-ce-qu-un-devenir-pour-gilles-deleuze.pdf, consulté le 19 septembre 2019).

(29) G. Deleuze, *Pourparlers*, Paris, Minuit, 1990, p. 239.

(30) A. Baillet-Latourette, « Les récits judiciaires de l'Europe », *op. cit.*

certaine place à la créativité (31), le travail de mise en récits assume ouvertement et valorise le rôle constitutif de la doctrine. La mise en récit prolonge la définition du droit comme « discours d'une collectivité sur elle-même mise en forme par les spécialistes » (32) ou, pour reprendre le vocable Bourdieusien, comme « forme par excellence du discours agissant » (33). Et par ce discours, cette collectivité exprime ses valeurs et cherche à garantir la cohésion sociale. Ainsi « la définition du droit aboutit à une conception ancrée sur le discours de la collectivité, ses valeurs et ses représentations » (34). Il rejoint également le mouvement doctrinal « *Law and Literature* » initié aux États-Unis dans les années septante avec la publication de *The Legal Imagination* de J. B. White (35) qui a peu pénétré les études juridiques européennes.

La notion de récit ne propose pas une nouvelle définition du droit, mais permet de dire qu'il y a autant de discours qu'il y a d'acteurs. Plus encore, la notion de récit prolonge celle de discours à deux égards. Le discours est porteur d'un récit et traduit des représentations collectives. En prenant aux sérieux les représentations, il accepte donc de s'approcher de l'univers mental, dans sa forme verbale et collectivement produite. La notion de récit est sous cet aspect plus évanescence que celle de discours. Mais la notion de récit insiste aussi sur le caractère construit du discours et revêt dès lors un rôle structurant dans la présentation de cette construction. Ainsi, l'approche par les récits appelle aussi peut-être à davantage de structuration que celle centrée sur les discours. Elle assume ainsi sa forme créative, tout en cherchant un ancrage épistémologique fort : la jurisprudence de la Cour. En cela elle cherche à dépasser « l'opposition entre ce qui relève du descriptif et ce qui relève du prescriptif », pour reprendre les mots de L. Burguogues-Larsen : « l'objectivité scientifique n'imposerait-elle pas à l'inverse de reconnaître l'impossibilité d'être absolument, intégralement, irrémédiablement

(31) Sur ce que serait « l'interprète idéal », voy. L. Azoulay et M. Polares Maduro, « Introduction », in *The Past and Future of EU Law : The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty* (L. Azoulay et M. Polares Maduro eds), Oxford, Hart, 2010, p. XV.

(32) R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013, n° 112.

(33) P. Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, pp. 3-19, p. 13.

(34) P. Deumier, « À propos de certains éléments de la définition du droit », *Revue Dalloz*, 2014, p. 991.

(35) J. B. White, *The Legal Imagination*, Chicago, University of Chicago Press, 1973. Voy. aussi *The European Network for Law and Literature*, www.eurnll.org (consulté le 11 septembre 2019).

objectif dans l'analyse du droit, des droits et des systèmes auxquels ils se rattachent ? » (36). Les défis sont donc nombreux.

2. – Les défis doctrinaux

Plus précisément, on peut considérer que les défis sont de deux ordres, scientifique et méthodologique.

2.1. – Le défi scientifique

À l'observateur de déceler dans les représentations des acteurs un imaginaire commun. Il devra alors fournir un « effort de rationalisation, de mise en ordre et de construction » (37) et « assumer le caractère reconstruit du récit afin de ne pas faire dire aux acteurs davantage que ce qu'ils ont dit » (38). Si recourir à l'imaginaire commun des juges semble particulièrement prometteur, le défi est de taille, dans la mesure où cette notion est « particulièrement indéterminée » (39). Déterminer cet imaginaire commun peut s'avérer une entreprise risquée. Le risque est bien que l'observateur, plus que tout autre ou de manière plus exacerbée que tout autre, laisse parler sa subjectivité voire alimente les théories complotistes. Or, les juges sont « bâillonnés par le secret du délibéré, ils ne peuvent s'expliquer » (40), et leur registre reste celui de la règle du droit pour garantir sa légitimité. Ceci est d'ailleurs parfaitement expliqué par P. Ricoeur pour qui « l'herméneutique ne peut être définie par la recherche d'un autrui et de ses intentions psychologiques qui se dissimulent derrière le texte et nous ne voulons pas réduire l'interprétation au démontage des structures » (41). Pour échapper à ces risques, l'approche fondée sur les récits se veut modeste, il s'agit simplement de mettre en mots quelque chose à partir de la jurisprudence. Mais, au risque de provoquer, n'est-ce pas ce que fait la doctrine depuis toujours lorsqu'elle analyse la jurisprudence, que ce soit sur un mode explicatif ou critique ? D'où un véritable défi pour la doctrine en droit.

(36) L. Burguorgue-Larsen, « De l'internationalisation au dialogue des juges », in *Le dialogue des juges – Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 95-130, p. 112.

(37) A. Bailleux, « Les récits judiciaires de l'Europe », *op. cit.*

(38) *Ibid.*

(39) S. Barbou des Places, « L'empreinte des nationalismes sur le droit de l'immigration de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 725.

(40) P.-M. DuPuy, « Conclusions générales », in *Les motifs non juridiques des jugements internationaux* (F. Couvelhès-Matsumoto et R. No11ez-Goldbach éds), Paris, Pedone, 2016, pp. 203-211, p. 204.

(41) P. Ricoeur, « La fonction herméneutique de la distanciation » (1975), *op. cit.*, p. 128.

En forçant le trait, le cadre d'analyse centré sur les récits pourrait se présenter comme quelque chose de neuf, alors même qu'il reformule ce que font déjà les analystes de la jurisprudence. Le récit de « l'Europe des valeurs » ou le récit de « l'Europe citoyenne », n'est-ce pas simplement requalifier la jurisprudence de la Cour de justice sur les dispositions relatives à la citoyenneté ? Quand nombre d'auteurs ont déjà perçu que la Cour s'emparait de ce dernier concept pour lui donner de la chair (42) ? En quoi la mise en mots d'un récit se distingue-t-elle de l'effort de qualification juridique ou de l'effort de conceptualisation menés par de nombreux auteurs depuis la création des Communautés européennes ? De même, P. Deumier dans son analyse de l'ouvrage de R. Libchaber, fait le constat critique suivant : après une définition du droit par les discours, au moment d'analyser la machine produisant le discours, l'auteur décrit en définitive plus souvent la production de normes positives que celles des représentations qui en sont faites dans la société, « à croire que la question de la définition du droit et celle de la mécanique du droit sont deux questions à ce point différentes qu'elles peuvent s'accommoder de réponses qui ne sont pas nécessairement dépendantes » (43). Ainsi on touche à la limite de l'exercice ; au moment où il s'agirait de parler de la technique du droit, le ressort du discours deviendrait inopérant (44). Cette remarque vaudrait peut-être *a fortiori* pour le récit ? Ce risque scientifique et doctrinal est évité grâce aux choix méthodologiques.

2.2. – Le défi méthodologique

Une des difficultés de cette approche, comme toute approche qui prend le discours juridique au sérieux, est d'arriver à dire autre chose que ce qu'il dit, sans pour autant émettre de supposition, sans rechercher l'intention supposée du juge et sans opérer de corrélations aléatoires. Comment dire autre chose que du droit en n'utilisant que les outils juridiques, le premier d'entre eux, peut-être le préféré des juristes, étant la jurisprudence ? Ainsi, en quoi une approche centrée sur les récits judiciaires de l'Europe est-elle créative, en ce sens qu'elle permet de dire autre chose que ce qui a été dit sur la jurisprudence de la Cour ? C'est un véritable questionnement fondamental, en raison de la nécessité de

(42) Voy. not. A. IlloPoulou-Penot, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

(43) P. Deumier, « À propos de certains éléments de la définition du droit », *op. cit.*

(44) *Ibid.*

regarder autrement la jurisprudence de la Cour, sans pour autant trouver évidente la manière de procéder.

Comment les juristes peuvent-ils s'émanciper du droit sans le trahir ? Voici une amorce de réponse possible en se concentrant sur le cadre d'analyse des récits judiciaires. La qualification de « récit » revêt toute son utilité que lorsqu'on pointe un *décalage entre la réalité et ce qu'il énonce*. Le récit d'une vie, « *story* » publiée sur Facebook ou Instagram, permet à tout un chacun de romancer sa propre existence et de mettre de côté ce qui ne la sert pas. Aussi, c'est dans le décalage entre ce que la Cour annonce et la Cour fait que se situerait l'indice de l'existence d'un récit. C'est bien d'un *droit des interstices* dont il s'agit. L'utilité du terme « récit » permet une forme de distanciation par rapport au concept, au principe, à la catégorie juridique. Il permet de voir la jurisprudence « en couleur et en 3D » (45). Le récit, notion plus évanescence que le discours, fait même transparaître une dénonciation. Par « récit de la démocratie », « récit des valeurs », « récit de la citoyenneté », on cherche en définitive à mettre à distance ces énoncés. S'inscrivant dans le mouvement *Law and Literature*, P. Phoa a ainsi révélé ou « dénoncé » la mise en récit des faits dans les affaires *Grzelczyk* et *Dano* (46) : le bon citoyen méritant et travailleur dans la première affaire et la mauvaise citoyenne laxiste dans la seconde, récits qui alimentent, en schématisant, une protection européenne pour le premier et une absence de protection pour la seconde (47). Le mot « récit » est une invitation à la critique, à la subversion pourrait-on dire (48). Le récit est affaire de mouvement, il est tourné vers l'avenir et ne cherche pas vraiment à décrypter les sources d'influences du juge. Il s'agit au fond d'une quête de sens, et participe donc à la structuration de la société. D'où l'émergence d'un certain nombre de promesses.

— (45) F. Nicola et B. Davies, « Introduction », *op. cit.*, p. 1 (traduction libre).

(46) CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 ; CJUE, Gde ch., 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358.

(47) P. Phoa, « EU citizen's access to social benefits : reality or fiction ? Outlining a law and literature approach to EU citizenship », in *EU Citizenship and social rights* (F. Pennings et M. Seelieb-Kaiser éd.), Londres, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 199-227.

(48) P. M. Dupuy se demande aussi si le thème sur les motifs juridiques n'aurait-il pas en lui-même quelque chose de subversif ? (P. M. Dupuy, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 203).

3. — Les Promesses Pour les études juridiques européennes

Ce cadre d'analyse de la jurisprudence alimente deux promesses : la politisation du droit européen et son incarnation.

Le constat de dépolitisation de l'Union européenne, bien que nuancé, se traduit schématiquement par une faible politisation des débats européens, y compris dans des instances réceptacles de la démocratie européenne telles que le Parlement européen, en raison de la culture du consensus, une tendance à la délégation aux agences pour réguler des pans pourtant sensibles de la vie politique européenne, comme l'immigration ou la finance. La judiciarisation de l'Union européenne a accompagné cette dépolitisation. En effet, la doctrine continentale reste marquée par l'idée selon laquelle la Cour comme juridiction est garante d'une certaine neutralité, ce qui garantit son indépendance et donc sa légitimité. C'est également la vision qu'a la Cour de justice d'elle-même (49) qu'elle traduit par la mobilisation d'un langage neutre pour écrire ses arrêts et qu'elle entretient en cherchant à « masquer le péché originel : sa création politique » (50). Mais dépolitisation ne signifie pas que les enjeux politiques disparaissent, bien au contraire ils sont toujours présents, mais ils sont masqués par la recherche du consensus, par l'expertise et par le recours au juge. Le droit européen est ainsi pensé comme a-politique (51). La démarche scientifique qui consiste à chercher à politiser, non pas l'Union européenne (52), mais les études juridiques européennes, consiste à ne pas chercher à masquer les enjeux politiques, sous prétexte que ce n'est pas du droit. Ainsi, politiser, ce n'est pas renoncer à penser le droit, mais au contraire cela consiste à le penser autrement en lui donnant une dimension supplémentaire, pour l'explicitier de manière plus proche du réel et *in fine*, redonner un souffle à la construction européenne. L'approche par les récits judiciaires, qui « met en évidence le rôle politique du droit et de ses juges » (53), complète ainsi d'autres recherches

(49) K. Lenaerts, « Entretien. La Cour assure surtout le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire », *Europe*, avril 2007, n° 4.

(50) A. Vauchez, *L'Union par le droit – L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, p. 247.

(51) Sur la dénonciation, dès 1964, des non-dits politiques dans les études européennes, J. Stolis, « Some problem of European Secretariats », *Journal of Common Market Studies*, 1964, pp. 221-250, p. 224.

(52) Sur la question de la politisation de l'Union, voy. S. Hix et S. Bartoloni, « La politisation de l'Union : remède ou poison ? », *Notre Europe Policy Paper*, 2006, n° 19 ; G. Ricard-Nihoul, « Is Politicisation good or bad for the Union ? Initial Synthesis of the Debates and Lines of Research », *Notre Europe*, 2006.

(53) A. Baillieux, « Les récits judiciaires de l'Europe », *op. cit.*

doctrinales, que ce soit du côté des juristes qui reviennent aux idéaux de la construction européenne⁽⁵⁴⁾, ou encore qui cherchent à qualifier le rôle politique de la CJUE⁽⁵⁵⁾ ou, du côté des politistes, qui envisagent les juristes non comme des techniciens mais comme des acteurs politiques⁽⁵⁶⁾. Politiser s'accompagne donc de la remise en avant du rôle des individus dans la création du droit.

La norme et la décision de justice tiennent à l'action d'hommes et de femmes avec leur propre cadre de pensée et leur propre imaginaire. Une étude du droit axée sur les principes, les concepts, l'articulation et l'explication des normes peut dans une certaine mesure faire oublier cette dimension avant tout humaine du droit. En s'appuyant sur « l'imaginaire collectif des juges », une approche des récits prend pour acquise cette dimension humaine du droit. De plus, le récit n'existe que s'il s'adresse à quelqu'un. En cela, il participe indirectement à l'« incarnation du droit » (ou le droit fait de chair), alors que les études sur le recrutement des juges⁽⁵⁷⁾, leur profil⁽⁵⁸⁾ ou encore les réseaux d'acteurs⁽⁵⁹⁾ y contribuent plus directement. Seul un droit « ré-incarné » explique que « l'ordre du droit est toujours en équilibre instable »⁽⁶⁰⁾. Si l'on définit l'ordre juridique comme « le droit des humains pour les humains »⁽⁶¹⁾, on accepte comme normal les profondes tensions qui nourrissent l'action⁽⁶²⁾ et le caractère fluide du droit.

(54) Voy. les études recensées par L. Azoufal, « Solitude, désœuvrement et conscience critique. Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes », *op. cit.*, p. 91.

(55) M. Dawson, B. de Witte et E. Muir, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Londres, Edward Elgar, 2013 ; S. Saurugger et F. TerPan, *The Court of Justice of the European Union and the politics of Law*, Basingstoke, Palgrave, 2017 ; L. Clément-Wilz dir., *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.* L'étude vise à déterminer ses orientations politiques, ses espaces de choix et à les critiquer.

(56) A. Vauchez, *L'Union par le droit – L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*

(57) M. Bobek (éd.), *Selecting Europe' Judges – A Critical Review of the Appointment Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

(58) A. Cohen, « Sous la robe du juge. Le recrutement social de la Cour », in *Dans la fabrique du droit européen* (P. Mbongo et A. Vauchez dir.), *op. cit.*, pp. 11-29 ; I. Solanke, « Diversity and Independence in the European Court of Justice », *Columbia Journal of European Law*, Winter 2008/2009, pp. 90-121 ; S. J. Kenney, « Breaking the Silence : Gender Mainstreaming and the Composition of the European Court of Justice », *Feminist Legal Studies*, 2002, pp. 257-270.

(59) J. Baillieux, *Penser l'Europe par le droit – L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014.

(60) O. Jouanjan, « Les scènes du droit – Recension de Jacques Krynen, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Gallimard », *op. cit.*

(61) *Ibid.*

(62) J. Krynen, *Le théâtre juridique – Une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, 2018, p. 371.