



HAL
open science

L'expression de " dialogue des juges " peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ?

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. L'expression de " dialogue des juges " peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire?. *Annuaire international des droits de l'homme*, 2016. hal-01725330

HAL Id: hal-01725330

<https://hal.science/hal-01725330v1>

Submitted on 7 Mar 2018

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.

L'expression de « dialogue des juges » peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ?

La hiérarchie des normes n'est plus. Il ne sera désormais plus question que de « dialogue des juges ». Aucun écrit doctrinal consacré, plus ou moins largement, aux rapports de systèmes ne semble faire l'économie de l'usage de cette expression, soit pour lui accorder une place privilégiée si ce n'est préférentielle par rapport à la première, soit que la hiérarchie des normes n'est tout simplement plus mentionnée, le caractère suranné du concept ne méritant plus qu'il ne soit évoqué. L'expression de dialogue des juges participe d'une nouvelle appréhension des rapports de systèmes qui repose sur le réseau et donc sur le pluralisme juridique. A l'instar de la hiérarchie des normes pour les rapports entre les ordres juridiques, les « dialogue des juges » est l'élément structurant des rapports de systèmes « organisés » en réseau¹. Autrement dit, le « dialogue des juges » est désormais le concept dominant censé décrire la manière dont s'organisent les rapports entre les systèmes normatifs dans un contexte de globalisation. L'Etat classique aura été marqué par le triomphe de la hiérarchie des normes ; l'Etat post-moderne mondialisé appelle la recherche d'un nouveau paradigme : le dialogue des juges.

Le succès de cette expression s'explique d'abord, non sans un certain paradoxe, par le caractère polysémique qui lui est reconnu. Le dialogue des juges dit tellement de choses que chacun pourra se l'approprier en lui donnant le sens qui lui convient. L'absence de sens premier clair favorise la multiplicité des sens potentiels susceptibles de lui être reconnus. Avec le « dialogue des juges », personne ne sait de quoi il parle, même si chacun présuppose un sens à cette expression. Le succès d'une expression qui n'est qu'une coquille vide étonne pour peu que l'on garde un minimum d'exigences scientifiques. A cet égard, si l'usage de l'expression est révélateur du niveau de la science du droit contemporaine, il est possible d'avoir quelques inquiétudes.

Pour se rassurer, peut-être, il convient de mettre en évidence d'autres explications que ce flou sémantique qui entoure l'expression de « dialogue des juges ». Il est cependant à craindre que ces explications ne rassurent pas pour autant sur la culture scientifique qu'elles sont susceptibles de révéler. Cette expression renvoie en effet à un ensemble de valeurs dont elle est le reflet. Sa dimension axiologique constitue un motif décisif dans son succès. Plusieurs valeurs sous-tendent et favorisent l'acceptation du concept :

¹ Si « ordre juridique » et « systèmes juridique » seront employés de manière synonymique, l'usage de « rapport de systèmes » est parfois défendu afin de dépasser les « rapports entre les ordres juridiques » (voir en particulier : B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso Editions, Forum, 2013, 207 p.) et c'est au regard de cet usage que les deux expressions sont différenciées dans la phrase.

Nous entendons par système normatif un ensemble normes juridiques ou non juridiques susceptibles d'être regroupés entre elles par différents types de liens qui en garantissent un minimum de cohérence et une unité. Le système normatif Google peut ainsi englober toutes les normes susceptibles d'être rattachées à l'entreprise américaine à l'origine du moteur de recherche. Le lien entre les normes est ici institutionnel. Dans un système juridique, le lien entre les normes sera établi par le rapport de production et l'existence d'une norme fondamentale à l'origine première de la production des normes dans le système.

- une dimension épistémologique intuitive : la place décisive accordée au juge dans l'étude du droit en général ;
- une dimension politico-morale : l'appréciation favorable dont il fait l'objet en tant qu'acteur juridique, l'indépassable mythe du « bon juge » ;
- une dimension logico-juridique : le rejet du conflit en tant que situation envisageable au sein d'un système normatif, le dialogue marquant précisément un certain apaisement ;
- une dimension théorique : le rejet d'une approche hiérarchisée des systèmes normatifs ;
- une dimension politico-juridique : le mythe de l'unité du droit.

Combinées, ces différentes thèses offrent une base idéologique forte à l'appui de l'acceptation du dialogue des juges.

Malgré le succès de l'expression, celle-ci pose une délicate et pourtant décisive question de sens. Le sens précis à donner à l'expression doit encore être explicité. Il ne s'agira pas ici de proposer des définitions lexicales couvrant tous les sens que peut revêtir en doctrine l'usage de l'expression². Nous nous inscrirons dans une démarche stipulative et deux sens seront retenus : un sens littéral et un sens usuel, tous deux présents dans la doctrine, même s'ils ne sont pas forcément ni formalisés, ni toujours formalisés de cette manière.

Dans un sens littéral, le dialogue des juges désigne toutes les situations concrètes, quelles qu'en soient les modalités, au cours desquelles une discussion portant sur le droit est entamée entre des juges. Les situations concrètes sont les plus larges qui soient : informelles, comme une pause autour d'un café amenant une discussion juridique entre deux juges appartenant à la même juridiction, ou, plus officielles, comme une rencontre entre des membres de juridictions du même type à l'occasion d'un colloque³. En tout état de cause, ces situations ne renvoient à aucune situation couverte par le droit, c'est-à-dire couverte par une norme juridique, si ce n'est que les protagonistes ont une fonction qui leur est attribuée par le droit, mais la situation de dialogue lui est totalement étrangère. L'étude du dialogue des juges ainsi définie peut-être pertinente, mais appelle l'usage de méthodes indirectes de connaissance dès lors que ces situations de dialogues n'ont laissé aucune trace quant à leur contenu et, surtout, des méthodes d'analyse de type empirique. S'inscrire dans une telle voie impliquerait de recourir à des sociologues et sans doute aussi à des psychologues pour être en mesure de tirer des éléments de connaissance pertinents pour le juriste.

² Voir, par exemple, pour des définitions lexicales distinguant le dialogue des juges comme « expression d'un échange contradictoire », « expression d'un échange inégalitaire » et « instrument d'un échange fictif », C. Arnaud, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, LGDJ-Presses universitaires de Toulouse, Collection des thèses de l'IFR, 2016, p. 128 et s.

Voir également : L. Potvin-Solis, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, sous la direction de F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard, Bruylant, Droit et Justice, n° 53, 2004, pp. 19-58.

Il convient de renvoyer enfin à la publication prochaine des actes du colloque de Tours des 25, 26 et 27 novembre 2015, intitulé *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue en question(s)*.

³ Sur cet usage de l'expression « dialogue des juges » et la distinction entre rencontres informelles et rencontres officielles : A. Le Quinio, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne, Collection de thèses, 2011, p. 179 et s.

Dans un sens usuel, l'expression semble désigner toutes les situations dans lesquelles des juges s'inspirent de décisions rendues par d'autres juges pour résoudre les litiges qui leur sont soumis, sans qu'ils soient juridiquement contraints de le faire. Ce dialogue apparaît comme un moyen informel de garantir une unité dans l'interprétation et l'application du droit. Il se situe d'emblée hors du droit, tout en œuvrant à son unité. Il est politique juridique pour défendre une finalité commune au droit.

C'est en ce sens-là que l'étude du dialogue des juges paraît révéler tout son intérêt. Elle met en évidence tous les enjeux politiques masqués qui se cachent derrière cette expression. La naissance de l'expression le confirme. Il semblerait que ce soit Nicole Questiaux qui a été la première⁴ à retenir l'expression de « dialogue de techniciens de la justice »⁵, avant qu'elle ne soit transformée pour la postérité par Bruno Genevois en « dialogue des juges »⁶. A propos des relations entre le juge communautaire alors et le juge national, ce dernier soutenait, comme un slogan : « ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges ». Dans cette formule sont convoqués tous les mythes fondateurs autour du juge, « gouvernement des juges », « guerre des juges », pour mieux préparer l'avènement d'un nouveau, celui du « dialogue des juges ». La stratégie communicationnelle est redoutable. Il reste que, dans un contexte concurrentiel de juridictions européenne et interne, la formule relève de l'antiphrase. Alors que le Conseil d'Etat, en tant que juge national, est soumis au juge communautaire en vertu d'engagements valablement souscrits par la France et sur le fondement de la Constitution, autant éviter d'en tirer toutes les conséquences : point d'obligations juridiques entre les juges, seulement un dialogue. S'il est vrai que la parole du juge européen n'est pas source générale d'obligation juridique pour les juges nationaux en vertu des traités, pour ce qui concerne le renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité, il paraît difficile d'évoquer un « dialogue » alors que, précisément, il existe une obligation juridique à la charge des juges nationaux de respecter, dans le premier cas, l'interprétation donnée par la Cour de justice et, dans le second, les conséquences de la censure ou de l'absence de censure de la norme européenne contestée.

D'emblée l'expression de « dialogue des juges » s'inscrit dans une démarche de mystification visant à contourner et, plus exactement, à masquer ce qui *doit être*. C'est sous cet angle que l'expression de dialogue des juges prend tout son sens. L'entreprise conduite ici consiste précisément à restituer l'expression de « dialogue des juges » dans le contexte de la science du droit pour mettre en évidence les ressorts souterrains mobilisés par celle-ci. Il ne saurait d'ailleurs être anodin que l'expression soit précisément née sous la plume d'un juge et non pas sous celle de

⁴ Voir en ce sens : C. Charpy, *Les rapports de systèmes constitutionnel et européens de protection des droits fondamentaux en France*, Thèse de doctorat, AMU, 2016, dactyl., p. 345.

⁵ N. Questiaux, « La collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'Etat français de l'article 177 du traité de Rome) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 387.

⁶ B. Genevois, Conclusions sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *Rec. Dalloz*, 1979, p. 161.

la doctrine, quelle que soit par ailleurs la prétention doctrinale de son auteur. Sous cet angle, il convient de reconnaître que l'expression traduit de manière visible une nouvelle appréhension du droit dans un contexte de jurisglobalisation⁷ (§ I). Il faut également révéler ce qui est masqué et qui relève de l'invisible, à savoir la déjuridicisation de l'objet droit, dans le sens d'une littérature juridique contre la science du droit (§ II).

§ I – Le visible : une nouvelle appréhension du droit, la jurisglobalisation

La force de l'expression est à la mesure de la tentation d'un renouvellement des cadres classiques d'analyse juridique. Le contexte général de globalisation, que l'on entendra avec David Goldman comme désignant les « interconnexions croissantes entre les choses qui adviennent dans le monde »⁸, constitue à la fois l'occasion et le moteur appelant ce renouvellement. La remarquable introduction de l'ouvrage de F. Ost et M. Van De Kerchove⁹ est à cet égard tout à fait significative. En s'appuyant sur la stimulante théorie des révolutions scientifiques de Thomas Kuhn¹⁰, ces auteurs parviennent, avec beaucoup de talent et en peu de pages, à remettre en cause et même à enterrer l'ensemble des propositions classiques d'analyse. Le phénomène politico-factuel que représente la globalisation constitue un nouveau monde qui emporte des conséquences dans le domaine juridique, on parlera alors de jurisglobalisation, et qui impose aux juristes de nouveaux cadres d'analyse. Le dialogue des juges est la clé d'ordonnement et le concept explicatif premier de la jurisglobalisation. Au-delà du droit, le dialogue en général est sans doute d'ailleurs la clé de voute de la globalisation. Cette mise au premier plan du dialogue marque le rejet général du conflit et le dialogue des juges apparaît comme pacificateur et, surtout, unificateur du droit malgré le pluralisme normatif consécutif à la globalisation. Le dialogue des juges constitue ainsi une vivifiante remise en cause du cadre conceptuel formaliste (A). De plus, les relatives incertitudes générées par la globalisation sont précisément compensées par l'existence d'un dialogue qui tend à remettre en avant une approche substantialiste du droit dans la science du droit (B).

A – Une vivifiante remise en cause du cadre conceptuel formaliste

Le dialogue des juges dépoussière l'approche formaliste du droit et ce qui la symbolise le mieux : la hiérarchie des normes. La plasticité de cette dernière expression dans la signification souvent seulement intuitive qu'elle revêt permet de réunir tous les adversaires d'une approche formelle du droit et, au-delà, du positivisme. Le même mal, le manque de sens, offre des destinées opposées aux deux concepts, le déclin, voire la disparition de la hiérarchie des normes, et le succès du « dialogue des juges ». A l'inverse de celle de « dialogue des juges » qui cristallise tout un ensemble

⁷ La « jurisglobalisation » sera entendue comme le pendant de la globalisation dans le domaine juridique.

⁸ D. B. Goldman, *Globalisation and the western legal tradition*, Cambridge University Press, 2007, pp. 3, 25, 34.

⁹ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, 597 p.

¹⁰ Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 2008, 284 p. (1962).

de sens bienveillants, l'expression de « hiérarchie des normes » est capable de regrouper toutes les maux dont serait à l'origine le positivisme. Elle est une figure conceptuelle mobilisatrice d'insatisfaction d'autant plus efficace que peu sont ceux qui en ont une définition précise. En tout état de cause, la « hiérarchie des normes » ne fonctionne pas comme concept explicatif, partout dans le monde, et plus encore avec la juriglobalisation, les règles de droits sont méconnues ; surtout, ce concept ne peut plus éclairer le nouveau contexte de globalisation. La fin du modèle étatique consécutif à la globalisation marque la fin de sa proposition explicative première, à savoir la hiérarchie des normes. Avec lui, c'est un cadre d'analyse (trop) rigide qui est abandonné, incompatible avec la souplesse caractérisant la globalisation.

Le dialogue des juges apparaît en effet comme un instrument souple, il est question de « dialogue », permettant de mieux caractériser les échanges consécutifs et inhérents à la juriglobalisation. Il témoigne également de manière quelque peu paradoxale, nous y reviendrons, de la juridicisation supposée de nos sociétés en mettant en avant celui qui en est la figure tutélaire, à savoir le juge. Elle reflète et se nourrit ainsi de manière spontanée d'un certain empirisme. Elle a l'avantage de se rapprocher de l'opinion commune : le droit occupe toujours une place plus importante dans nos sociétés ce qui entraîne un développement considérable des contentieux, ce qui y accroît en conséquence la place du juge.

De plus, le juge est le mieux à même « d'adapter » le droit aux contraintes réelles du monde social contemporain et de le « faire évoluer » au grès des nécessités qu'il impose. La souplesse du juge n'en est que plus forte, face à la rigidité de la norme écrite, toujours insuffisamment proche du contexte de son application. Le droit par le juge est toujours de meilleure qualité qu'un droit éloigné de la réalité qu'il est pourtant censé régir.

Il suppose encore une approche horizontale et donc égalisatrice du droit en général face à l'approche verticale et hiérarchisée du formalisme. Là encore, cette lecture semble rendre compte de manière pertinente de la juriglobalisation et de la multiplication des acteurs normatifs face à l'Etat. La concurrence à laquelle fait face l'Etat dans la production normative aboutit à une égalisation de tous les acteurs normatifs. A une hiérarchisation verticale descendante autoritaire, dont la figure de proue est l'Etat, se substitue au contraire une horizontalisation égalitaire entre les acteurs normatifs plus incertaine. L'observation « intuitive » du monde réel renforce cette lecture sous l'angle empirique : partout l'Etat est concurrencé par d'autres acteurs normatifs, organisations internationales, firmes internationales ou systèmes mafieux transnationaux, sans que l'on ne puisse identifier aucune hiérarchisation entre eux. *Le sens commun fait office de ressort scientifique.*

B – Une remise en avant d'une finalité supérieure au droit

Le dialogue des juges rassure par ailleurs. Il est une révolution conceptuelle rassurante. Il permet de remettre en avant les finalités du droit et les valeurs essentielles sur lesquelles s'appuient nos

sociétés libérales et occidentales. Il rassure face à tous les bouleversements impliqués par la globalisation. Il est encore une manière de réintroduire une dimension jusnaturaliste dans l'approche du droit sous des habits plus neutres et plus modernes. Le dialogue des juges repose ainsi sur une conception prescriptive des droits fondamentaux qui veut que ceux-ci constituent la valeur première de nos sociétés contemporaines, à laquelle l'ensemble du droit se doit être soumis. Le jusnaturalisme est laïcisé par l'intermédiaire des droits fondamentaux. Débarrassé de ces oripeaux moraux classiques, ce néo-jusnaturalisme se pare de la bonne conscience des droits fondamentaux pour réintroduire les valeurs dans l'analyse du droit. Or, et c'est là un principe scientifique minimal, si le droit est porteur de valeur, le discours censé le décrire ne saurait en être empreint. Il faut croire que le juriste a du mal à se séparer de ses valeurs lorsqu'il décrit son objet. Le rejet du formalisme et du positivisme dans sa dimension scientifique constitue d'ailleurs le terreau de ce néo-jusnaturalisme. Plus précisément, trois valeurs essentielles appuient le dialogue des juges : la confiance dans le juge, le respect des droits fondamentaux et l'unité du droit.

Le juge apparaît d'abord comme le sauveur du chaos engendré par les incertitudes liées à la globalisation. Il n'est d'ailleurs pas d'emblée un juge neutre : il est un juge libéral, soucieux du respect de l'Etat de droit et de la protection des droits fondamentaux, jamais d'ailleurs de son propre pouvoir. Nombreux sont les lieux communs qui renforcent cette image du juge et, plus largement, l'image du bon juge. Celui-ci ne saurait mal faire et il est vrai que l'on peine à suivre cette imagerie d'Epinal naïve qui ferait du juge le seul titulaire d'un pouvoir qui n'en ferait pas usage. Pourtant, le juge veille « toujours » « à mieux protéger les droits fondamentaux », « à éviter les conflits dans l'interprétation des droits fondamentaux », « à adapter le droit aux nouvelles exigences sociales », « garantir au justiciable le meilleur niveau de protection des droits fondamentaux »... Cette neutralisation du pouvoir du juge est au service de la valeur droits fondamentaux ou, c'est une autre manière de voir, son pouvoir est justifié par le souci de protection des droits fondamentaux.

A travers le juge, c'est le domaine des droits fondamentaux qui permet à la fois de garantir l'unité du droit et une finalité morale à celui-ci. C'est un empirisme simpliste qui sert cette vision. La place déterminante qu'occupent aujourd'hui les droits fondamentaux dans les ordres juridiques tend à concentrer les débats sur cette question. La justice constitutionnelle, comme la création d'organisations régionales de protection des droits fondamentaux, ont en effet placé au premier plan cette thématique. Il en résulte que le droit semble parfois réduit aux seuls droits fondamentaux ou, de manière plus souple, mais tout autant problématique, se contente-t-on d'envisager les rapports entre les normes seulement par le prisme des droits fondamentaux.

De plus, la dynamique du dialogue des juges n'est défendue que dans une perspective d'unification et de renforcement de la protection des droits fondamentaux, jamais de manière négative ou critique. La protection des droits fondamentaux ne tolère aucune reculade ; elle n'évolue que dans le sens d'un plus grand progrès. Derrière la banalité du constat de l'importance des droits fondamentaux dans nos sociétés libérales - qui d'ailleurs s'oppose d'un point de vue

politique à cette évolution ? -, c'est le glissement du discours sur le droit vers une idéologie des droits fondamentaux qui pose problème. Difficile de contester, en tant que citoyen, le progrès politique que constitue la reconnaissance et la protection des droits fondamentaux ; mais porter un regard scientifique sur le droit impose de ne pas idéologiser son regard sur cet objet.

§ II – L'invisible : la déjuridicisation de l'objet droit, la littérature juridique contre la science du droit

L'usage de l'expression de « dialogue des juges » s'inscrit dans un discours qui, plus largement, conduit à délaisser l'étude du droit en tant que *devoir être* pour se contenter du droit en tant que ce qu'il *est*. Le concept de dialogue des juges apparaît alors comme un concept anti-juridique (A). Fort de cette dimension factuelle, l'étude du « dialogue des juges » mériterait en conséquence l'usage de méthodes empiriques, telles qu'elles sont utilisées par des disciplines auxiliaires¹¹, sociologie ou science politique, pour qu'une étude sérieuse du phénomène soit menée. Or, il n'en est rien. Faute de prendre l'expression au sérieux, les défenseurs du « dialogue des juges » ont réduit le concept à un concept littéraire et non pas scientifique (B).

A – Un concept anti-juridique

L'analyse du droit par le prisme du dialogue des juges et, plus largement, du pluralisme juridique dans le cadre duquel il s'inscrit, conduit à un glissement de l'analyse du droit vers le fait et parfois même une confusion entre les deux.

L'abandon de l'objet droit en tant que *devoir être* conduit à un renoncement à la spécificité du droit. S'il est une singularité du droit, c'est bien de s'inscrire dans une dimension d'imputation et non de causalité, comme c'est le cas des sciences naturelles par exemple. En droit, si des conditions sont réunies alors quelque chose *doit arriver* et il n'est pas certain que ce quelque chose *arrive*. En France, si en conduisant un véhicule une personne ne s'arrête pas à un feu rouge, elle doit être verbalisée pour méconnaissance du code de la route même si, pour des raisons variables, elle n'est pas ou ne sera jamais verbalisée. Le monde du droit est ainsi distinct du monde des faits : en droit, certes, la personne *doit être* sanctionnée ; mais, en fait, peut-être ne le *sera-t-elle* jamais. En revanche le principe de causalité est tout autre puisqu'il commande que si certaines conditions sont réunies, quelque chose arrive nécessairement. Sur terre et au niveau de la mer, si la température de l'eau est portée à 100 °C, l'eau bout. La distinction causalité/imputation et la différence de dimension du domaine juridique et du domaine factuel sont encore liées à la loi de Hume en vertu de laquelle aucune conclusion prescriptive ne saurait être dégagée de prémisses simplement descriptives¹². Le fait de fumer dans un lieu public ne me permet pas de conclure ni

¹¹ L'expression est empruntée à R. Ponsard qui l'a repris de J. Le Goff (voir R. Ponsard, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnel*, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 8 décembre 2011, Thèse dactyl., note 340, p. 189).

¹² D. Hume, *Traité sur la nature humaine*, 1777, extrait repris et traduit in *Le positivisme juridique*, sous la direction de C. Grzegorzczuk, F. Michaut et M. Troper, L.G.DJ, La pensée juridique moderne, 1992, pp. 244-245.

qu'il est autorisé de fumer, ni qu'il est interdit de fumer. L'interdiction ou l'autorisation de fumer est une *obligation d'agir*, fumer est un *fait*.

Le dialogue des juges renonce à cette spécificité de l'objet pour inscrire son analyse juridique dans ce qui se fait réellement. Le droit n'est plus le droit dans les textes mais le droit dans la pratique. Le dialogue des juges présente en ce sens une dimension réaliste, pragmatique du droit. C'est donc le juge qui fait le droit et c'est à partir de celui-ci, et de celui-ci seulement, qu'il convient de l'observer. Cette vision est pourtant parfaitement contradictoire. Pour observer de manière pertinente le droit dans la manière dont il est appliqué, dans les usages, seule une observation de tous les usages et non pas seulement de ceux des juges serait scientifiquement pertinente. Le réalisme n'est que peu réaliste faute de pouvoir embrasser tous les usages. Il reste que cette dimension réaliste conduit à modifier son regard sur le droit en observant la manière dont il est appliqué. Dans le contexte de la globalisation, la concurrence de fait entre l'Etat et les multinationales ou de droit entre le premier et les organisations internationales conduit pour les juriglobalistes à constater la fin programmée de l'Etat.

Il est sans doute vrai que cette dimension factuelle n'est pas toujours consciente de la part des défenseurs du dialogue des juges, faute pour eux, le plus souvent, de disposer d'une théorie du droit leur permettant d'identifier en général leur objet. Elle n'en est pas moins d'autant plus dangereuse en ce qu'elle conduit à une confusion entre ce qui est le droit et ce qui n'en est pas. Tout devient égal sans que l'on ne sache plus distinguer, classer, catégoriser et donc correctement identifier ce que l'on observe. Une multinationale est, en gros, la même chose que l'Etat en tant que producteur de norme, tout comme une organisation régionale d'intégration est l'équivalente d'un Etat. Cette dilution et cette assimilation du droit aux autres phénomènes sociaux obscurcissent plutôt qu'elles n'éclairent. La spécificité du droit n'est plus ; celui-ci est dilué dans d'autres objets de connaissance.

B – Un concept littéraire

Le dialogue des juges est une belle histoire. Une histoire dans laquelle tout irait mieux grâce au dialogue ; d'autant plus belle qu'elle se finit bien, malgré le contexte anxieux de la mondialisation. L'unité du droit et surtout des droits fondamentaux est garantie à tous, grâce aux juges, et ce partout dans le monde. Si l'on peut toujours apprécier les belles histoires, l'on peut aussi douter que les belles histoires constituent une description scientifique de la réalité (et d'ailleurs laquelle ?) qu'elles sont censées représenter. Il faut interroger ici l'apport de cette expression à la connaissance du monde qu'elle prétend décrire. Quelle est la capacité explicative du concept à mieux connaître le droit ? Le fait que le dialogue des juges se rapproche de l'opinion généralement retenue du monde social n'inscrit d'ailleurs pas cette expression dans une démarche proprement scientifique, qui se doit précisément de lutter contre l'opinion.

La démarche entreprise par la théorie du réseau, toile de fond du dialogue des juges, interroge tant sur le constat à l'origine de sa nouvelle lecture du droit que sur ses propositions d'analyse.

Le constat d'une globalisation en général est évident ; pour autant, les conséquences qu'elle produit sur le droit sont-elles si décisives ? Si l'on s'en tient à une approche normative, de devoir être, la globalisation ne change rien aux normes, tout au plus témoigne-t-elle d'une multiplication des acteurs producteurs de normes que celles-ci soit juridiques ou qu'elles ne les soient pas. A s'inscrire dans une démarche factuelle, encore faudrait-il pouvoir disposer d'instruments de mesure. Il faudrait mesurer l'efficacité des différents systèmes normatifs pour établir si oui ou non l'Etat est concurrencé, dans l'effectivité des normes qu'il produit, par des systèmes normatifs quels qu'ils soient. Quelle étude empirique sérieuse d'envergure pourrait-être menée en ce sens ? Assurément aucune, compte tenu de son ampleur. Personne ne pourrait prouver de manière empirique que les normes des entreprises privées s'appliquent de manière privilégiée face aux normes étatiques en général. Tout au plus serait-il possible de montrer qu'une entreprise, pour certaines catégories de règles parvient à influencer certains organes producteurs de normes au sein de l'Etat dans la production de certaines règles. En conséquence, faute d'une démarche empirique, la théorie des réseaux comme le dialogue des juges qui l'accompagne n'est tout au plus qu'une littérature juridique de qualité, grâce à la beauté de l'expression, ce dont on peut d'ailleurs toujours discuter. Le constat est le même pour le dialogue des juges : combien de décisions concernées ? Pour combien de décisions rendues ? Pour combien d'application générale de règles en dehors du juge ? Le phénomène mérite-il vraiment d'être étudié ? Est-il décisif ? Aucune étude empirique sérieuse n'est conduite en ce sens. En outre, quelle est la signification pour le juge du « dialogue des juges » ? Quand, comment et pourquoi va-t-il décider qu'il convient de s'appuyer et de suivre une solution adoptée par un autre juge pour résoudre le litige qui lui est soumis ? De telles études seraient éminemment pertinentes. Quel juriste en a mené ou a utilisé d'éventuelles études menées en ce sens. Indéniablement beaucoup moins qu'il n'existe de juristes usant de l'expression. La théorie du réseau n'a rien d'une théorie : elle n'est que le transfert d'un constat factuel, la globalisation, dans le domaine juridique.

Une fois le constat d'une globalisation du monde qui aurait des conséquences sur le droit positif, que nous dit la théorie du réseau ? Rien en réalité, si ce n'est que, du chaos, à savoir du pluralisme en réseau, ne résulte pas de chaos grâce au dialogue des juges. Autrement dit, aucune explication globale du nouveau monde normatif n'est proposée : qu'est-ce que le droit devenu ? Quel critère de la juridicité ? Quelle différence entre les systèmes normatifs ? Quelle différence entre le droit et d'autres systèmes normatifs ? Plus concrètement encore, le dialogue des juges n'apporte aucune information sur la question de savoir ce que le juge fait lorsqu'il est confronté à un litige dans lequel un autre juge a adopté une solution déterminée. Il ne permet même pas de prévoir quelle sera l'attitude du juge dans un tel cas. De plus, au regard de l'ensemble des éléments qui sont susceptibles de manière factuelle d'influencer la décision du juge, la place du dialogue des juges est-elle décisive ? S'agit-il, au contraire, d'un critère accessoire ?

Le dialogue des juges n'est au mieux qu'un concept littéraire peu explicatif du monde qu'il est censé décrire. Il fait partie de ces objets dépourvu d'intérêt au fond sur lesquels la doctrine juridique s'épuise en vain. Il semble témoigner de manière problématique d'un manque de culture scientifique de la communauté juridique, qui préfère, conformément d'ailleurs aux discours du monde qui l'entoure, l'élégance des mots, à la recherche du sens et de la vérité. Tout n'incite cependant pas au pessimisme dans la mesure où une partie de la jeune doctrine propose déjà des concepts plus précis que celui de dialogue des juges, pensons seulement à la « circulation des solutions juridiques »¹³ ou à « l'effet corroboratif de la jurisprudence »¹⁴. En espérant que leur force explicative soit mieux à même de les imposer.

Xavier MAGNON

Professeur de droit public

Université de Toulouse 1 Capitole

Institut Maurice Hauriou

¹³ A. Le Quinio, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, *op. cit.*

¹⁴ C. Arnaud, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, *op. cit.*