



**HAL**  
open science

## Enquêter sur les savoirs juridiques : controverses juridiques et traductions conceptuelles

Vincent Réveillère

► **To cite this version:**

Vincent Réveillère. Enquêter sur les savoirs juridiques : controverses juridiques et traductions conceptuelles. Cahiers Jean Moulin, 2022, 8. hal-04529682

**HAL Id: hal-04529682**

**<https://hal.science/hal-04529682>**

Submitted on 2 Apr 2024

**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.

## **Enquêter sur les savoirs juridiques : controverses juridiques et traductions conceptuelles**

Vincent Réveillère (AMU, LTD)

Cette contribution propose une réflexion méthodologique sur la façon dont il est possible d'enquêter sur les savoirs juridiques. Dans un premier temps, il s'agit de défendre une enquête à la surface du droit de l'Union européenne : prendre au sérieux la controverse qui se déroule devant le juge et autour de ses arrêts permet de percevoir sa dimension instituante. Les concepts juridiques ne sont pas de simples outils, totalement sous contrôle, utilisés pour atteindre des fins définies par avance et en d'autres termes. Ils sont bien plus que cela : ils participent à la constitution même des réalités sociales et juridiques qu'ils prennent pour objet. Ils rendent possible, mais limitent aussi, ce que les acteurs peuvent dire ou faire, et même ce qu'ils peuvent vouloir dire ou vouloir faire. Dans un second temps cette démarche est mise en pratique pour étudier une opération de traduction conceptuelle à l'œuvre dans trois affaires relatives au nom de famille.

**Savoirs juridiques, controverse juridique, traduction conceptuelle, noms de famille, CJUE**

This contribution develops a methodological reflection on the way in which it is possible to investigate legal knowledge. Firstly, an inquiry into the surface of EU law is proposed : taking seriously the controversy before the judge and surrounding its rulings allow us to see its institutive dimension. Legal concepts are not mere tools, totally under control, used to achieve certain ends defined in other terms, outside the law. They are far more than that : they participate to the constitution of legal and social realities that they pretend to regulate. They enable and limit what participants of a language-game can do, and they can even influence what they may want to do. Secondly, this approach is used to study a conceptual translation that occurs in in three cases dealing with family name.

**Legal knowledge, Legal controversy, Family name, conceptual translation, EU citizenship, CJEU**

## Introduction : enquêter à la surface du droit

Les auteurs traitant du droit dans d'autres disciplines, ou revendiquant une approche externe du droit, ont parfois tendance à délaisser l'étude des savoirs juridiques – nous désignons par-là de façon large les savoirs techniques des juristes, qu'ils soient praticiens ou universitaires. On peut trouver différentes raisons à cela. Les concepts, les formes et les techniques juridiques sont parfois tenus pour quelque chose de superficiel. Ils ne seraient que ce qui se passe à la « surface » et n'indiqueraient rien de ce qui se passe en profondeur. Ensuite, les aspects les plus techniques du droit sont parfois simplement vus comme rebutants pour les auteurs qui ne sont pas juristes. Il est plus facile de trouver des travaux en sociologie ou en science politique portant sur des questions dont le contenu politique ou la dimension symbolique sont évidents, comme par exemple le mariage ou la citoyenneté, que sur des questions qui sont perçues comme plus techniques, telles que les critères du contrat administratif ou la justification des mesures constitutives d'une entrave en droit de l'Union européenne. Enfin, cela peut aussi s'expliquer par la neutralité qui est parfois prêtée aux concepts, aux formes et aux techniques juridiques ; réduites à de simples questions techniques, ils seraient dénués de véritable enjeu.

Pour les approches juridiques plus classiques, usuellement présentées comme la doctrine ou la dogmatique juridique, la question se pose différemment. La difficulté n'est pas de prendre en compte les techniques, les formes et les concepts juridiques qu'ils manipulent quotidiennement, mais d'en faire un véritable objet d'enquête, au-delà de la recherche des solutions qui peuvent être apportées à un problème juridique particulier, de l'effort de systématisation des normes juridiques ou de la suggestion de réformes. Lorsque ces juristes proposent une réflexion sur le droit, ils pensent souvent devoir s'abstraire de la dimension technique de leurs savoirs, trouvant là une échappatoire à leur travail habituel ou cherchant au-delà de celui-ci des explications plus fondamentales. Pour caricaturale qu'elle soit, l'image des études juridiques prises entre le « journalisme » et la « théologie » (Lévi-Strauss, 1984, p. 55-56), exprime bien cette alternative réductrice entre la pratique quotidienne du savoir juridique et le développement de grandes théories normatives à propos du droit. Pierre Schlag ne dit pas autre chose lorsqu'il dénonce la pratique du « *case-law journalism* » et du « *normative legal thought* » dans les écoles de droit états-uniennes contemporaines (Schlag, 2009).

Dans cette contribution, nous souhaitons au contraire montrer l'intérêt de développer une enquête à la surface du droit ou, pour le formuler différemment, une enquête sur les savoirs juridiques et les pratiques épistémiques des juristes. De façon en apparence paradoxale, c'est en sortant des frontières classiquement assignées à la science du droit que l'on perçoit le mieux l'intérêt qu'une telle enquête peut revêtir. Annelise Riles, en s'appuyant sur les études sur les sciences et les techniques et sur l'anthropologie de la connaissance, invite les approches culturelles du droit à « prendre en compte les aspects techniques du droit (Riles, 2022a) ». De même, Mariana Valverde met en évidence l'erreur qu'il y aurait à négliger ce qui se passe à la surface pour rechercher ce qui devrait se trouver en profondeur (Valverde, 2003, 2006, 2009). Ces auteures peuvent être vu comme s'inscrivant dans ce qui pourrait être qualifié de « tournant technique des sciences (sociales) du droit » (Audren, à paraître). Dans cette

perspective, les concepts, les formes et les techniques juridiques peuvent constituer un très riche terrain d'investigation en eux-mêmes, à la condition de ne pas les voir comme de simples outils, totalement sous contrôle, utilisés pour atteindre des fins définies par ailleurs et par avance en d'autres termes. Ils sont bien plus intéressants que cela : ils participent à la constitution même des réalités sociales et juridiques qu'ils prennent pour objet<sup>1</sup>. Inscrits dans une pratique culturelle spécifique, ces savoirs doivent être vus comme rendant possible, mais aussi comme limitant, ce que les acteurs peuvent dire ou faire, et même ce qu'ils peuvent vouloir dire ou vouloir faire.

En nous inspirant de travaux portant sur d'autres pratiques, nous proposons de prendre au sérieux les pratiques intellectuelles des juristes, c'est-à-dire de les comprendre dans leurs propres termes. La locution « prendre au sérieux » n'est pas ici une référence aux travaux de Dworkin, mais à la démarche de l'enquête qu'il est suggéré d'adopter. Pour celle-ci, l'objet n'est pas de chercher les erreurs de raisonnement de la doctrine mais de s'interroger sur les discours des juristes, en prenant en compte la signification qu'ils revêtent dans des contextes d'énonciation spécifiques. Cette démarche s'inspire de travaux en anthropologie – le tournant de la croyance au rituel – et en sociologie – la prise au sérieux des discours proposée par la sociologie pragmatique et les études sur les sciences et les techniques. Elle s'oppose à une appréhension purement externe des pratiques des juristes qui, de façon réductionniste, tend à ne les percevoir que comme le reflet de quelque chose de plus fondamental, les rapports de force politiques ou économiques, par exemple. Pour le dire dans les termes de Pierre Thévenin, il s'agit de refuser de considérer le droit « sous l'angle de l'expurgation<sup>2</sup> ». Pour le dire encore autrement, avec les auteurs d'*Une analyse juridique de (x)*, il s'agit de prendre pour objet d'étude « l'outillage conceptuel des juristes » et « leurs savoirs », de s'intéresser à leurs « opérations intellectuelles » (Munagorri, Herrera et Leclerc, 2019, p. 611 ; V. aussi Encinas de Muñagorri et al., 2016)<sup>3</sup>.

Il nous semble en effet que la doctrine juridique est parfois mal comprise de ceux qui proposent un discours externe cherchant à en corriger les erreurs. S'il peut y avoir dans ce mouvement quelque chose de l'homme de paille – la doctrine ainsi caricaturée devient une cible facile mais plus ou moins imaginaire –, on peut aussi penser qu'il y a là quelque chose de plus profond. La critique que Wittgenstein fait du *Rameau d'or* de Frazer, à savoir la remise en cause d'une lecture complètement externe et rationaliste des pratiques religieuses (Wittgenstein, 2000), pourrait être transposée aux travaux portant sur les pratiques juridiques. On peut penser que, comme les anthropologues ont négligé pendant trop longtemps de se demander si les « sauvages » croyaient

---

<sup>1</sup> Cette dimension institutive des savoirs juridiques a été mise en évidence par différents courants de recherche. On peut notamment penser aux *Critical legal studies* (V., par ex., Gordon, 1984 ; Klare, 1979).

<sup>2</sup> Celui-ci explique que, « en ôtant toute sorte de pertinence à la signification technique que les juristes avaient attachée [aux formes juridiques] ; en désactivant méthodiquement la question de leur signification, les doctes se persuadent de débarrasser la machinerie judiciaire, puis bientôt la société elle-même, de ses oripeaux métaphysiques, pour n'avoir plus à faire qu'à cet unique résidu concret : les pratiques sociales » (Thévenin, 2017, p. 35).

<sup>3</sup> À la différence de ces auteurs, notre objet n'est pas tant d'analyser juridiquement n'importe quelle portion du monde social en recourant « aux concepts, constructions et modes de raisonnement utilisés par les juristes dans leurs opérations intellectuelles », que d'analyser ces concepts, constructions et modes de raisonnement, ainsi que leur rôle constitutif, en empruntant au besoin à d'autres disciplines.

vraiment en leurs rites et leur magie, la dénonciation de certaines pratiques doctrinales, le formalisme ou l'essentialisme par exemple, oublie parfois de se demander si les juristes croient, au sens fort, dans l'existence de ces entités que leurs discours mobilisent. C'est ce que fait remarquer Annelise Riles, lorsqu'elle s'étonne, à propos du débat sur l'universalisme du « *rule of law* » : « Quelqu'un peut-il vraiment croire cela ? » (Riles, 2000, p. 100).

Il serait sans doute naïf de penser que les juristes croient que le juge n'a pas de pouvoir de décision, que le langage est complètement déterminé ou que les concepts juridiques existent dans un paradis éthéré parce qu'ils argumentent parfois comme si tel était le cas. Lorsqu'un acteur affirme devant le juge qu'il est de la nature de la propriété d'impliquer tel ou tel droit, il ne croit pas nécessairement, au sens fort, qu'il soit possible de pénétrer dans « l'essence cachée » des choses. De façon plus générale, comme le montrent des travaux d'inspirations différentes – on pense notamment à ceux de Jeanne Favret-Saada sur la sorcellerie dans le bocage (Favret-Saada, 1985) ou à ceux de Paul Veyne sur les mythes de l'antiquité grecque (Veyne, 1983) – ces pratiques sont bien plus complexes, et l'alternative qu'une lecture externe propose, entre croire et ne pas croire, est largement insuffisante. On peut d'ailleurs se demander si, comme le « mythe d'un paysan crédule et arriéré » dans la littérature sur la sorcellerie, le mythe du juriste formaliste, croyant naïvement dans la vérité des formes et la certitude du droit, ne tient pas essentiellement le rôle de « l'image inversée du savant » (Favret-Saada, 1985, p. 18).

S'il ne la formule pas dans ces termes, la critique qu'adresse Yan Thomas aux approches historiques négligeant les constructions des juristes rappelle les remarques de Wittgenstein. Parlant de la « fiction unitaire dans les exposés traditionnels du droit romain », il explique par exemple qu'« [à] la récuser comme fausse, on manque de savoir le rôle qu'elle joue dans la représentation juridique d'un droit considéré comme exemplaire ; on oublie que de tels artifices assurent l'efficacité d'un discours dogmatique qui ne peut faire l'économie de ces montages » (Thomas, 1986a, p. 153). De même, alors qu'il invite, dans le sillage des études sur les sciences et les techniques, à ne pas se limiter à l'histoire des idées juridiques mais à inclure également « les pratiques sociales, les normes, les institutions, les conventions d'écriture qui concourent à la formation de connaissances sur le droit considérées comme vraies », Olivier Leclerc souligne que l'activité doctrinale mérite « d'être analysée dans ses différentes composantes, plutôt que d'être réduite à la question de savoir s'il s'agit ou non de descriptions vraies du phénomène juridique » (Leclerc, 2013, p. 23). Ainsi, on ne saurait rendre compte de la pratique des juristes en se débarrassant des concepts et des formes que les juges ou d'autres acteurs mobilisent. Renoncer à les étudier au nom de leur artificialité ou se limiter à présenter ces pratiques des concepts et des formes comme exprimant des croyances vulgaires et arriérées reviendrait à manquer une dimension fondamentale de la pratique juridique et du savoir des juristes. Nous proposons, au contraire, de les inclure dans l'enquête et de ne pas les réduire à l'expression du sens de l'intérêt ou de la stratégie des acteurs, ainsi que le commande la sociologie pragmatique.

Il ne s'agit pas de nier que les savoirs juridiques présentent une dimension politique.

Il s'agit de dire, en reprenant une formule des études sur les sciences et les techniques, qu'ils sont de la politique par d'autres moyens (Latour, 2011). L'expression traduit tant le refus d'une vision formelle du droit, pour qui « le droit est une science » – le terme science désignant, dans cette expression, une conception moderne de la science –, qu'une approche purement politique ou stratégique, selon laquelle « le droit est politique » – la formule sous-entendant qu'il se réduit à cela. Il est possible d'accepter le caractère politique du droit, tout en reconnaissant l'importance de formes argumentatives spécifiquement juridiques, qui ne sont pas réductibles à une argumentation politique ou à toute autre forme d'argumentation, ainsi que le défend par exemple un auteur comme Duncan Kennedy<sup>4</sup>. Appréhender le droit dans ses propres termes se distingue donc des approches culturelles, politiques ou critiques lorsqu'elles conçoivent les formes juridiques comme le simple reflet de forces plus profondes – ce qui entraîne, comme le souligne Mariana Valverde, une certaine « fétichisation » du social<sup>5</sup>. Cela ne correspond pas non plus aux approches doctrinales qui ont tendance à se concentrer sur l'interprétation et la systématisation du droit, aboutissant à une fétichisation des formes et des concepts juridiques.

De très nombreuses enquêtes sur les savoirs juridiques sont possibles. Il est loisible au chercheur de s'intéresser à des acteurs très divers – des greffiers aux juges, en passant par les officiers d'états civils ou les usagers du droit –, ainsi qu'à de très nombreux matériaux – les décisions de justice, mais aussi, par exemple, les logiciels utilisés par les juges, les contrats types ou la configuration des salles d'audiences. Étudier ces différents matériaux et ces différentes pratiques peut conduire à des stratégies de recherches variées. Nous ne souhaitons en aucun cas soutenir qu'un terrain d'enquête ou qu'une méthode soit nécessairement à privilégier, par exemple, qu'enquêter sur les élites juridiques professionnelles soit nécessairement plus utile qu'enquêter sur le droit dans le cadre de la vie de tous les jours, ou le contraire<sup>6</sup>. Ce que nous souhaitons défendre est simplement qu'il est possible et utile d'enquêter sur les « matériaux traditionnels » des juristes, c'est-à-dire, essentiellement sur les énoncés normatifs, les textes doctrinaux ou les documents juridiques. En suivant la proposition faite par Alain Pottage, qui s'inspire sur ce point du travail de Yan Thomas, il s'agit de

---

<sup>4</sup> Notamment dans un ouvrage que l'on peut voir comme une expression tardive et modérée de la thèse de l'indétermination développée par les *Critical legal studies* (Kennedy, 1997). L'indétermination du droit ne se comprend pas en dehors d'une certaine grammaire ; on peut, dans un contexte juridique donné, considérer qu'il est possible de distinguer les bons arguments des mauvais, tout en concluant que le raisonnement juridique est largement indéterminé.

<sup>5</sup> « *Keen to expose and denounce formalist claims about law's majestic sovereignty, critical legal scholars have tended to fetishize society, regarding law as an effect or a tool of social structures* » (Valverde, 2003, p. 10). À l'encontre de cette conception instrumentaliste du droit, on peut citer, dans une perspective critique, les travaux des *Critical Legal Studies* s'inscrivant dans une théorie constitutive du droit (Gordon, 1984 ; Kennedy, 2006 ; Klare, 1979).

<sup>6</sup> Si leur opposition ne se résume bien sûr pas à cela, ce qui distingue les *Critical Legal Studies* des *Legal Consciousness Studies*, deux approches soulignant la dimension instituante du droit, est le matériau étudié : alors que les premières se limitent essentiellement à l'étude de la doctrine et des décisions institutionnelles, à laquelle s'ajoute parfois la connaissance diffuse qu'ont ses membres sur fonctionnement du système juridique institutionnel, les secondes proposent de s'intéresser à la conscience du droit de manière beaucoup plus générale, notamment dans le cadre de la vie de tous les jours (Ewick, 1998). Rien n'empêche toutefois de s'intéresser à la conscience du droit des juristes (Cornut St-Pierre, 2019).

voir dans « au sein des vestiges archéologiques du droit lui-même, les ressources nécessaires à une analyse de la technique juridique qui puisse être considérée comme le pendant des approches anthropologiques récentes » (Pottage, 2020).

Représentante de ces approches anthropologiques, Annelise Riles limite d'ailleurs parfois son enquête à ces vestiges. Dans son article programmatique, « Un nouvel agenda pour les approches culturelles du droit : se saisir des subtilités techniques », elle s'appuie sur des matériaux habituels pour tout enseignant-chercheur en droit, des textes normatifs et doctrinaux, ainsi que sur sa propre expérience d'enseignement pour développer son enquête (Riles, 2005). Dans d'autres travaux, elle s'intéresse à des documents juridiques usuels pour les praticiens, comme des formulaires ou des documents préparatoires (Riles, 1999, 2010). Si cette familiarité a des avantages pour le juriste, elle peut aussi être dangereuse. Ce qui est crucial, au-delà des matériaux étudiés, est la perspective adoptée. C'est en ce sens que l'on peut parler d'enquête, même sur des textes, comme le fait Annelise Riles, ou comme le font, par exemple, Pierre Thévenin, dans *Le Monde sur mesure : une archéologie juridique des faits* (Thévenin, 2017), ou Pascale Cornut St-Pierre, dans *La fabrique juridique des swaps* (Cornut St-Pierre, 2018). Pour les juristes, la difficulté de travailler sur des matériaux qu'ils manient quotidiennement est de faire preuve de réflexivité, c'est-à-dire de faire l'effort d'analyser les liens qui les unissent à leur objet d'étude et de se faire objet de leur propre enquête. Il est en effet particulièrement difficile d'analyser une façon de penser propre à un univers disciplinaire dans lequel on est immergé<sup>7</sup>.

Ainsi, plutôt que de juger de façon externe les éventuelles erreurs de raisonnement qui seraient commises par les juristes, nous proposons de prendre au sérieux leurs pratiques des concepts, des formes et des techniques juridiques, c'est-à-dire d'enquêter sur ceux-ci en prenant en compte la signification qu'ils peuvent avoir pour ceux qui les utilisent. Si cette démarche peut jouer sur de nombreux matériaux, nous expliquerons ce qu'elle implique pour étudier les controverses juridiques et, plus précisément, celles qui se déroulent devant la Cour de justice de l'Union européenne et qui se développent autour de ses arrêts (I). Nous nous efforcerons ensuite de montrer qu'une enquête sur les savoirs juridiques peut se révéler un outil d'analyse de la réalité juridique et sociale, et cela même lorsqu'elle reste à la surface du droit et porte sur des matériaux très limités : en l'espèce, le texte de trois arrêts concernant les noms de famille. Nous chercherons à montrer comment la justification que les États membres doivent produire dans la controverse se déroulant devant le juge européen les conduit à construire les finalités des mesures qu'ils défendent dans les termes du droit de l'Union et le caractère subversif d'une telle opération de traduction conceptuelle (II).

## **I. La dimension instituante de la controverse juridique**

### ***A. Faire de la controverse juridique un objet d'enquête***

Au sens strict, la controverse juridique a pour objet les questions discutées devant

---

<sup>7</sup> C'est ce que montre Annelise Riles dans une réflexion sur le recours à l'anthropologie par les juristes des *NAIL (New Approaches to International Law)*, en soulignant la difficulté pour les juristes de ne pas penser en termes moyens/fins ou, pour reprendre ses termes, à se libérer de la « cage de fer » de l'instrumentalisme (Riles, 2022b).

le juge. La participation des différents intervenants est organisée par le droit et le juge y joue un rôle particulier, en ayant le privilège de mettre fin à la discussion par son arrêt, en tant qu'« interprète authentique ». Toutefois, dans un sens plus large, que nous adopterons ici, la controverse juridique inclut d'autres acteurs et ne se termine pas avec l'arrêt du juge. Cet arrêt prend la forme d'un discours dont la signification doit elle-même être déterminée, et qui peut toujours être sujette à discussion. De manière générale, dans une approche dans laquelle la signification n'est pas déterminée dans la tête des participants à un jeu de langage, mais de façon externe et sociale, le juge, comme les autres participants, ne maîtrise pas complètement ce qu'il signifie et ce qu'il fait en affirmant quelque chose<sup>8</sup>. Cette limite du pouvoir du juge peut d'ailleurs être retournée à son profit. En effet, il discourt également sur ses propres productions et, toujours en raison de son statut spécifique, il dispose d'une place particulière pour les instituer ou, au contraire, les destituer.

La controverse juridique conduit notamment à déterminer quel doit être l'usage correct des concepts, des formes et des techniques juridiques ; ce type de débat a pu être présenté comme un débat « méta-pragmatique<sup>9</sup> » ou comme une « négociation métalinguistique<sup>10</sup> ». En ce sens, par exemple, lorsqu'une avocate défend que le comportement de sa cliente relève de la légitime défense, contre le procureur qui estime que tel n'est pas le cas parce que la riposte n'était pas concomitante à l'agression préalable, ils s'opposent sur le sort qui doit être réservé à l'accusée et, en même temps, ils prennent une position explicite sur les normes qui doivent gouverner l'usage du concept juridique de légitime défense, questions sur lesquelles le juge se prononcera en donnant son arrêt<sup>11</sup>. Celui-ci rendu, au-delà même de la controverse portant explicitement sur la solution qui aurait dû être retenue, la controverse porte aussi sur ce qu'implique cette solution, c'est-à-dire sur ce que le juge a dit et fait en décidant de ce cas et en justifiant sa décision de cette façon.

Les controverses juridiques donnent une bonne illustration de ce que peut apporter une enquête sur les savoirs juridiques. Facilement accessibles, elles ont tendance à ne pas être prises comme un objet d'enquête par les approches doctrinales, qui participent directement à celles-ci, et à être délaissées par les travaux adoptant une perspective

---

<sup>8</sup> « *It is up to me whether I play that counter – assert that sentence – rather than another, or none. But it is not up to me what I have thereby done* » (Brandom, 2004, p. 250). La remarque intervient à propos d'une réflexion sur le travail de Vincent Descombes qui, comme Robert Brandom, ne situe pas l'esprit dans la tête des individus mais dans les échanges entre les personnes (Descombes, 1995, 2004, p. 282). De la même façon, dans une inspiration structuraliste, Duncan Kennedy explique que, si la parole peut revêtir une dimension stratégique, « *speech is never fully controlled by the speaker (the speaker is in some sense “spoken” by his or her language), so that speech “exceeds” the speaker, propagating meanings independently of “original intent”* » (Kennedy, 1997, p. 134).

<sup>9</sup> Dans les termes de Luc Boltanski, « [l]a dispute se centre sur la façon dont on doit qualifier ce qui se passe et, par conséquent, sur la manière dont doit être posée la relation entre formes symboliques et états de choses, pour être jugée acceptable » (Boltanski, 2013, p. 162).

<sup>10</sup> Dans les termes de David Plunkett et Timothy Sundell, c'est-à-dire de « débats dans lesquels les interlocuteurs n'expriment pas les mêmes concepts par leurs mots mais sont plutôt en train de négocier comment les mots devraient être utilisés et par là, négocient quel concept parmi un groupe de concepts concurrent devrait être utilisé dans ce contexte » (Plunkett et Sundell, 2013, p. 242).

<sup>11</sup> Nous nous inscrivons ici dans la philosophie du langage de Robert Brandom, dans laquelle les concepts sont gouvernés par des normes instituées au sein d'une pratique discursive (Brandom, 2009, 2010, 2011).

purement stratégique, qui ne les perçoivent que comme des épiphénomènes. Il est proposé de se concentrer sur les justifications produites publiquement par les différents acteurs prenant part à la controverse, qui intervient dans un contexte intellectuel et institutionnel donné. Nous montrerons que comprendre la controverse dans ses propres termes, c'est-à-dire prendre au sérieux les pratiques discursives de ceux qui y participent, conduit à percevoir sa dimension instituante. Si notre propos présente une portée générale, nous nous limiterons à situer notre approche dans un champ de recherche spécifique : les travaux portant sur la Cour de justice de l'Union européenne.

La question des méthodes d'interprétation occupe une place prépondérante dans les écrits sur le raisonnement du juge de l'Union européenne, que ce soit dans les travaux séminaux (Bengoetxea, 1993 ; Bredimas, 1978 ; Rasmussen, 1986) ou dans des ouvrages récents (Beck, 2012 ; Conway, 2012 ; Paunio, 2013 ; Sankari, 2013). S'intéresser aux pratiques intellectuelles des juristes offre de nouvelles perspectives. Il ne s'agit plus d'évaluer la qualité du raisonnement du juge ou de s'interroger sur les méthodes d'interprétation qu'il utilise, mais d'entreprendre une enquête sur l'institution des savoirs juridiques. Cette enquête refuse tant de réduire ceux-ci à leur contexte social que de leur dénier un caractère historique et contingent.

Faire de la controverse juridique un objet d'enquête est donc une tentative de se distinguer des deux approches qui ont longtemps dominé les travaux sur la Cour de justice de l'Union européenne : « une préoccupation juridique concernant la signification *authentique* et juridiquement valide de la jurisprudence en droit de l'Union européenne, et une préoccupation de science politique concernant les supposés *déterminants véritables* de la Cour de justice et ses effets juridiques et politiques » (Madsen, Nicola et Vauchez, 2022a). Cette tentative n'est pas isolée, on la trouve dans différentes contributions à un ouvrage collectif, auquel nous avons participé en proposant un texte correspondant en partie à cette contribution (Madsen, Nicola et Vauchez, 2022b). Elle se perçoit aussi dans des travaux antérieurs en sciences sociales (Adler-Nissen et Kropp, 2015 ; Davies et Rasmussen, 2012 ; Vauchez, 2013) Elle n'est pas absente de travaux en droit qui cherchent à dépasser une approche doctrinale (Bailleux et al., 2019, 2021 ; Clément-Wilz, 2018 ; Nicola et Davies, 2017 ; Poiars Maduro et Azoulai, 2010 ; Saurugger et Terpan, 2017).

Bien que située au cœur du processus juridictionnel, la controverse menant à la solution a tendance à être évincée du discours du juge et de la doctrine ou, du moins, à être traitée de façon ancillaire, au service d'une lecture téléologique. Au-delà de l'arrêt, la controverse sur ce qu'implique la justification produite par la Cour est aussi le plus souvent évincée. L'indétermination des décisions précédentes est usuellement gommée dans les arrêts postérieurs. L'existence de formules ou de lignes de justifications, utilisées par la Cour puis abandonnées par la suite, est en général passée sous silence. La Cour présente traditionnellement sa jurisprudence comme le résultat d'une évolution nécessaire ou naturelle, il en va habituellement de même dans les travaux doctrinaux, ainsi que dans les argumentations présentées à la Cour.

Lorsque l'historicité de la jurisprudence est évoquée, c'est ainsi essentiellement sous

la forme d'une sorte d'« historiographie Whig » de la jurisprudence : l'histoire est conçue comme une progression continue, interprétée à la lueur d'un glorieux présent<sup>12</sup>. Ce type d'approche se trouve implicitement dans la plupart des manuels, dont l'objet principal est de donner une systématisation des règles au moment de l'écriture. L'histoire est le plus souvent réduite à une description linéaire des grandes étapes conduisant à la situation actuelle. Les thèses qui n'ont pas été couronnées de succès ne sont pas prises au sérieux, ni même, le plus souvent, mentionnées. La rationalisation *a posteriori* et l'accent mis sur les seules raisons de la Cour conduisent à masquer le caractère controversé et historique du travail du juge. Centrer le questionnement sur l'évaluation de la justification produite par le juge, comme le fait le plus souvent la littérature sur les méthodes d'interprétation, a tendance à masquer les voies qu'il aurait pu suivre mais qu'il n'a pas suivies.

Les discours en forme d'interprétation Whig de l'histoire sont parfois présentés comme procédant d'une volonté, plus ou moins délibérée, de légitimer la jurisprudence de la Cour. Si tel peut en être l'objet et l'effet, ne retenir que le caractère volontaire ou stratégique de l'opération est pourtant réducteur. Tout d'abord, dans le contexte de l'argumentation juridique, chaque participant à la controverse peut avoir intérêt à construire son argument comme poursuivant la progression naturelle de la jurisprudence de la Cour, sans pour autant chercher à en légitimer la jurisprudence. Ensuite, la lecture téléologique de la jurisprudence de la Cour s'inscrit dans une tendance plus générale, qui ne se limite pas à l'argumentation juridique et qui consiste à traiter de façon asymétrique les théories selon qu'elles sont considérées comme valables ou non au moment de l'étude.

Développé à partir des travaux de Barry Barnes et David Bloor en sociologie des sciences, le principe de symétrie est une directive méthodologique visant à éviter de tomber dans ce piège de la relecture du passé à la lueur du présent (Barnes, 1977 ; Bloor, 1991). Il commande de considérer les différentes thèses avancées dans leurs propres termes, c'est-à-dire de traiter de façon symétrique et impartiale les différents arguments produits, qu'ils soient considérés comme vrais ou faux *a posteriori* (Law, 2004, p. 101-103). Le succès ou l'échec d'un argument n'est pas vu comme résultant uniquement de ses propriétés intrinsèques mais comme le résultat d'un processus historique et social. S'intéresser à la controverse joue un rôle démystificateur en exposant les désaccords parmi les participants. Parlant des controverses technologiques, Michel Callon explique que, « [p]ar les divergences qu'elles révèlent au sein de la communauté des spécialistes les controverses font éclater l'illusion d'une pure nécessité technique et rendent accessibles aux profanes et en particulier aux sociologues les contenus techniques eux-mêmes » (Callon, 2013, note 10).

---

<sup>12</sup> L'expression de « Whig history » ou de « Whig view of history » n'était pas nécessairement connotée négativement à l'origine. Elle a toutefois été popularisée par l'historien britannique Herbert Butterfield au début du XX<sup>e</sup> siècle pour critiquer une certaine historiographie (Butterfield, 1965). Son nom vient du parti libéral anglais mais l'expression est aujourd'hui utilisée de façon beaucoup plus générale, notamment en sociologie des sciences et des techniques (Blackburn, 2008).

## ***B. Comprendre la controverse dans ses propres termes***

Cette dimension démystificatrice est le propre des travaux portant sur la controverse, quels que soient le domaine ou l'approche retenus. La mise en exergue de désaccords pour souligner la dimension contingente et politique de la décision juridique, par opposition au discours du juge ou de la doctrine, est relativement commune. On la trouve notamment dans les approches soulignant l'aspect stratégique de la décision du juge, par exemple chez les auteurs mettant l'accent sur les valeurs et les préférences idéologiques des acteurs ou les arrangements institutionnels dans lesquels ils sont inscrits. Cette lecture sous-tend de nombreux travaux en droit et en science politique qui se concentrent sur le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne dans le processus d'intégration communautaire (Alter, 2009 ; Rasmussen, 1986 ; Stone Sweet, 2004). Ces approches ont tendance à concevoir la controverse comme un épiphénomène traduisant des oppositions préconstituées. En cela, elles s'inscrivent dans ce que Cyril Lemieux appelle une approche classique de la controverse, dans laquelle « le processus conflictuel est [...] utilisé comme un révélateur, au sens photographique, de rapports de force, de positions institutionnelles ou de réseaux sociaux qui, sans lui, resteraient plus difficiles à voir » (Lemieux, 2007, p. 191). Les termes de la controverse ne sont pas pris au sérieux au sens où ils ne sont pas jugés dignes d'intérêt en eux-mêmes ; seules comptent des oppositions plus fondamentales. On retrouve ici le risque d'une fétichisation du social évoqué par Mariana Valverde.

Dans une seconde perspective sur la controverse, dégagée par Cyril Lemieux à partir de travaux en sociologie des sciences et des techniques et en sociologie pragmatique, le chercheur « insiste sur la dimension performative ou, pour mieux dire, *instituyente* des processus conflictuels qu'il étudie, se préoccupant finalement moins de ce qu'ils peuvent lui révéler d'une structure préexistante réputée avoir été leur cause que de ce qu'ils engendrent, qui ne leur préexistait pas, et de la façon dont ils l'engendrent » (Lemieux, 2007, p. 192). La controverse est alors étudiée en elle-même et pour ses effets propres. L'accent n'est pas mis sur les raisons plus profondes qui expliqueraient l'opposition en dehors de la controverse, mais sur la dynamique instituyente de celle-ci. Cette opposition entre différentes façons de voir la controverse souligne l'intérêt que peut présenter le recours à la sociologie pragmatique pour les juristes<sup>13</sup>. Ainsi que l'ont défendu Luc Boltanski et Laurent Thévenot dans *De la justification*, les justifications produites par les acteurs ne sont pas réduites à un simple habillage qui viendrait masquer leur sens de l'intérêt ou de la stratégie ( Boltanski et Thévenot, 1991).

Percevoir la dimension instituyente de la controverse ne conduit toutefois pas à une fétichisation des savoirs juridiques ; elle n'implique pas la négation des rapports de

---

<sup>13</sup> Une publication collective, fruit d'une longue collaboration entre juristes et sociologues se rattachant à cette approche, en est un parfait exemple (Champeil-Desplats, Porta et Thévenot, 2020, aussi accessible en ligne sur le site de la Revue des Droits de l'Homme, n°16, 2019). D'autres auteurs ont invité théoriciens du droit et sociologues pragmatiques à développer un programme de recherche commun (Zevounou, 2018) ou à faire usage en droit de perspectives développées en sociologie pragmatique (Cornut St-Pierre, 2018 ; Réveillère, 2018 ; Tsarapatsanis, 2018)

forces, mais simplement que la controverse ne se résume pas à ces derniers, et que ceux-ci ne sont pas indépendants de la forme prise par la controverse. Elle n'est pas sans faire penser à certains débats célèbres ayant opposés juristes et historiens. Dès ses premiers travaux, l'historien du droit Yan Thomas a mis en garde contre la thèse du « droit-reflet » ou « droit-effet », conduisant à réduire l'histoire du droit à l'histoire des faits sociaux, dont le droit ne serait que l'expression formelle (Thomas, 1976, p. 2-3)<sup>14</sup>. De même, dans le débat l'opposant à l'historien François Furet dans les *Annales*, Michel Troper défend une approche refusant de réduire la controverse juridique à un épiphénomène (Furet, 1992 ; Troper, 1992). L'intérêt de prendre la controverse juridique au sérieux est aussi souligné dans les travaux récents en histoire et en sociologie autour de la « forme affaire » au sens de Luc Boltanski et Elisabeth Claverie (Boltanski et Claverie, 2007).

Au-delà des travaux de Sheila Jasanoff, juriste et représentante éminente des études sur les sciences et les techniques (Jasanoff, 2013), différents ouvrages récemment publiés en France soulignent l'intérêt d'une étude des controverses juridiques dans cette perspective. C'est le cas des *Histoires contemporaines du droit* de Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin et Anne-Sophie Chambost (Audren, Halpérin et Chambost, 2020, p. 265). Pascale Cornut St-Pierre en fait un point d'entrée de son enquête sur la *Fabrique juridique des swaps* (Cornut St-Pierre, 2018, V. aussi Cornut St-Pierre, 2022). La dimension instituante de la controverse a aussi guidé le travail de juristes désireux de souligner l'importance des constructions juridiques à l'œuvre dans des affaires très médiatisées ; il est possible de mentionner les essais d'Olivier Cayla et de Yan Thomas sur l'affaire *Perruche* (Cayla et Thomas, 2002) ou l'ouvrage de Stéphanie Hennette-Vauchez et Vincent Valentin sur l'affaire *Baby loup* (Hennette-Vauchez et Valentin, 2014). En droit de l'Union européenne, l'ouvrage collectif récemment consacré aux « histoires du droit de l'Union » (Nicola et Davies, 2017) peut être vu comme allant partiellement en ce sens. Les textes rassemblés par Bill Davies et Fernanda Nicola sont riches et divers, on peut toutefois dire de façon générale que, s'ils s'inscrivent dans la volonté de dévoiler ce qu'il y a derrière le droit, les éditeurs soulignent aussi que le droit dispose d'une autonomie relative, que le raisonnement juridique de la CJUE a sa propre logique et est constitutif de la conscience des élites juridiques en Europe (Nicola et Davies, 2017, p. 11).

Nous proposons donc d'étudier la controverse juridique en elle-même et pour ce qu'elle produit, autrement dit, de prendre ses termes au sérieux et de porter attention à sa dynamique instituante. Percevoir la controverse comme instituante permet d'éviter les écueils auxquels conduisent une lecture en forme d'historiographie Whig de la jurisprudence, dont la négation de la controverse est une façon d'y prendre part. Cela permet aussi de ne pas tomber dans une lecture purement stratégique de la controverse, réduisant les concepts, formes et techniques juridiques aux simples reflets d'oppositions constituées par ailleurs et de percevoir leur dimension constitutive. Dans la perspective proposée, les narrations Whig de la jurisprudence sont intégrées dans le

---

<sup>14</sup> Cette question est centrale dans l'ensemble de l'œuvre de Yan Thomas, elle est particulièrement développée dans certains textes (Thomas, 1984, 1986a, 1986b).

champ de l'enquête plutôt que corrigées ou critiquées comme des affirmations erronées. Il ne s'agit en effet pas simplement de dénaturiser les savoirs juridiques – de dire, par exemple, que parler de l'essence de tel ou tel concept n'a pas de sens – mais d'enquêter sur les processus par lesquels ils sont naturalisés – autrement dit, s'intéresser aux pratiques de naturalisation<sup>15</sup> – et de s'interroger sur ce que parler de la nature ou de l'essence d'un concept signifie dans un contexte spécifique.

Dans la perspective proposée, la constitution des savoirs juridiques est conçue comme un processus social et historique. Il s'agit d'enquêter pour savoir comment des solutions ou des modes de raisonnements, qui ont progressivement été déterminés au cours du temps, peuvent être présentés comme naturels, dans le sens où l'on en a fait des « boîtes noires », pour reprendre un terme cher aux études sur les sciences et les techniques. Cela implique notamment, en application du principe de symétrie, de s'interroger autant sur les échecs que sur les réussites : pourquoi, par exemple, une solution qui a sérieusement été défendue à une époque n'a pas été adoptée, ou pourquoi une formule utilisée dans une affaire ne l'a plus jamais été par la suite ? Au contraire, qu'est ce qui fait qu'un arrêt est devenu un grand arrêt ? En refusant, avec Antoine Vauchez, le mythe d'un changement fondamental contenu dans le texte même de l'arrêt, il est nécessaire de questionner le « processus collectif et concurrent de fixation du sens et de la portée de l'arrêt de part et d'autre de l'évènement lui-même, c'est-à-dire dans la trame dense des prédictions qui organisent les anticipations à l'égard des jurisprudences de la Cour et des rétro-dictions qui viennent donner sens à l'évènement » (Vauchez, 2013, p. 183 s., note omise).

Les manuels et les commentaires de doctrine contribuent à ce processus d'institution des savoirs juridiques, de même que l'argumentation des parties et, bien sûr, le discours de la Cour elle-même sur ses propres arrêts<sup>16</sup>. Ce processus d'institution intervient, au moins en partie, à partir de l'usage de ces savoirs dans des cas concrets. Comme l'écrit Mariana Valverde, « on peut dire que les parties d'un litige *constituent* la connaissance par le fait même qu'elles "l'utilisent", tandis que les cours et les tribunaux peuvent utilement être vus comme poursuivant cette œuvre constitutive, par le processus d'appréciation des faits, ainsi que par la détermination des conséquences qui en découlent » (Valverde, 2003, p. 5). En affirmant cela, elle s'inscrit dans la continuité de travaux menés en sociologie de la connaissance ayant mis en évidence que la production de savoirs ne pouvait pas être distinguée de façon tranchée de leur usage et de leur circulation<sup>17</sup>. Que parler un langage, accepter un cadre conceptuel, contribue

---

<sup>15</sup> On s'inspire ici du geste proposé par Frédéric Audren opposant le postulat de l'autonomie du droit à l'étude des pratiques d'autonomisation : il ne s'agit pas de « postuler une *autonomie* consubstantielle au droit », mais de prendre au sérieux les « pratiques d'*autonomisation* du droit », qui sont des « pratiques situées et "matérielles" » (Audren, 2015).

<sup>16</sup> Les travaux sur la façon dont la Cour raisonne avec ses décisions antérieures, largement développés ces dernières années, peuvent à ce titre être très utiles (Jacob, 2014 ; Komárek, 2013 ; Šadl, 2013).

<sup>17</sup> Mariana Valverde fait référence aux travaux de Bruno Latour (Valverde, 2003, p. 5). Cette perspective est aussi celle d'un philosophe pragmatiste comme Robert Brandom, pour qui : « La pratique discursive ne doit pas être seulement comprise comme l'*application* de concepts par le recours à des expressions linguistiques, mais aussi et en même temps, comme l'*institution* des normes conceptuelles qui déterminent ce qui peut être tenu pour un usage correct ou incorrect de ces expressions » (Brandom, 2002, p. 214-215). Ainsi explique-t-il qu'« *appliquer* des normes conceptuelles et les *transformer* sont les

à l'instituer n'est pas une observation nouvelle pour le juriste. Elle est par exemple sous-jacente à l'opposition bien connue entre la « défense de connivence » et la « défense de rupture<sup>18</sup> ». La controverse se déroulant devant le juge n'est pas simplement le reflet d'oppositions se trouvant ailleurs, elle participe à l'institution des savoirs juridiques et de ceux qui les utilisent. En outre, comme l'ont notamment montré les auteurs des *Critical Legal Studies* s'inscrivant dans une approche constitutive du droit, elle influence la façon dont des questions peuvent être pensées en dehors du forum juridique<sup>19</sup>.

### ***C. L'encastrement des pratiques dans les savoirs juridiques***

Les participants à une controverse juridique formulent leurs arguments au sein d'une certaine pratique linguistique. En droit de l'Union européenne, on peut dire que les participants à la controverse expriment leurs arguments dans le cadre conceptuel du droit de l'Union. S'inscrire dans la langue du droit de l'Union, au sens de reprendre ses concepts, ses formes et ses techniques, est ce qui permet aux différents acteurs d'articuler leurs prétentions ou de communiquer une décision sur la signification d'un texte ou sur le contenu d'une norme. C'est aussi, revers de la même médaille, se soumettre à tout un ensemble de contraintes. Comme le souligne le philosophe Robert Brandom, c'est parce qu'elles sont contraignantes que les normes linguistiques permettent à ceux qui s'y soumettent d'agir<sup>20</sup>. Duncan Kennedy observe cette dualité pour le juge, « à la fois libéré et contraint en raison du fait que son travail lui impose de parler, d'argumenter, dans un langage particulier » (Kennedy, 1997, p. 133).

Dans une perspective pragmatiste, Richard Rorty souligne que le problème avec la métaphore wittgensteinienne selon laquelle la langue est un outil est que, si l'artisan connaît l'objectif à atteindre avant d'utiliser ou d'inventer l'outil nécessaire à cette fin, « au contraire, quelqu'un comme Galilée, Yeats ou Hegel [...] est typiquement incapable de formuler exactement ce qu'il veut faire avant d'avoir développé un langage dans lequel il parvient à le faire » (Rorty, 1989, p. 12-13, cité par Brandom, 2000,

---

deux faces de la même médaille » (Brandom, 2000, p. 177).

<sup>18</sup> Cette dernière est sans doute aussi ancienne que la défense elle-même ; les procès de Socrate ou de Jésus sont parfois cités en exemple. Elle a été théorisée par l'avocat communiste Marcel Willard, à partir d'une lettre de Lénine (Willard, 1955). Jacques Vergès a montré qu'elle peut aussi se révéler la plus efficace dans certains contextes, la victoire n'est toutefois pas obtenue sur le plan judiciaire mais en déplaçant l'affrontement sur le terrain politique (Vergès, 1968).

<sup>19</sup> On peut par exemple lire en ce sens le travail de Karl Klare sur le *National Labor Relations Act*. Il soutient que le développement du droit du travail au début du vingtième siècle, tout en reconnaissant de nouveaux droits aux travailleurs, contribua à déterminer les buts poursuivis par le mouvement ouvrier, et même à redéfinir celui-ci, tout en préservant le système capitaliste existant (Klare, 1978).

<sup>20</sup> « Les normes linguistiques sont spécifiques au sens où lorsqu'elles nous *contraignent*, elles nous donnent une forme particulière de *liberté*. Se soumettre aux normes linguistiques en adoptant un vocabulaire est indéniablement une contrainte. Cela implique d'abandonner ce qu'Isaiah Berlin appelle une liberté négative – c'est-à-dire une liberté *de ne pas être* contraint. Tout ce que l'on fait ne compte pas comme un coup dans un jeu de langage. Mais comme cela nous permet aussi de faire et de comprendre un nombre illimité de nouvelles assertions, de formuler un nombre illimité de nouveaux concepts, de définir un nombre illimité de nouveaux buts, et ainsi de suite, se soumettre aux normes implicites d'un vocabulaire confère en même temps une liberté positive sans pareil. Cela confère la liberté *de faire* des choses que nous ne pouvions non seulement pas faire auparavant, mais que nous ne pouvions même pas *vouloir* faire. » (Brandom, 2000, p. 177-178).

p. 169). L'image est excessive, en opposant de façon trop radicale un ancien et un nouveau vocabulaire et en donnant une vision romantique de la nouveauté<sup>21</sup>. Toutefois, l'essentiel se trouve dans la renonciation à l'indépendance des fins et des moyens, dans la continuité du pragmatisme de Dewey. Comme le résume Robert Brandom : « Aucun gouverneur romain, aussi bien intentionné eût-il été, n'aurait pu décider de respecter les droits de l'homme des individus se trouvant sous son pouvoir » (Brandom, 2000, p. 169). Une langue est beaucoup plus qu'un simple moyen permettant d'atteindre un objectif défini en dehors de celui-ci. Elle permet de penser, de formuler, et même de vouloir de nouvelles choses.

Lorsqu'ils distinguent la langue des outils conçus comme des moyens permettant d'atteindre des fins déterminées par ailleurs, Richard Rorty et Robert Brandom n'entendent pas livrer une réflexion sur les outils. L'image classique de l'outil est utilisée de façon didactique dans le cadre d'une réflexion sur le langage. Or, cette image a été profondément remise en cause par les études sur les sciences et les techniques. Celles-ci ont montré que les outils, linguistiques ou non, ne sauraient être réduits à de simples moyens permettant d'atteindre des fins définies en dehors d'eux-mêmes. En retournant le procédé utilisé par les philosophes, ces travaux peuvent être utilisés pour penser le langage, ainsi que le font des auteurs comme Annelise Riles ou Mariana Valverde pour les concepts, les formes et les techniques juridiques (Riles, 2005 ; Valverde, 2003). Si les savoirs juridiques sont dignes d'intérêt, c'est notamment parce qu'ils ne se limitent pas à être de simples outils, totalement sous contrôle, utilisés pour atteindre des fins définies en dehors de leur usage. C'est aussi ce qui justifie que les termes de la controverse juridique soient pris au sérieux et que celle-ci ne soit pas réduite aux oppositions politiques ou économiques qui lui sont sous-jacentes.

Considérer le droit de l'Union dans ses propres termes repose sur l'hypothèse que le droit de l'Union peut être vu comme disposant d'une culture, d'une langue ou d'une grammaire propre, qui ne sont pas réductibles à celles des États membres. Par culture, langue ou grammaire, nous désignons ici, de façon très large, un ensemble de savoirs implicites ou explicites permettant de dire et de faire quelque chose dans un contexte spécifique ou, pour ainsi dire, de jouer un coup dans un jeu de langage. Il ne s'agit toutefois pas de considérer seulement ce que dit et fait la Cour, mais aussi la façon dont ce qu'elle dit et fait est théorisé par les acteurs ou les observateurs du droit de l'Union, ainsi que par elle-même. Autrement dit, il est nécessaire de s'intéresser à ce que Vincent Forray et Sébastien Pimont nomment la « décriture du droit », qui se déroule dans une communauté culturelle donnée (Forray et Pimont, 2017). Comme Michel Callon et d'autres auteurs l'ont soutenu pour l'économie – développant l'idée de la performativité de l'économie, au sens de la discipline –, le rôle constitutif du savoir juridique doit être inclus dans le champ de l'enquête (Callon, 1998 ; MacKenzie, Muniesa et Siu, 2007). De même que les marchés sont encadrés dans les savoirs économiques, les pratiques juridiques sont encadrées dans un ensemble de savoirs juridiques, produites tant par les acteurs eux-mêmes que par ceux qui les observent.

---

<sup>21</sup> C'est ce que reconnaît l'auteur lui-même, en remarquant que cela pourrait laisser entendre qu'un génie peut inventer à lui seul un langage (Rorty, 2000, p. 188).

Ce phénomène d'encastrement ne va pas sans un certain désencastrement ; toute façon de voir est également une façon de ne pas voir. Les concepts pensés dans les cadres conceptuels nationaux sont extraits de ceux-ci pour être introduits dans celui du droit de l'Union. Il serait erroné de penser que, parce que la construction européenne est récente, il ne serait pas possible de parler d'une culture juridique du droit de l'Union européenne ou d'un cadre conceptuel propre. Au contraire, il doit être considéré que, comme construction nouvelle et singulière, le droit de l'Union est consubstantiel du développement d'un ensemble de techniques et de théories spécifiques. Antoine Vauchez a montré que la construction du droit de l'Union s'appuyait sur tout un ensemble de « doctrines maisons » (Vauchez, 2013, p. 44). L'opération de traduction qui nous occupera dans la suite de cette contribution est celle de la formulation de questions issues des cultures nationales dans les termes du droit de l'Union. Il faut toutefois noter que la réciproque joue également un rôle important. L'effectivité des constructions intellectuelles du droit de l'Union dépend également de leur traduction dans les cadres conceptuels nationaux.

## II. Une opération de traduction conceptuelle

### A. *Le terrain de l'enquête : trois arrêts relatifs aux noms de famille*

La Cour de justice de l'Union européenne a rendu ces dernières années une série d'arrêts relatifs à la citoyenneté européenne et au nom de famille. Ces affaires ont eu un grand retentissement, tant auprès des juristes de droit de l'Union que des juristes de droit international privé et de droit civil, parce qu'elles remettent en cause la réglementation nationale relative à la délicate question des noms de famille au nom de la libre circulation des citoyens européens et de la non-discrimination en raison de la nationalité. La réaction du civiliste français Jean Hauser, dès le premier arrêt, est significative de la défiance qu'elles ont pu susciter : « déjà occupée par une jurisprudence non négligeable de la Cour européenne des droits de l'Homme », la matière « connaît un nouvel envahisseur » (Hauser, 2004). Au-delà de la remise en cause du droit des personnes et du droit international privé, ces affaires sont aussi particulièrement sensibles parce qu'elles ont parfois trait à des dispositions constitutionnelles relatives aux titres de noblesse ou au statut de la langue nationale. Nous nous limiterons à évoquer trois arrêts pris parmi cette jurisprudence.

Dans le premier, l'arrêt *Garcia Avello*<sup>22</sup>, la Cour décide que le droit de l'Union européenne s'oppose à une réglementation telle que la législation belge interdisant l'enregistrement d'enfants binationaux sous le nom de leurs deux parents, conformément à la tradition espagnole. Dans cette affaire, la Cour est souvent présentée comme faisant preuve d'un activisme certain, au service de l'intégration européenne. Dans le second, l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*<sup>23</sup>, la Cour décide que le droit de l'Union n'interdit pas à l'Autriche de refuser de reconnaître un nom comportant un titre de noblesse, ainsi que l'exige la loi d'abolition de la noblesse de 1919 qui a rang de règle constitutionnelle. Dans cette affaire, la Cour est souvent dépeinte comme faisant

---

<sup>22</sup> CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539.

<sup>23</sup> CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806.

preuve d'une grande déférence envers l'autonomie réglementaire des États membres. Dans le dernier, l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*<sup>24</sup>, la Cour estime que différents éléments de faits et de droit doivent être mis en balance par le juge national pour déterminer si le droit de l'Union oblige l'Allemagne à reconnaître le nom qu'un de ses nationaux a acquis dans un autre État membre et qui comporte des éléments nobiliaires, alors qu'une règle de valeur constitutionnelle, inscrite dans la Constitution de Weimar, abolit les privilèges et les titres de noblesse et interdit la création de titres conférant l'apparence d'une origine nobiliaire.

Les deux approches précédemment mentionnées, à savoir une littérature juridique en droit de l'Union européenne, qui s'attache principalement à la façon dont la Cour assigne une signification aux textes qu'elle doit interpréter, d'une part, et les travaux qui tendent à s'intéresser essentiellement aux rapports de force entre les institutions et les personnes en cause dans les affaires, d'autre part, ont en commun de penser essentiellement l'activité de la Cour à partir de l'opposition activisme *versus* déférence. Comme de nombreuses autres questions, cette opposition est elle-même largement absorbée par le débat sur l'intégration européenne et se trouve en conséquence le plus souvent assimilée à l'opposition jurisprudence intégrationniste *versus* jurisprudence respectueuse de l'autonomie des États membres. Pourtant, il nous semble que conclure que la Cour a été activiste (ou intégrationniste) dans l'affaire *Garcia Avello*, déférente (ou respectueuse de l'autonomie des États membres) dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, ni activiste ni déférente dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, ne permet pas de mieux comprendre ce que fait la Cour dans ces arrêts.

Expliquer pourquoi elle peut être caractérisée de cette façon, parce qu'elle a produit une interprétation correcte ou incorrecte du droit de l'Union, conduit à participer directement à la controverse juridique. Chercher les raisons pour lesquelles elle a adopté cette solution, par exemple, en s'appuyant sur les préférences politiques des juges ou sur les rapports de force entre les institutions, limite la controverse à un épiphénomène. Ces deux démarches, qui correspondent aux deux approches précitées et dans lesquelles s'inscrivent la plupart des travaux sur la Cour, ne sont pas sans intérêt et notre propos n'est pas de chercher à les disqualifier. Il est en revanche de dire qu'elles laissent de côté de nombreuses questions. Ce sont à certaines d'entre elles qu'une enquête sur les savoirs juridiques cherche à répondre : Comment la Cour, en utilisant des formules similaires dans des contextes très différents, en les séparant du cas dans lequel elles ont été forgées ou en revenant à celui-ci, contribue-t-elle à l'institution des savoirs juridiques ? Comment les concepts, les formes et les techniques du droit de l'Union sont institués, notamment, par leur usage dans la controverse se déroulant devant la Cour et autour de ses arrêts ? Qu'implique le fait que cette controverse se tienne dans une langue spécifique, avec sa grammaire propre, et au sein d'une culture juridique particulière ?

Si toutes ces questions sont susceptibles d'être étudiées à partir des arrêts mentionnés, nous nous limiterons à la dernière. Ces affaires offrent en effet une illustration de la force de la langue du droit de l'Union et de la dynamique des libertés

---

<sup>24</sup> CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401.

de circulation ; elles montrent aussi ce que devoir parler cette langue implique pour les participants à la controverse<sup>25</sup>. Tout d'abord, notons que ce qui permet à la Cour de se prononcer sur la réglementation concernant les noms de famille, alors que l'Union ne dispose d'aucune compétence en la matière, est un cadre intellectuel très spécifique, comprenant une conception de l'exercice du pouvoir et de sa limitation singulière. Celle-ci repose sur une conceptualisation des compétences singulière, dissociant leur existence de leur exercice, et sur une certaine façon de concevoir les droits, qui conduit à étendre le champ d'application du traité à leur mesure, au-delà de la question de la compétence de l'Union (Azoulai, 2013 ; Réveillère, 2018, p. 347s.). Il en résulte que les règles ou les mesures nationales qui affectent une situation qui peut être rattachée aux libertés de circulation doivent respecter le droit de l'Union, quel que soit le domaine dans lequel elles interviennent.

On perçoit déjà ici que ce que dit et ce que fait la Cour n'est ni pensable ni réalisable en dehors de ce cadre intellectuel. Ce que peut faire un État membre et la contrainte que peut représenter le droit de l'Union ne peuvent être exprimés en dehors de concepts spécifiques au droit de l'Union, comme le champ d'application du traité ou la distinction entre l'exercice et l'existence d'une compétence. On pressent aussi que s'inscrire dans ce cadre intellectuel joue un rôle important pour ceux qui argumentent devant la Cour. Le refuser complètement, par exemple dire que la controverse n'a pas lieu d'être parce que la question des noms de famille relève de la compétence des États membres, risque d'être peu opérant, du moins devant le juge de l'Union. Au contraire, parler la langue du droit de l'Union, avec sa conception de l'organisation du pouvoir, donne plus de chances de gagner l'affaire, en l'espèce, par exemple de faire dire à la Cour que les mesures telles que les mesures nationales en cause au principal ne sont pas contraires au droit de l'Union. Toutefois, cela revient aussi, dans une forme de reconnaissance, à participer à l'institution de ce cadre conceptuel<sup>26</sup>.

En l'espèce, la controverse se déroule sur plusieurs plans. Faute de place, nous n'en considérerons qu'une dimension, celle que l'on nomme, en droit des libertés de circulation, « la justification des mesures nationales » : si une mesure discrimine en raison de la nationalité ou entrave la liberté de circuler, elle est contraire au droit de l'Union à moins d'être justifiée. La justification des mesures nationales entravant la liberté de circuler est un processus qui repose sur tout un ensemble de savoirs et de pratiques spécifiques, bien connus des spécialistes de la matière, et dans lequel le contrôle de proportionnalité joue un rôle central. Nous montrerons comment, dans la controverse sur la justification des mesures nationales se déroulant devant la Cour de justice de l'Union européenne, les normes nationales font l'objet de ce que l'on peut nommer une opération de traduction conceptuelle. La justification conduit les autorités nationales à traduire leurs mesures nationales dans la langue du droit de

---

<sup>25</sup> Si nous parlons de la langue du droit de l'Union de manière générale, il serait toujours possible de distinguer entre différentes langues au sein de celle-ci. De même, Marie Ange Hermitte montre que, si le « droit reconstruit le monde », les branches et sous-branches du droit sont autant de points de vue à partir desquels les objets peuvent être construits (Hermitte, 1999).

<sup>26</sup> Ce qui n'empêche pas, en même temps, de participer à sa transformation, dans la perspective précitée de Robert Brandom.

l'Union, avec ses concepts, ses formes et ses techniques.

### ***B. La reconstruction des fins à l'occasion de la controverse sur les moyens***

La Belgique présente la fixité du nom comme « un principe fondateur de l'ordre social dont il est toujours un élément essentiel » ; le principe a été posé par un décret datant du 6 fructidor an II ; il se trouve par la suite dans le Code civil belge<sup>27</sup>. En Autriche et en Allemagne, l'interdiction complète ou partielle des titres de noblesse relève d'une norme de valeur constitutionnelle, datant des constitutions de l'après-première guerre mondiale mettant en place des régimes républicains<sup>28</sup>. Les juges belges, autrichiens ou allemands appliquent ces règles essentiellement parce qu'elles se trouvent dans le code civil ou dans la Constitution. Certes, on peut penser que, ce faisant, ils s'appuient sur un système de justifications plus vaste : une certaine conception de la séparation des pouvoirs, l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale ou la perception de leur constitution nationale comme un compromis fondateur de l'ordre social. Toutefois, ils n'ont pas, en principe, besoin d'aller au-delà de la valeur normative de la règle pour l'appliquer.

La situation devant la Cour de justice de l'Union européenne est radicalement différente. On le perçoit par exemple bien dans l'affaire *Garcia Avello*, qui concerne la Belgique, lorsque la Cour débute son contrôle de proportionnalité ainsi : « [s]'agissant, d'une part, du principe de la fixité du nom de famille *en tant qu'instrument* destiné à prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des personnes, il convient de relever que, [...]»<sup>29</sup>. Le mouvement fondamental, avant même de dire si l'objectif est légitime ou si les mesures sont proportionnées à celui-ci, est que la norme nationale est considérée comme un moyen permettant d'arriver à certaines fins – prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des personnes –, alors que les autorités belges se prévalaient d'un principe fondateur de l'ordre social, remontant à un décret de la Révolution française. C'est à cette aune que son caractère approprié et nécessaire sera évalué, peu importe ici son origine illustre ou sa place dans la hiérarchie des normes.

Dans la controverse se déroulant devant la Cour, le principe de fixité du nom, l'interdiction du port de titres de noblesse ou le principe du rattachement exclusif de la détermination du nom patronymique à la nationalité ne sont plus considérés en tant que tels, mais en tant qu'instruments nécessaires à la protection de certains objectifs, comme l'établissement de l'identité d'une personne, le respect de l'égalité formelle ou le respect de l'ordre public. Ceci peut être vu comme une sorte de mise à nu – ce qui compte, derrière la norme, ce sont les raisons qui la justifient. Cela présente déjà une

---

<sup>27</sup> Article 335 du Code civil belge.

<sup>28</sup> En Autriche, il s'agit de la loi relative à l'abolition de la noblesse, des ordres séculiers de chevaliers et de dames ainsi que de certains titres et dignités du 3 avril 1919 (StGBL. 211/1919, dans sa version applicable à l'affaire au principal StGBL. 1/1920). Elle a valeur de loi constitutionnelle en vertu de l'article 149, paragraphe 1, de la Loi constitutionnelle fédérale. En Allemagne, il s'agit de l'article 109 de la Constitution de Weimar. La Cour administrative fédérale a décidé que, en vertu de l'article 123, paragraphe 1, de la Loi fondamentale de 1949, l'article 109 de la Constitution de Weimar est toujours en vigueur et occupe, dans la hiérarchie des normes, le rang de loi fédérale ordinaire.

<sup>29</sup> CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *op. cit.*, para. 42, nous soulignons.

rupture par rapport à la façon dont la norme est appliquée au niveau national, où les raisons de la norme n'ont pas à être rappelées. Si la justification emporte une mise à nu des mesures nationales, elles sont, dans le même temps, traduites dans les formes du droit de l'Union. La justification implique une sorte de reconstruction des mesures contestées.

Le représentant de l'État doit en effet produire des raisons justifiant la règle, *hic et nunc*, à l'occasion du cas et dans le cadre intellectuel du contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par la Cour. Dans ce cadre, les règles sont conçues comme des moyens permettant d'atteindre certains objectifs, par exemple, éviter les confusions d'identité ou bien assurer l'égalité des citoyens. En outre, il faut montrer que ces mesures sont appropriées et nécessaires pour atteindre cet objectif, voire, procéder à une mise en balance des intérêts et valeurs en présence, dernière étape du modèle alexyen auquel la Cour ne procède que de façon exceptionnelle (Alexy, 2010). Ainsi estime-t-elle dans l'affaire *Bogendorff von Wolffersdorff* que les objectifs légitimes poursuivis par la législation nationale doivent être pris en compte dans une opération générale de « mise en balance de divers éléments de droit et de fait<sup>30</sup> ». L'interdiction des titres de noblesse décidée par la Constitution de Weimar doit ainsi être justifiée par le gouvernement comme appropriée et nécessaire pour garantir le respect, en 2016, du principe d'égalité, dans un cas tel que celui de M. *Bogendorff von Wolffersdorff*, en prenant en compte des éléments de sa situation particulière.

Le contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par le juge européen peut apparaître, au premier abord, comme traduisant une conception instrumentale du droit. Autrement dit, le droit serait un moyen d'atteindre des fins définies par ailleurs. Pourtant, en nous inspirant de ce qu'a montré Annelise Riles dans un tout autre contexte, il nous semble que cette conclusion serait prématurée<sup>31</sup>. Les affaires discutées montrent au contraire que les fins mentionnées ne sont pas définies en dehors des mesures présentées comme des moyens permettant de les atteindre, et qu'elles ne sont pas non plus définies en dehors du droit. Il ne s'agit pas d'affirmer qu'il n'y avait aucun motif à l'adoption des normes mises en cause mais que les fins sociales que celles-ci sont censées permettre d'atteindre dans la justification produite devant la Cour – prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des personnes ou l'égalité – sont définies ou du moins redéfinies dans le cadre de l'analyse de proportionnalité qui a lieu devant la Cour.

C'est en ce sens que ces fins, qui peuvent au premier abord être vues comme extérieures au droit de l'Union, sont en réalité construites en son sein : « le savoir juridique définit son propre environnement du point de vue interne, même lorsqu'il est présenté comme “fonctionnel” à d'autres intérêts (Riles, 2005, p. 1020) ». Les finalités assignées aux mesures nationales le sont au cours d'une discussion sur la compatibilité de ces mesures au droit de l'Union, qui se tient dans la langue du droit de l'Union et dans le cadre du cas. On peut y voir un exemple typique de situation où

---

<sup>30</sup> CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 78.

<sup>31</sup> Nous faisons référence à un raisonnement développé à propos du conflit sur la loi applicable lorsque les réglementations de différents États sont en cause aux États-Unis (Riles, 2005, p. 1020).

les fins sont élaborées en raisonnant sur les moyens : c'est la controverse sur les moyens – les mesures nationales concernant les noms de famille – qui conduit à énoncer les fins – prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des personnes ou l'égalité. Dans cette perspective, le contrôle de proportionnalité, tel qu'il est pratiqué par la Cour, doit être vu comme une technique ou une forme singulière. Tout instrumentaliste qu'il soit, il commande une structure de raisonnement bien particulière qui contraint ce qui peut compter comme un bon argument dans un contexte donné et qui entraîne une certaine façon de penser le droit.

### ***C. Le caractère subversif de l'épreuve de justification***

Le contrôle de proportionnalité, tel qu'il est mis en œuvre par la Cour de justice de l'Union européenne, est porteur d'une exigence de rationalisation du processus décisionnel. L'impératif de cohérence, qui se trouve de façon explicite ou implicite dans de nombreux arrêts de la Cour, en est une manifestation significative. Tout d'abord, il faut préciser qu'il est invoqué, tant à l'encontre de la justification présentée par le gouvernement – le discours proposé à la Cour doit être cohérent –, que des mesures défendues – la forme qu'elles prennent, et particulièrement leur étendue et les exceptions prévues, doivent être cohérentes avec la fin poursuivie. En tout état de cause, en raison de la mise à nu des normes nationales, la distinction entre les deux discours tend à s'effacer : il doit être rendu compte du caractère approprié et nécessaire des mesures à la date de l'affaire contestée. En ce sens, le contrôle est objectif, il ne s'agit pas de contrôler les motivations du décideur public au moment de la décision (à la différence, par exemple, de l'erreur manifeste d'appréciation ou du détournement de pouvoir en droit administratif français).

Ce qui révèle peut-être le mieux la façon singulière de penser la règle que contient le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour se trouve dans le traitement de l'exception. La prise en compte de la diversité des situations est souvent perçue comme une exigence découlant du principe de proportionnalité : l'incapacité d'une règle à prendre en compte la diversité des situations qui peuvent se présenter est en effet susceptible de conduire à sa disproportion : elle ne serait, dans certains cas, pas nécessaire. On pourrait en déduire que, pour les mesures nationales, reconnaître des exceptions devrait les rendre plus résistantes au contrôle de proportionnalité mené par le juge européen. Pourtant, dans la jurisprudence de la Cour, cela peut au contraire faciliter l'établissement du caractère disproportionné de la règle, ce qui est très révélateur des traits spécifiques du contrôle de proportionnalité mené par la Cour et de la conception du droit qu'il implique : si des exceptions existent, le doute peut survenir : l'objectif est-il si important que les autorités l'annoncent ? si le principe tolère des exceptions, pourquoi ne pourrait-il pas s'accommoder d'autres exceptions ?

Il faut en effet souligner que la possibilité pour les États de définir des objectifs spécifiques qui revêtent une importance particulière pour eux pose la question singulière de la preuve. Apporter la preuve qu'une norme ou qu'une valeur est particulièrement importante dans un ordre juridique n'est pas chose facile, et ce, d'autant plus que leur place dans la hiérarchie des normes n'est pas décisive dans le cadre du droit de l'Union européenne. Une des façons d'établir l'importance d'un

objectif se trouve dans la radicalité des mesures prises pour l'atteindre. Dans ce sens, le caractère absolu d'une règle, par exemple l'interdiction de tout titre de noblesse en Autriche, peut être le signe de l'importance de l'objectif pour celui qui l'édicte. Au contraire, la reconnaissance d'exceptions, comme dans la norme constitutionnelle allemande, traduirait que l'objectif poursuivi n'est pas si important. Si la Cour ne l'a pas formulé aussi clairement, c'est une lecture possible de la différence entre l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, concernant la législation autrichienne, et l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, concernant la législation allemande<sup>32</sup>.

C'est d'ailleurs ce qu'expriment les conclusions de l'Avocat général Wathelet sur *Bogendorff von Wolffersdorff*. Celui-ci refuse que l'ordre public puisse être menacé parce que l'interdiction n'est pas absolue, alors que la Constitution de Weimar prévoyait la possibilité que des titres nobiliaires puissent survivre en tant que noms de famille<sup>33</sup>. « Soit les titres nobiliaires sont comme tels contraires à l'ordre public et leur portée est interdite, comme en Autriche, et ce pour tous les Allemands, soit ils ne le sont pas et peuvent être utilisés par tous les Allemands en tant que noms de famille en les mettant après le prénom, au lieu de les mettre avant comme c'était le cas jusqu'en 1918<sup>34</sup>. » L'argument est significatif parce qu'il va très loin dans la mise à nu de la norme nationale et dans l'imposition d'une logique empreinte de l'idée de rationalisation du processus de décision ; l'Avocat général fait totalement abstraction des compromis historiques qui ont pu présider à l'adoption d'une telle norme dans la Constitution de Weimar ou de sa valeur normative dans l'ordre juridique allemand.

Dans le contexte national, reconnaître des exceptions peut en effet être vu comme l'expression d'un compromis politique : le constituant allemand de Weimar autorise certaines personnes à conserver leur nom de famille. Dans la logique rationalisatrice du contrôle de proportionnalité, la question se pose très différemment : si des exceptions sont reconnues dans certains cas, il faut justifier que d'autres exceptions ne le soient pas dans d'autres cas. Dans le contexte du contrôle de proportionnalité européen, des justifications telles qu'« il s'agit de la volonté du législateur » ou bien « il s'agit d'un compromis historique » ne sont en principe pas recevables. Il faut montrer qu'il est proportionné de ne pas reconnaître une nouvelle exception dans le cas où intervient le contrôle, et notamment que cela est cohérent alors que d'autres exceptions ont déjà été reconnues. Dans ce contexte, prévoir une exception revient donc parfois à mettre le doigt dans un engrenage dangereux. De façon paradoxale, les exceptions à la règle peuvent rendre plus difficile d'établir son caractère proportionné : tout d'abord parce que l'on peut remettre en cause l'importance de l'objectif poursuivi, ensuite parce qu'il faudra prouver la rationalité des exceptions reconnues.

Le travail de Luc Boltanski et de Laurent Thévenot sur la justification, développé dans un cadre beaucoup plus large, est utile pour saisir l'importance de ce qui est en jeu dans le contrôle de proportionnalité devant le juge européen (Boltanski et

---

<sup>32</sup> CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.* et CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*

<sup>33</sup> AG Wathelet, ccl. sur CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, *op. cit.*, para. 103.

<sup>34</sup> *Ibid.*, para. 104.

Thévenot, 1991). Comme le dit Laurent Thévenot, « face à une critique qui est une dévaluation » (par exemple, l'appréciation que les mesures nationales sont *prima facie* contraires au droit de l'Union parce que constitutives d'une entrave ou discriminatoires), « la justification participe d'une mise en valeur et ne se limite pas à une explication causale » (Thévenot, 1996). « [L]es personnes engagées dans des justifications s'expliquent sur leurs évaluations, et les arguments rattachés à la situation sont soumis à une exigence de généralisation » (Thévenot, 1996). Cette exigence de généralisation est toutefois limitée. La justification s'inscrit dans un « ordre de justification », historiquement et culturellement situé<sup>35</sup>.

Dans le cadre du contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par la Cour de justice de l'Union européenne, les raisons nationales, voire l'absence de raison quand les normes tirent leur autorité de leur seule place dans la hiérarchie des normes ou de leur pedigree, doivent être mises en forme pour être recevables devant le juge de l'Union. Le parti pris dans cette contribution, qui est aussi celui de Luc Boltanski et Laurent Thévenot, est de ne pas considérer que cette reformulation peut se résumer à un simple habillage sans influence. Au contraire, imposer une façon de parler contient une certaine façon de penser et d'agir. L'opération de justification a été présentée par Laurent Thévenot, dans le langage de l'entreprise, comme impliquant des « investissements de forme » (Thévenot, 1986). Elle peut aussi être conçue comme une pratique intellectuelle propre à ceux qui prennent part à la controverse se déroulant devant la Cour et qui consiste à construire ou reconstruire la justification des normes nationales dans le langage du droit de l'Union.

Si ce processus permet de passer d'un ordre de justification à l'autre, il se fait dans la langue du droit de l'Union. En ce sens, l'épreuve de justification implique une opération de traduction, des cadres conceptuels nationaux vers le cadre conceptuel du droit de l'Union. L'établissement du caractère proportionné de la règle dans le cas impose de parler, mais aussi de penser et d'agir, d'une façon spécifique, propre au droit de l'Union. Les normes nationales ne sont plus des règles tenant leur force de leur place dans la hiérarchie des normes ou de leur pedigree, mais des mesures qui doivent être justifiées dans le cadre du cas, au regard des objectifs qu'elles permettent d'atteindre et des moyens qu'elles mettent en œuvre pour ce faire. Cette traduction implique d'adopter une conception instrumentale du droit, au sens où les règles nationales doivent être présentées comme des moyens permettant d'atteindre des fins. Toutefois, cette conception instrumentale se trouve au cœur de la grammaire du droit de l'Union, elle doit aussi être conçue comme une forme propre au droit des libertés de circulation. En outre, les fins se trouvent définies dans le cadre de la controverse sur les moyens et non *a priori* et indépendamment d'eux.

On perçoit ici, même à partir d'un terrain d'enquête extrêmement limité, que les savoirs juridiques sont loin d'être de simples instruments, permettant d'atteindre des fins définies par ailleurs. On perçoit aussi que certaines positions ne peuvent pas être

---

<sup>35</sup> Les « ordres » de justification peuvent être regroupés en grands modèles de justifications – qui correspondent aux différentes cités distinguées par les auteurs, auxquelles correspondent une matrice commune, un « ordre de grandeur » (Boltanski et Thévenot, 1991).

défendues en dehors d'une langue particulière et que ce qui est présenté comme externe au droit ne l'est pas toujours. L'enquête pourrait se poursuivre, en s'interrogeant par exemple sur l'influence de cette conscience du droit européen sur les cadres intellectuels nationaux, juridiques et non juridiques. Il faudrait alors élargir le terrain de recherche et s'interroger plus largement sur le rôle constitutif des savoirs juridiques, et donc sur leur rapport avec le social. Parmi les travaux s'inscrivant dans cette vaste entreprise, citons, en droit européen, les recherches de Loïc Azoulay qui interrogent les relations entre les formes du droit européen et les formes de vie<sup>36</sup>.

### **Conclusion**

Nous nous sommes limités à esquisser des pistes pour un programme de recherche qui pourrait être mis en œuvre de nombreuses façons et à donner une illustration de la forme que peut revêtir une enquête sur les savoirs juridiques. Ce qui nous semble central est la revalorisation de l'enquête comme démarche, ce qui peut conduire à une étude de terrain, comme cela se fait couramment en anthropologie ou en sociologie, mais ce qui peut aussi mener à travailler dans une nouvelle perspective sur des matériaux usuels pour les juristes, comme nous l'avons fait dans cette contribution. Le plus difficile, pour le juriste étudiant les pratiques des juristes, consiste certainement à penser, pour parler comme Jeanne Favret-Saada, sa « place » dans cette enquête de façon réflexive. Dans le sillage de la sociologie pragmatique, il nous semble que cette réflexivité ne doit pas prendre la forme d'une rupture avec le sens commun – par le développement d'un point de vue purement externe – mais celle d'un autre degré d'une réflexivité que l'on trouve déjà dans les pratiques observées (Lemieux, 2018, p. 12).

---

<sup>36</sup> Dans le cadre du projet FOLIE (Forms of Life and Legal Integration in Europe) <https://www.sciencespo.fr/folie/homepage>

- R. ADLER-NISSEN, K. KROPP, 2015, « A Sociology of Knowledge Approach to European Integration : Four Analytical Principles », *Journal of European Integration*, 37, 2, p. 155-173.
- R. ALEXY, 2010, *A theory of constitutional rights*, traduit par RIVERS J., Oxford, OUP.
- K.J. ALTER, 2009, *The European Court's political power : selected essays*, Oxford, OUP.
- F. AUDREN, 2015, « Introduction : l'histoire intellectuelle du droit ou la fin du « Grand partage » », *Clio@Themis*, 9.
- F. AUDREN, à paraître, « Un tournant technique des sciences (sociales) du droit ? À propos de la traduction de deux articles sur les « Legal Technicalities » », *Clio@Themis*.
- F. AUDREN, J.-L. HALPERIN, A.-S. CHAMBOST, 2020, *Histoires contemporaines du droit*, Paris, France, Dalloz.
- L. AZOULAI, 2013, « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », dans NEFRAMI E. (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, p. 341-368.
- A. BAILLEUX, E. BERNARD, S. JACQUOT, Q. LANDENNE (dirs.), 2019, *Les récits judiciaires de l'Europe: concepts et typologie*, Bruxelles, Belgique, Éditions Bruylant.
- A. BAILLEUX, E. BERNARD, S. JACQUOT, Q. LANDENNE (dirs.), 2021, *Les récits judiciaires de l'Europe: dynamiques et conflits*, Bruxelles, Belgique, Bruylant.
- B. BARNES, 1977, *Interests and the growth of knowledge*, Londres - Boston, Routledge - KPaul.
- G. BECK, 2012, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, Hart.
- J. BENGOTXEA, 1993, *The legal reasoning of the European Court of Justice : towards a European jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press - OUP.
- S. BLACKBURN, 2008, « Whig view of history », *The Oxford dictionary of philosophy*.
- D. BLOOR, 1991, *Knowledge and social imagery*, 2<sup>e</sup> édition, Chicago, University of Chicago Press.
- L. BOLTANSKI, 2013, « L'être sans le corps de l'institution », dans NAPOLI P. (dir.), *Aux origines des cultures juridiques européennes: Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Rome, École française de Rome, p. 153-173.
- L. BOLTANSKI, E. CLAVERIE, 2007, « Du monde social en tant que scène d'un procès », dans N. OFFENSTADT, L. BOLTANSKI, E. CLAVERIE, S.V. DAMME (dirs.), *Affaires, scandales et grandes causes : De Socrate à Pinochet*, Paris, Stock, p. 395-452.
- L. BOLTANSKI, L. THEVENOT, 1991, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard.
- R. BRANDOM, 2000, « Vocabularies of Pragmatism : Synthetizing Naturalism and

Historicism», dans R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Malden, Blackwell, p. 156-182.

R. BRANDOM, 2004, « From a critique of cognitive internalism to a conception of objective spirit: reflections on Descombes' Anthropological Holism », *Inquiry*, 47, 3, p. 236-253.

R. BRANDOM, 2002, *Tales of the mighty dead: historical essays in the metaphysics of intentionality*, Cambridge, Massachusets ; LondresCambridge, Massachusets ; Londres, Harvard University Press.

R. BRANDOM, 2009, *L'articulation des raisons : introduction à l'inférentialisme*, traduit par TIERCELIN C., COMETTI J.-P., Paris, les éditions du Cerf.

R. BRANDOM, 2010, *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, première partie*, Paris, les éditions du Cerf.

R. BRANDOM, 2011, *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, deuxième partie*, Paris, les éditions du Cerf.

A.E. BREDIMAS, 1978, *Methods of interpretation and community law*, Oxford, North-Holland Publishing Company.

H. BUTTERFIELD, 1965, *The Whig interpretation of history*, New York, Norton.

M. CALLON (dir.), 1998, *The laws of the markets*, Londres, Blackwell.

M. CALLON, 2013, « Pour une sociologie des controverses technologiques », dans M. AKRICH M. CALLON, B. LATOUR (dirs.), *Sociologie de la traduction : Textes fondateurs*, Paris, Presses des Mines, p. 135-157.

O. CAYLA, Y. THOMAS, 2002, *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, J. PORTA, L. THEVENOT (dirs.), 2020, *Modes de normativité et transformations normatives*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie.

L. CLEMENT-WILZ, 2018, *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Belgique, Bruylant.

G. CONWAY, 2012, *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, CUP (Cambridge studies in European law and policy).

P. CORNUT ST-PIERRE, 2018, *La fabrique juridique des swaps: quand le droit organise la financiarisation du monde*, Paris, Presses de Sciences Po.

P. CORNUT ST-PIERRE, 2019, « Investigating Legal Consciousness through the Technical Work of Elite Lawyers: A Case Study on Tax Avoidance », *Law & Society Review*, 53, 2, p. 323-352.

P. CORNUT ST-PIERRE, 2022, « La technique juridique, objet de science sociale ? Pour une sociologie pragmatique des controverses techniques en droit », *Jurisprudence. Revue*

*critique*, 9.

B. DAVIES, M. RASMUSSEN, 2012, « Towards a New History of European Law », *Contemporary European History*, 21, 3, p. 305-318.

V. DESCOMBES, 1995, *La denrée mentale*, Paris, France, Éditions de Minuit.

V. DESCOMBES, 2004, « Replies », *Inquiry*, 47, 3, p. 267-288.

R. ENCINAS DE MUÑAGORRI, S. HENNETTE-VAUCHEZ, C.-M.HERRERA, O. LECLERC, 2016, *L'analyse juridique de (x): le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Éditions Kimé.

P. EWICK, 1998, *The common place of law: stories from everyday life*, Chicago, University of Chicago Press.

J. FAVRET-SAADA, 1985, *Les mots, la mort, les sorts*, Paris, France, Gallimard.

V. FORRAY, S. PIMONT, 2017, *Décrire le droit... et le transformer: essai sur la déécriture du droit*, Paris, Dalloz.

F. FURET, 1992, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47, 6, p. 1185-1194.

R.W. GORDON, 1984, « Critical Legal Histories », *Stanford Law Review*, 36, 1/2, p. 57-125.

J. HAUSER, 2004, « Nom: il ne manquait plus que les juridictions de l'Union européenne ! », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1, p. 62.

S. HENNETTE-VAUCHEZ, V. VALENTIN, 2014, *L'affaire Baby Loup ou La nouvelle laïcité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ.

M.-A. HERMITTE, 1999, « Le droit est un autre monde », *Enquête. Archives de la revue Enquête*, 7, p. 17-37.

M.A. JACOB, 2014, *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice: unfinished business*, Cambridge, CUP, 339 p.

S. JASANOFF, 2013, *Le droit et la science en action*, traduit par LECLERC O., Paris, Dalloz.

D. KENNEDY, 1997, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

D. KENNEDY, 2006, *The rise & fall of classical legal thought*, Washington, BeardBooks.

K. KLARE, 1978, « Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941 », *Minnesota Law Review*, 62, 265-339.

K. KLARE, 1979, « Law-Making as Praxis », *Telos*, 1979, 40, p. 123-135.

J. KOMÁREK, 2013, « Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent », *American Journal of Comparative Law*, 61, 1, p. 149-171.

- B. LATOUR, 2011, *Pasteur : guerre et paix des microbes*, Nouvelle éd., Paris, la Découverte.
- J. LAW, 2004, *After Method : Mess in Social Science Research*, Londres, Routledge.
- O. LECLERC, 2013, « Présentation », dans S. JASANOFF *Le droit et la science en action*, traduit par LECLERC O., Paris, Dalloz, p. 5-27.
- C. LEMIEUX, 2007, « A quoi sert l'analyse des controverses ? », *Société d'études soréliennes*.
- C. LEMIEUX, 2018, *La sociologie pragmatique*, Paris, La Découverte.
- C. LEVI-STRAUSS, 1984, *Tristes tropiques*, Paris, Plon.
- D.A. MACKENZIE, F. MUNIESA, L. SIU (dirs.), 2007, *Do economists make markets ? on the performativity of economics*, Princeton, Princeton University Press.
- M.R. MADSEN, F. NICOLA, A. VAUCHEZ, 2022a, « From Methodological Shifts to EU Law's Embeddedness », dans MADSEN M.R., NICOLA F., VAUCHEZ A. (dirs.), *Researching the European Court of Justice: Methodological Shifts and Law's Embeddedness*, Cambridge, Cambridge University Press.
- M.R. MADSEN, F. NICOLA, A. VAUCHEZ, A. (dirs.), 2022b, *Researching the European Court of Justice: Methodological Shifts and Law's Embeddedness*, Cambridge, Cambridge University Press.
- R.E. DE MUNAGORRI , C.M. HERRERA, O. LECLERC , 2019, « Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explicitation », *Droit et société*, N° 103, 3, p. 609-628.
- F. NICOLA, B. DAVIES (dirs.), 2017, *EU law stories contextual and critical histories of European jurisprudence*, CUP.
- E. PAUNIO, 2013, *Legal certainty in multilingual EU law: language, discourse, and reasoning at the European Court of Justice*, Farnham, Ashgate Publishing Limited.
- D. PLUNKETT, T. SUNDELL, 2013, « Dworkin's interpretivism and the pragmatics of legal disputes », *Legal Theory*, 19, 03, p. 242-281.
- M. POIARES MADURO, L. AZOULAI, 2010, *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford ; Portland, Hart.
- A. POTTAGE, 2020, « Le droit d'après l'anthropologie : objet et technique en droit romain », *Clio@Themis*, 19, traduit par GANNE Y.
- H. RASMUSSEN, 1986, *On law and policy in the European Court of Justice : a comparative study in judicial policymaking*, Boston, M. Nijhoff.
- V. REVEILLERE, 2018, *Le juge et le travail des concepts juridiques : le cas de la citoyenneté de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne - LGDJ.
- A. RILES, 1999, « Models and Documents: Artefacts of International Legal Knowledge », *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 4, p. 805-825.

- A. RILES, 2000, « An Ethnography of Abstractions ? », *Anthropology News*, 41, 6, p. 100-101.
- A. RILES, 2005, « New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities », *Buffalo Law Review*, 53, p. 973-1033.
- A. RILES, 2010, « Collateral Expertise: Legal Knowledge in the Global Financial Markets », *Current Anthropology*, 51, 6, p. 795-818.
- A. RILES, 2022a, « Un nouvel agenda pour les approches culturelles du droit : se saisir des subtilités techniques », dans *Pour une anthropologie des savoirs juridiques*, traduit par V. REVEILLERE, Dalloz, p. 9-74.
- A. RILES, 2022b, « L'anthropologie, les droits humains et les savoirs juridiques : l'anthropologie dans la cage de fer », dans *Pour une anthropologie des savoirs juridiques*, traduit par V. REVEILLERE, Dalloz, p. 75-116.
- R. RORTY, 1989, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge, CUP.
- R. RORTY, 2000, « Response to Brandom », dans R. BRANDOM (dir.), *Rorty and his critics*, Blackwell, Malden, p. 183-191.
- U. ŠADL, 2013, « Case – Case-Law – Law: Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments », *European Constitutional Law Review*, 9, 2, p. 205-229.
- S. SANKARI, 2013, *European Court of Justice legal reasoning in context*, Groningen, Europa Law Publishing.
- S. SAURUGGER, F. TERPAN, 2017, *The Court of Justice of the European Union and the politics of law*, Londres, Palgrave, Macmillan Education.
- P. SCHLAG, 2009, « Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art) », *Georgetown Law Journal*, 97, p. 803.
- A. STONE SWEET, 2004, *The judicial construction of Europe*, Oxford, OUP.
- P. THEVENIN, 2017, *Le monde sur mesure: une archéologie juridique des faits*, Paris, France, Classiques Garnier.
- L. THEVENOT, 1986, « Les investissements de forme », dans THEVENOT L. (dir.), *Conventions économiques*, Paris, PUF, p. 21-71.
- L. THEVENOT, 1996, « Justification et compromis », dans CANTO-SPERBER M. (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, p. 789-794.
- Y. THOMAS, 1976, *Causa: sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse, Paris, Paris II.
- Y. THOMAS, 1984, *Mommsen et « L'Isolierung » du droit (Rome, l'Allemagne et l'Etat)*, Paris, Diffusion de Boccard.

- Y. THOMAS., 1986a, « La romanistique et la notion de jurisprudence », *Droits*, p. 149-160.
- Y. THOMAS, 1986b, « Droit », dans BURGUIERE A. (dir.), *Dictionnaire des sciences historiques*, 1<sup>re</sup> édition, Paris, PUF, p. 205-213.
- M. TROPER, 1992, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 47, 6, p. 1171-1183.
- D. TSARAPATSANIS, 2018, « Representative Legislatures, Grammars of Political Representation, and the Generality of Statutes », *Ratio Juris*, 31, 4, p. 444-459.
- M. VALVERDE, 2003, *Law's dream of a common knowledge*, Princeton, Princeton University Press.
- M. VALVERDE, 2006, « The Sociology of Law as a 'Means against Struggle Itself' », *Social & Legal Studies*, 15, 4, p. 591-597.
- M. VALVERDE, 2009, « Jurisdiction and Scale: Legal 'Technicalities' as Resources for Theory », *Social & Legal Studies*, 18, 2, p. 139-157.
- A. VAUCHEZ, 2013, *L'Union par le droit : l'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques.
- J. VERGES, 1968, *De la stratégie judiciaire*, Paris, Éditions de Minuit.
- P. VEYNE, 1983, *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes ? : essai sur l'imagination constituante*, Paris, France, Éditions du Seuil.
- M. WILLARD, 1955, *La Défense accusée*, Paris, Éditions sociales.
- L. WITTGENSTEIN, 2000, « Remarques sur Le Rameau d'Or de Frazer », *Agone*, 23, traduit par LACOSTE J., p. 13-31.
- L. ZEVOUNOU, 2018, « Sociologie pragmatique et théorie du droit : pour un programme de recherche commun », *Droit et société*, N° 99, 2, p. 491-504.