



HAL
open science

Une démarche critique : qu'est-ce que les juristes en droit de l'UE peuvent apprendre de la théorie critique ?

Päivi Joanna Neuvonen, Luca Tenreira, Vincent Réveillère

► To cite this version:

Päivi Joanna Neuvonen, Luca Tenreira, Vincent Réveillère. Une démarche critique : qu'est-ce que les juristes en droit de l'UE peuvent apprendre de la théorie critique ?. 2024. <hal-04575040>

HAL Id: hal-04575040

<https://hal.science/hal-04575040v1>

Submitted on 14 May 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.



HAL Authorization

Une démarche critique : qu'est-ce que les juristes en droit de l'UE peuvent apprendre de la théorie critique ?

Päivi Johanna Neuvonen

Professeure associée en droit européen, École de droit,
Université de Durham, Royaume-Uni

Cet article est la traduction de P. J. NEUVONEN, « A way of critique: What can EU law scholars learn from critical theory? » *European Law Open*. 2022 ; N°1, vol. 1, p. 60-88. Il est accessible à l'adresse suivante : <https://www.cambridge.org/core/journals/european-law-open/article/way-of-critique-what-can-eu-law-scholars-learn-from-critical-theory/384EE151464FFA51288F47A2EB227634#article>

Traduction : Luca Tenreira et Vincent Réveillère

Remerciements. Je remercie les rédacteurs d'ELO et les évaluateurs anonymes pour leurs commentaires judicieux au cours du processus d'évaluation. Je remercie également chaleureusement les collègues, actuels et anciens, de Durham, Helsinki et Berlin qui ont discuté de ce sujet avec moi.

Financement. Ce travail a été soutenu par l'Académie de Finlande, le Conseil de la recherche pour la culture et la société (bourse postdoctorale numéro 309207).

Conflits d'intérêts. L'auteure n'a aucun conflit d'intérêt à déclarer.

Abstract

This article detects a persistent imbalance between the zest for critical research and the thinness of critical methodology in the study of European Union (EU) law. The question that drives this investigation is: What can critique contribute to EU legal studies? The article draws on the methodological wealth of critical social theory to explicate how the critique of EU law could further evolve and why it matters. This analysis posits that the lack of adequate methodological engagement leaves EU law scholarship to drift between the problematic idea of unmasking critique, on the one hand, and that of supposedly non-normative critique, on the other hand. The article makes a case for a more dialectical method of critique to clarify how the critique of EU law is always preceded by a choice between competing rationalisations of society. These findings highlight that social theory should be of continuous interest to EU law scholars and that a socio-legal critique of EU law is not reducible to empirical research alone.

Key-words : EU law, critique, crisis Law, social theory, socio-legal studies, critical theory

Résumé

Cet article part du constat d'un déséquilibre persistant en droit de l'UE entre l'ardeur à s'inscrire dans des approches critiques et la faiblesse de la méthodologie critique pour se demander ce que peut apporter la critique aux juristes de droit de l'UE. Il s'appuie sur la richesse méthodologique de la théorie sociale critique pour expliquer comment la critique du droit de l'UE pourrait évoluer et l'importance d'une telle évolution. Faute d'un engagement méthodologique satisfaisant, les travaux en droit de l'UE dérivent entre l'idée problématique d'une critique démasquante et celle d'une critique prétendument non normative. Il est défendu qu'une méthode critique plus dialectique permettrait de montrer que la critique du droit de l'UE est toujours précédée d'un choix entre des rationalisations concurrentes de la société. Il en résulte que la théorie sociale devrait être d'un intérêt constant pour les chercheurs et les chercheuses en droit de l'UE et qu'une critique socio-juridique du droit de l'UE n'est pas réductible à la seule recherche empirique.

Mots-clés : Droit de l'UE ; critique ; droit de la crise ; théorie sociale ; études socio-juridiques ; théorie critique

1. Introduction

Dans l'Union européenne (UE), l'intégration juridique se heurte à des résistances aux origines multiples. Cette réalité se reflète également dans l'étude du droit de l'Union. Le sujet central de la recherche critique sur le droit de l'Union consiste à problématiser le rôle du droit dans le projet d'intégration. L'argument classique de la recherche critique en droit de l'Union affirme que le rôle proactif du droit – en tant que moteur d'une intégration plus ou moins poussée – remet en cause la prise de décision politique et les institutions démocratiques, tant pour l'UE que pour ses États membres. Plus récemment, le cheminement sinueux de l'UE dans diverses crises a redonné voix aux interventions critiques. On peut dire que le droit court le risque de devenir au mieux réactif, au pire obséquieux, lorsque l'escalade d'événements conjoncturels exige des actions intergouvernementales rapides entre les États membres, comme cela a par exemple été le cas pour répondre aux crises financières et migratoires. Simultanément, la crise de l'État de droit dans certains États membres a fait prendre une dimension interne à la gestion crise au niveau de l'UE. L'épidémie prolongée de COVID-19, ainsi que le plan de relance européen, ont également fait craindre que la gouvernance de crise ne devienne subtilement une nouvelle normalité dans l'UE – un scénario renforçant la nécessité d'une étude critique approfondie.

Il convient de noter que le terme « approche critique » revêt plusieurs significations. Les juristes peuvent délibérément s'engager dans la critique via différents niveaux d'analyse, dont certains sont plus sophistiqués que d'autres¹. Les questions méthodologiques ne sont pas les mêmes que pour les autres disciplines. À première vue, toute recherche scientifique, y compris la recherche juridique, se veut critique.

¹ Il va sans dire qu'un même chercheur peut aussi s'engager délibérément dans différents niveaux de critique pour différents projets.

Mais la signification d'approche critique peut aussi être réduite de sorte que seuls les projets qui s'identifient explicitement aux questions de fond soulevées par la théorie critique dans le style de l'École de Francfort et de ses héritiers², y compris le mouvement des *Critical Legal Studies* (CLS), sont considérés comme critiques³. Cet article n'admet ni l'une ni l'autre de ces affirmations. Les différentes branches du mouvement CLS devraient intéresser les spécialistes du droit de l'UE dans la mesure où elles « interrogent les logiques politiques, historiques et philosophiques plus profondes qui sous-tendent le pouvoir du droit »⁴. Mais réinventer les études juridiques européennes comme un sous-domaine des CLS n'est pas une solution aux divisions actuelles au sein de la recherche en droit de l'Union. Il en est ainsi parce que le défi est plus d'ordre méthodologique que substantiel. En d'autres termes, la question de la signification de la critique pour les études juridiques européennes pose en fait la question de savoir comment le droit de l'UE est et devrait être étudié.

Cet article s'interroge essentiellement sur la valeur ajoutée que la critique peut présenter pour l'étude du droit de l'UE à l'heure où diverses crises persistent dans la durée. En répondant à cette question, il sera défendu que les fondements méthodologiques de la recherche critique en droit de l'UE nécessitent un examen plus approfondi et que l'absence d'un tel examen réduit la capacité de la critique à contester et à transformer le droit. Cette analyse souligne que le fait de qualifier une recherche de critique ne lui confère pas automatiquement cette qualité d'un point de vue méthodologique et que la recherche critique sur le droit de l'Union pourrait s'inspirer de la théorie sociale critique pour refondre sa critique d'un point de vue méthodologique. Cette quête d'une *méthode critique* plus élaborée est importante car la méthodologie de la critique alimente toujours ce que cette dernière nous apprend sur son objet (c'est-à-dire le droit de l'Union). On aurait pu supposer que l'importance accordée à la recherche s'identifiant comme critique aurait généré un intérêt tout aussi important pour la méthodologie de la critique dans les études juridiques européennes. Cependant, les questions relatives à la méthode critique sont passées largement inaperçues dans ce contexte. Cette observation s'applique à la fois au courant *révisionniste* et au courant *rejectionniste* de la critique. Le premier se réfère aux études critiques qui cherchent à transformer et à justifier à nouveau le droit de l'UE. Le second décrit les interventions critiques qui se concentrent sur la contestation, plutôt que sur la transformation, du droit de l'UE⁵.

Cet article répond au manque perçu d'engagement méthodologique dans la recherche critique en droit de l'Union, en deux étapes consécutives. L'article illustre

² Pour une brève introduction, voir, par exemple, J. BOHMAN, « Critical Theory » in E. N. ZALTA (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005.

³ Pour une vue d'ensemble des *Critical Legal Studies* (CLS), voir, par exemple, R. MANGABEIRA UNGER, *The Critical Legal Studies Movement : Another Time, a Greater Task*, Verso, 1986.

⁴ Cette expression est empruntée à N. LACEY, « Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory », *Social & Legal Studies*, 5(2), 1996, p.131s. Lacey définit la « théorie juridique critique » comme « cette partie de la théorie juridique normative qui s'attache spécifiquement à creuser sous la surface des doctrines et pratiques juridiques ; à aller au-delà d'un projet d'explication et de rationalisation et à interroger les logiques politiques, historiques et philosophiques plus profondes qui sous-tendent le pouvoir de la loi ». Les différentes branches de la théorie juridique critique comprennent, par exemple, la théorie critique de la race, la théorie postcoloniale, la théorie féministe, les études juridiques critiques américaines, la théorie juridique marxiste, la jurisprudence postmoderne et l'approche droit et littérature. Lacey observe également que la critique peut prendre « des formes de recherche plus ou moins radicales », *ibid.* p. 132 et 138.

⁵ La distinction entre une critique *révisionniste* et une critique *rejectionniste* n'est qu'une tentative grossière de mettre en évidence le fait que les spécialistes du droit européen critique sont eux-mêmes divisés dans leurs opinions sur le type de potentiel de transformation que la critique peut avoir. Pour plus d'informations à ce sujet, voir la section 3.

d'abord comment une grande partie du discours critique contemporain sur le droit de l'Union reste confinée au débat sur le soi-disant rôle du droit, éludant les questions méthodologiques sous-jacentes sur le droit et la critique. Il explique ensuite comment le tournant méthodologique – nécessaire dans l'étude critique du droit de l'Union – pourrait être conceptualisé par référence à la théorie critique de la société⁶. Cette analyse reconnaît à la théorie sociale critique le mérite d'introduire une méthode dialectique de critique qui n'est pas immédiatement disponible dans la critique juridico-normative du droit de l'UE⁷. Pour la recherche en droit de l'UE, la valeur de la théorie sociale critique réside dans la clarification de ce à quoi ressemble une critique du droit de l'Union qui, sur un plan méthodologique, soit plus consciemment *normative* – à la fois en théorie et en pratique⁸. Cette enquête sur les synergies potentielles entre les études juridiques européennes et la théorie critique de la société nous invite à explorer un aspect des études juridiques européennes du point de vue d'une autre discipline, à savoir la théorie sociale critique. Cette démarche a des répercussions qu'il convient d'expliquer avant d'aller plus loin.

Premièrement, le lancement d'un discours transdisciplinaire significatif exige un certain degré de familiarité avec la terminologie des deux disciplines. Deuxièmement, certains concepts de la théorie sociale et de la philosophie sont identiques à des concepts juridiques, mais leur signification est différente. Un exemple clé est celui du « positivisme », qui a des significations différentes en droit, en philosophie et en sociologie. Le terme « positivisme », lorsqu'il est utilisé en philosophie sociale, fait référence au point de vue (contesté) selon lequel toute connaissance authentique peut être vérifiée par une analyse empirique et que les données « factuelles » empiriquement observables constituent le seul objet possible de la connaissance en sciences sociales⁹. Cet article s'efforce de rendre accessible la terminologie de la théorie sociale critique à un lecteur curieux de la théorie critique sans être entièrement versé dans son jargon conceptuel. Il reste toutefois indéniable qu'un engagement significatif avec la théorie sociale critique requiert une certaine volonté de s'exposer à un appareil conceptuel qui peut parfois sembler « trop général, théorique et abstrait » pour un juriste¹⁰. La manière dont le lecteur vit cette exposition est liée à une question plus large, celle de la perception de la théorie dans la recherche sur le droit de l'UE – un sujet qui sera abordé plus en détail à la fin de cet article.

Le présent article ne rejette aucune des interventions critiques existantes en droit de l'Union. Au contraire, il cherche à les compléter – en investiguant les moyens par lesquels la recherche sur le droit de l'Union peut évoluer dans son ambition critique.

⁶ Par exemple, J. BOHMAN, « Critical Theory », *op. cit.* donne la définition suivante : « Au sens large comme au sens étroit, [...] une théorie critique fournit les bases descriptives et normatives d'une enquête sociale visant à réduire la domination et à accroître la liberté sous toutes leurs formes ». Pour plus de détails sur la signification de la « théorie critique de la société » dans cet article, voir la section 4.

⁷ Le lecteur peut trouver convaincante la nécessité d'opérer un tournant méthodologique, sans pour autant être d'accord avec le second argument, plus philosophique, sur la manière dont ces questions méthodologiques peuvent être résolues.

⁸ Cet article n'adopte pas une vision positive et non critique de la théorie sociale critique. Les différents défauts de la théorie sociale critique sont examinés dans la section 4.A. Cet article ne suggère pas non plus que la théorie critique de la société est moins chargée sur le plan normatif que la critique du droit de l'UE. La question intéressante est plutôt de savoir comment la théorie critique de la société gère sa normativité au niveau de la méthodologie critique.

⁹ Le recours au positivisme philosophique et sociologique est problématisé comme étant réductionniste dans cet article, cela n'est toutefois pas affirmé en ce qui concerne le « positivisme juridique ».

¹⁰ Cela fonctionne également dans le sens inverse : lorsque des chercheurs et les chercheuses d'autres disciplines discutent du droit, les juristes supposent généralement qu'ils sont prêts à assimiler le « jargon juridique », qui peut également sembler inaccessible de l'extérieur.

La théorie critique de la société n'est dès lors pas considérée comme une panacée pour les questions de fond complexes que soulèvent les approches critiques en droit de l'Union¹¹, mais comme un exemple instructif de la manière dont la critique normative peut coexister avec une sensibilité accrue quant aux choix méthodologiques et épistémologiques qui sous-tendent les projets juridiques critiques. Les affirmations épistémologiques seront définies comme des affirmations qui portent sur ce qui peut être connu. Les liens entre l'épistémologie et la méthodologie critique mettent en évidence la manière dont, tant le critique que la critique, sont toujours façonnés par une rationalisation préalable de la société¹². De ce point de vue, il semble problématique que les spécialistes du droit de l'Union¹³ identifient souvent le « projet critique »¹⁴ avec le contenu substantiel de leur recherche – ce qui signifie que la recherche n'est considérée comme véritablement critique que dans la mesure où elle est sceptique quant à certains aspects de l'intégration juridique. Dans cet article, l'accent mis sur la méthodologie de la critique indique qu'il est nécessaire de faire une distinction plus claire entre la critique substantielle et la critique en tant qu'engagement méthodologique dans l'étude du droit de l'Union.

L'article est structuré comme suit : après cette introduction, la section 2 offre un bref aperçu de la manière dont la critique a gagné du terrain dans l'étude du droit de l'Union, parallèlement aux tentatives de l'UE de gérer les différentes crises qui l'affectent. La section 3 précise quelles sont les prétendues lacunes méthodologiques dans l'étude critique du droit de l'Union. Cette analyse jette les bases de l'argument selon lequel le projet critique, dans toute sa diversité, doit être repensé en termes méthodologiques. La section 4 examine les leçons spécifiques que les spécialistes du droit de l'Union pourraient tirer de la théorie critique de la société de manière à renforcer leur méthodologie critique. Cette partie de l'article utilise la critique de l'aliénation et la critique de l'idéologie du droit de l'Union pour illustrer ce qu'une méthode critique plus dialectique exigerait de l'étude critique du droit de l'Union et comment une critique méthodologiquement plus autoréflexive pourrait se développer. La section 5 termine l'article par une discussion sur la manière de surmonter les obstacles existants à l'engagement critique, tels qu'ils ont été discutés ici. Il s'agit notamment d'examiner les facteurs susceptibles d'empêcher les spécialistes du droit de l'Union d'adopter une méthode critique convaincante : en exposant les raisons pour lesquelles les travaux qui s'identifient comme critiques ne parviennent en réalité pas à atteindre cet objectif et en proposant des moyens pour y remédier.

En l'absence d'une méthode critique plus développée, les diverses rationalisations de la société qui alimentent la critique du droit européen ne sont pas discutées et restent dissimulées. Les termes « rationalisation sociale » désignent ici les processus cognitifs qui font que certaines formes de société et de relations sociales apparaissent souvent

¹¹ Voir par exemple A. J. MENÉNDEZ, « The Existential Crisis of the European Union », *German Law Journal*, 14(5), 2013, p.453-521.

¹² La rationalisation de la société a été introduite comme question centrale de la théorie sociale par Max Weber. Pour une vue d'ensemble, voir par exemple : S. KALBERG, « Max Weber's types of rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History », *The American Journal of Sociology*, 85(5), 1980, p.1145s.

¹³ Il convient de noter que l'auteur appartient également à ce groupe et qu'une grande partie de ce qui est dit sur les problèmes de la recherche sur le droit de l'UE s'applique également à son travail.

¹⁴ Le terme « projet critique » est utilisé, par exemple, par A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, J. INGRAM (trad.), Columbia University Press, 2009, p.41-42. Dans cet article, j'utilise ce terme comme un genre pour les différentes approches critiques dans la recherche sur le droit de l'UE. Cet usage n'implique pas qu'il y aurait, qu'il pourrait ou qu'il devrait y avoir un programme commun entre elles.

implicitement comme la norme. Le critique, lui aussi, examine la réalité sociale sous le prisme de sa socialisation, dans un lieu et une époque donnés. Il est donc difficile de s'engager délibérément à penser de telles rationalisations sans une méthode critique plus dialectique, mettant en évidence les intersections entre les idées conceptuelles et la réalité matérielle, non seulement dans le droit européen, mais aussi dans sa critique. En mettant l'accent critique sur cette interaction, on rejette la simplicité de l'idée selon laquelle la recherche empirique non normative serait la solution aux défis méthodologiques de la recherche en droit de l'Union. Cela signifie que le « tournant critique »¹⁵ dans les études juridiques européennes ne peut être réduit à un simple tournant empirique et que le potentiel critique de la « facticité » est toujours limité¹⁶. Ces résultats soulignent la nécessité d'intégrer la théorie sociale dans l'étude critique du droit de l'Union. En tant que tel, cet article contribue à une discussion beaucoup plus large sur le rôle de la recherche socio-juridique en droit de l'Union¹⁷. Le fait même que la tradition de la théorie sociale critique soit encore largement absente de la recherche sur le droit de l'UE distingue ce domaine, par exemple, de l'étude du droit international. C'est une tâche collective pour les chercheurs en droit de l'Union que de mettre un terme à cette rupture.

2. Crises et critiques : l'essor des voix critiques en droit de l'UE

L'intérêt croissant pour la critique du droit européen s'explique par de multiples facteurs plus ou moins récents. La diversité des voix critiques implique que toute tentative visant à les systématiser pourrait être accusée de procéder à une simplification excessive. L'argument classique contre le paradigme de « l'intégration par le droit »¹⁸ est celui selon lequel le droit ne peut pas légitimement remplacer les processus de prise de décision politique dans l'UE¹⁹. De ce point de vue, l'étude du droit de l'Union a connu un tournant important lorsque ses spécialistes ont commencé à jeter plus systématiquement un regard critique sur les récits de plus en plus répandus de constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE²⁰. Bon nombre des critiques ayant suivi découlent directement de la crise de la zone euro ou ont du moins été intensifiées par cette dernière²¹, ce qui a d'ailleurs déclenché un débat intense sur l'utilisation du

¹⁵ Ce terme est tiré de l'éditorial : « The Critical Turn in EU Legal Studies », *Common Market Law Review*, 52(4), 2015, p.881-883.

¹⁶ Dans cet article, le terme « facticité » fait référence au domaine des faits sociaux empiriquement observables, supposés non normatifs. Les sections 2, 3 et 4 sont consacrées à cette question.

¹⁷ Pour une discussion récente, voir par exemple : A. VAUCHEZ, « The map and the territory : Re-assessing EU law's embeddedness in European societies », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 27(2), 2020, p.133-135.

¹⁸ Sur le projet original « Integration through Law », voir M. CAPPELLETTI *et al.* (dir.), *Integration Through Law : Europe and the American Federal Experience* vol. 1-3, de Gruyter and Co, p.1985-88) et, récemment, pour une perspective historique sur ce projet, voir, par exemple, R. BYBERG, « The History of the Integration Through Law Project : Creating the Academic Expression of a Constitutional Legal Vision for Europe », *German Law Journal*, 18(6), 2017, p.1531s.

¹⁹ Pour un résumé de l'argument du « déficit démocratique » et de ses différentes dimensions dans la littérature, voir par exemple A. FOLLEDAL et S. HIX, « Why There Is a Democratic Deficit in the EU : A Response to Majone and Moravcsik », *Journal of Common Market Studies*, 44(3), 2006, p.533-62. Pour les premières discussions, voir par exemple J.H.H. WEILER *et al.*, « European Democracy and Its Critique », *West European Politics*, 18(3), 1995, p.4, 6-9.

²⁰ Pour une vue d'ensemble de cette évolution, voir par exemple J. HUNT et J. SHAW, « Fairy Tale of Luxembourg ? Reflections on Law and Legal Scholarship in European Integration » in D. PHINEMORE et A. WARLEIGH-LACK (dir.), *Reflections on European Integration : 50 Years of the Treaty of Rome*, Palgrave Macmillan, 2009, p.93-108.

²¹ Pour plus d'informations sur la crise de la zone euro elle-même, voir, par exemple, K. TUORI et K. TUORI, *The Eurozone Crisis : A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, 2014 et A. HINAREJOS, *The Euro*

droit de crise²² et sur ce que l'on a pu nommer un tournant autoritaire²³ dans l'UE. Ces ouvertures soulèvent des questions paradigmatiques sur la place de l'autorité politique dans l'UE. Mais la crise financière n'est pas la seule crise ayant affligé l'UE²⁴. Les réponses de l'UE aux crises écologiques et humanitaires plus récentes à l'intérieur et à l'extérieur de ses frontières ont suscité des critiques selon lesquelles l'ordre juridique de l'UE cèderait à la politique d'intégration avec trop de complaisance. Dans le même temps, la crise de l'État de droit qui perdure et semble s'intensifier dans certains États membres met en lumière l'interaction complexe entre les dimensions politiques et juridiques de la stratégie de gestion de crise interne à l'UE.

Les travaux critiques sur le droit de l'Union sont divisés entre des formes de critique que l'on peut appeler *rejectionniste* et *révisionniste*. La principale différence entre ces deux approches réside dans la façon dont elles envisagent le droit européen. La critique rejectionniste dépeint le droit européen comme étant potentiellement antidémocratique par nature, alors que certaines des interventions critiques liées à la crise appellent à une nouvelle justification normative du droit et de son application dans l'UE. Par exemple, dans leur analyse du droit de crise de l'UE, Joerges et Kreuder-Sonnen font référence à des « processus non démocratiques qui sapent les structures de l'autorité juridique [...] et qui sont régis par le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif au-delà du contrôle juridictionnel »²⁵. Simultanément, le contrôle juridictionnel, en général, et la jurisprudence post-crise de la Cour de justice de l'Union européenne, plus particulièrement, constituent une partie du problème dans la mesure où ils légitiment les mesures et politiques controversées des institutions de l'UE, qui manquent d'un contrôle démocratique plus direct de la part des citoyens européens²⁶. Le rôle de la Cour dans la justification des actions de la Banque centrale européenne dans la saga *Weiss* donne un exemple récent et très controversé de ces préoccupations²⁷. En dépit de ces différences, les formes de critique rejectionniste et révisionniste ont pour même point de départ la légitimité de l'intégration juridique, ou de son déficit de légitimité, en lien avec les déficits perçus de l'UE en matière de démocratie et de justice²⁸. Les chercheurs critiques divergent dans leur manière de définir les causes profondes et les relations mutuelles de ces trois déficits. La contestation du rôle actuel du droit dans le

Area Crisis in Constitutional Perspective, Oxford University Press, 2015.

²² Voir, par exemple, M. DANI *et al.*, « It's the political economy : A moment of truth for the eurozone and the EU », *International Journal of Constitutional Law*, 19(1), 2021, p.309. Voir également différentes contributions dans E. NANOPOULOS et F. VERGIS (dir.), *The Crisis behind the Eurocrisis : The Eurocrisis as a Multidimensional Systemic Crisis of the EU*, Cambridge University Press, 2019.

²³ Voir, par exemple, C. KREUDER-SONNEN, « An authoritarian turn in Europe and European Studies ? », *Journal of European Public Studies*, 25(3), 2018, p.452-453 et 458-60. Pour l'argument plus complexe selon lequel le libéralisme « autoritaire » est en fait un développement s'inscrivant dans la continuité de l'intégration européenne plutôt qu'une rupture, voir M.A. WILKINSON, « Authoritarian Liberalism : The Conjuncture behind the Crisis » dans NANOPOULOS et VERGIS (dir.), *The Crisis Behind the Eurocrisis*, *op. cit.* et M.A. WILKINSON, « The Specter of Authoritarian Liberalism : Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union », *German Law Journal*, 14(5), 2013, p.527.

²⁴ Voir, par exemple, A. J. MENÉNDEZ, « The Existential Crisis of the European Union », *op. cit.*, p.464 pour l'argument selon lequel il est important de « décomposer » les crises plus soigneusement si l'objectif est de « passer d'un discours de crise à un discours de crise de manière structurée ».

²⁵ C. JOERGES et C. KREUDER-SONNEN, « European Studies and the European Crisis : Legal and Political Science between Critique and Complacency », *European Law Journal*, 23(1-2), 2017, p.118-128.

²⁶ *Ibid.*, p.129.

²⁷ En ce qui concerne la jurisprudence pertinente, voir en particulier *Thomas Pringle c. Gouvernement d'Irlande et autres*, C-370/12, EU : C:2012:756, *Peter Gauweiler et autres c. Deutscher Bundestag*, C-62/14, EU:C:2015:400, et *Heinrich Weiss et autres*, C-493/17, EU:C:2018:1000.

²⁸ Pour une vue d'ensemble de ces « déficits », voir différentes contributions dans D. KOCHENOV *et al.* (dir.), *Europe's Justice Deficit ?*, Bloomsbury, 2015.

projet d'intégration européenne joue toutefois pour eux le rôle d'un thème unificateur majeur²⁹.

Le droit de l'UE en général, et plus particulièrement le droit européen de crise, ont été critiqués pour leur « formalisme technique » et pour le remplacement de ce formalisme par ce que l'on a pu appeler un « fonctionnalisme vide »³⁰. En théorie juridique, le formalisme renvoie à l'idée que les règles juridiques peuvent exister et fonctionner indépendamment des réalités sociales et politiques les environnant³¹. Le fonctionnalisme, quant à lui, se réfère à un état d'esprit qui s'intéresse principalement aux fonctions que le droit peut remplir dans la société. La critique combinée du formalisme et du fonctionnalisme met l'accent sur la manière dont le droit « s'oppose à l'obéissance politique » et fonctionne comme un outil permettant de valider les « nécessités » politiques et économiques de l'intégration européenne³². Les chercheurs critiques perçoivent une relation distordue entre les objectifs économiques et politiques de l'intégration et leur mise en œuvre par des moyens juridiques dans les tribunaux. Une fois encore, la crise de la zone euro est le principal exemple de la façon dont la distinction analytique entre la sphère du juridique et de l'extra-juridique est devenue floue dans le droit de l'Union. La manière dont l'UE a traité le paquet des mesures de relance liées à la pandémie COVID-19 peut refléter certaines de ces préoccupations – bien que les spécificités liées aux circonstances suggèrent également un degré différent de légitimité sociale, voire politique.

La proximité entre la critique et les crises dans l'étude du droit de l'UE indique que le rôle de la recherche critique ne sera probablement pas réduit dans un avenir proche³³. Mais les interventions critiques sur et autour de la légitimité du droit européen ne sont en aucun cas limitées à la réponse que l'UE a pu donner aux crises récentes. Le droit européen de la libre circulation, avec ses principes fondamentaux de non-discrimination en raison de la nationalité et de l'accès au marché, soulève également des inquiétudes quant aux effets potentiellement dépolitisants et aliénants du droit de l'UE dans les États membres³⁴. Etant donné

²⁹ Pour un argument récent concernant une « absence générale de prise en compte des limites du droit » dans ce contexte, voir, par exemple, M. DANI *et al.*, « It's the political economy : A moment of truth for the eurozone and the EU », *op. cit.*

³⁰ Par exemple : C. JOERGES et C. KREUDER-SONNEN, « European Studies and the European Crisis : Legal and Political Science between Critique and Complacency », *op. cit.*, p.122 et 125 et M. EVERSON et C. JOERGES, « Facticity as validity : the misplaced revolutionary praxis of European law » in E. CHRISTODOULIDIS *et al.* (dir.), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Edward Elgar 2019, p.407. Pour une discussion plus approfondie sur le prétendu fonctionnalisme du droit de l'UE, voir aussi, par exemple, A. SOMEK, « Europe : Political, Not Cosmopolitan », *European Law Journal*, 20(2), 2014, p.142, 143-4.

³¹ En théorie du droit, le « formalisme » est généralement opposé, et il communément attaqué, par le « réalisme juridique » (à la fois dans ses versions américaine et scandinave) qui remet en cause l'idée de l'autonomie du droit, ainsi que par le mouvement des *CLS* dans la mesure où ce dernier s'appuie sur l'héritage du réalisme juridique.

³² Par exemple : C. JOERGES et C. KREUDER-SONNEN, « European Studies and the European Crisis : Legal and Political Science between Critique and Complacency », *op. cit.*, p.122 et 129.

³³ Le lien dynamique entre les deux a sans doute façonné l'expérience européenne depuis le XVIII^e siècle, comme le note par exemple R. KOSELLECK, *Critique and Crisis : Enlightenment and the Pathogenesis of Modern Society*, MIT Press, 1988. Toutefois, dans l'analyse de Koselleck, c'est la critique qui est devenue le déclencheur de la crise, et non l'inverse.

³⁴ Pour une discussion selon différentes perspectives, voir, par exemple, M. EVERSON, « A Very Cosmopolitan Citizenship : But Who Pays the Price? » in M. DOUGAN *et al.* (dir.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Hart, 2012. ; A. SOMEK, « The Individualisation of Liberty : Europe's Move from Emancipation to Empowerment », *Transnational Legal Theory*, 4(2), 2013, p.258 ; G. DAVIES, « Social Legitimacy and Purposive Power : The End, the Means and the Consent of the

que le droit de la citoyenneté de l'UE est en grande partie basé sur une logique similaire d'interdiction des entraves et d'admission des justifications, il est également vulnérable à la critique selon laquelle il peut avoir des effets aliénants – en particulier du point de vue des ressortissants des États membres qui n'ont pas exercé leur droit à la libre circulation et qui ne sont pas des bénéficiaires directs des droits de la citoyenneté de l'UE. Contrairement à la critique du droit de crise de l'Union, ce type de critique dépeint généralement le pouvoir des juges européens comme trop indépendant, plutôt que comme trop obéissant. En tant que telle, la critique du droit européen de la libre circulation s'aligne sur l'opposition classique au paradigme de « l'intégration par le droit » et souligne la valeur de la politique et de la gouvernance démocratiques par rapport aux interventions juridiques non seulement au niveau des institutions de l'UE, mais aussi au sein des États membres³⁵.

Bien que peu de ces préoccupations soient tout à fait nouvelles, le cycle apparemment perpétuel des crises renforce la nécessité de repenser les fondements de l'intégration européenne, y compris le(s) rôle(s) que le droit peut et ne peut pas assumer dans l'UE. Dans ce contexte, le fait que la recherche critique ne dépasse pas les limites du débat traditionnel sur le « rôle du droit », est problématique. Comme nous le verrons dans la section suivante, cet état de fait lie inutilement le projet critique aux approches fonctionnaliste et instrumentale du droit, paradigmes que la critique cherche à attaquer. Une autre source de préoccupation, également abordée dans la section suivante, est la manière dont les études critiques sur le droit de l'UE utilisent la distinction analytique entre « validité » et « facticité » comme outil de critique³⁶. Cette question du potentiel critique de la « facticité », entendue ici comme le domaine des faits non normatifs et empiriquement observables, est un thème récurrent à la fois dans la théorie critique et dans cet article. Étant donné que nos perceptions de la réalité sont toujours indirectes, une distinction catégorique entre facticité et validité peut faire plus de mal que de bien à l'étude critique du droit de l'Union. Ceci implique que la relation entre une critique empirique et une critique normative du droit de l'UE doit être soigneusement repensée si l'on veut éviter ces problèmes³⁷.

En résumé, la critique du droit de crise de l'UE n'épuise pas l'ensemble de la recherche critique en droit européen. Mais les liens étroits entre la crise et la critique impliquent que les analyses récentes du droit de crise de l'UE offrent une étude de cas particulièrement éclairante sur les préoccupations générales qui motivent les interactions critiques en droit de l'UE. En effet, le fait que l'UE se soit tournée vers un droit de crise a accentué les préoccupations existantes concernant la légitimité du droit de l'UE. En outre, on peut supposer que bon nombre des griefs méthodologiques visibles dans les branches des études de droit de l'UE qui s'identifient explicitement comme critiques seront encore plus tenaces dans les études qui s'expriment moins

People » in D. KOCHENOV et al (dir.), *Europe's Justice Deficit ?, op. cit.*

³⁵ Voir, par exemple, A. SOMEK, « Europe : Political, Not Cosmopolitan », *op. cit.*, p.152 pour l'observation selon laquelle « le droit de l'Union, avec la Cour européenne de justice comme *bouche*, prétend posséder l'autorité indépendamment de sa provenance d'un quelconque *pouvoir constituant* national ou populaire ». Pour une discussion antérieure, voir également A. J. MENENDEZ, « The European Democratic Challenge : The Forging of a Supranational *Volonté Générale* », *European Law Journal*, 15(3), 2009, p.277.

³⁶ Dans la théorie critique, la tension entre « facticité » et « validité » est examinée en détail, par exemple, par Jürgen Habermas. Habermas définit la tension facticité-validité, entre autres, comme « le moment contrefactuel de l'idéalisation, qui dépasse toujours le donné ». En ce qui concerne le droit, cette tension se traduit par une distinction entre « les croyances rationnellement motivées » et « la force imposée des sanctions externes ». J. HABERMAS, *Between Facts and Norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, W. REHG (trad.), MIT Press, 1996, p.22 et 25-28.

³⁷ Pour plus d'informations à ce sujet, voir la section 3.B.

clairement sur leur engagement critique. Bien que les observations relatives à l'étude du droit de crise de l'Union ne puissent pas être généralisées aux autres branches des études de droit de l'UE sans un examen minutieux au cas par cas, elles indiquent toutefois qu'un effort de recherche reste à fournir dans ce domaine. La section suivante de cet article examine donc de plus près les raisons pour lesquelles le projet critique dans les études de droit de l'UE semble encore incomplet d'un point de vue méthodologique.

3. Critique [*critique*] vs. critique [*criticism*] : les insuffisances de la méthode critique en droit de l'UE

Bien qu'il ne soit pas toujours facile, ni d'ailleurs conseillé, d'isoler les approches traditionnelles et critiques l'une de l'autre, peu d'auteurs semblent être en désaccord sur le fait qu'une recherche à tendance critique puisse occuper une place légitime en droit de l'UE. L'affirmation selon laquelle la critique a une « valeur qui lui est propre » en est le reflet³⁸. Ce qui peut d'abord s'apparenter à un truisme sur la valeur de l'engagement critique des chercheurs soulève en réalité la question plus difficile de savoir dans quelles conditions la critique apportera quelque chose d'utile pour l'étude du droit de l'Union. Le fait de qualifier une recherche de critique ne signifie pas automatiquement qu'elle soit critique en aucun des sens distinctifs du terme sur un plan analytique. En outre, qualifier un travail de recherche de critique ne signifie pas qu'il ne soit pas normatif ou qu'il soit moins normatif que les formes apparemment non critiques de la recherche juridique. Ce qui distingue idéalement la recherche critique de la recherche non critique est la méthode critique. Cette enquête sur la méthodologie de la critique acquiert un poids supplémentaire en partant du principe que, en tant que discours de pouvoir potentiel³⁹, la critique joue un rôle dans le façonnement de la réalité sociale dans laquelle elle s'articule. Par conséquent, il est inquiétant que la recherche en droit de l'Union ne parvienne pas à articuler ce qu'implique l'engagement méthodologique de la critique. Cette section définira les paramètres de la discussion méthodologique qui suivra en décortiquant la relation, premièrement, entre la critique au sens négatif [*criticism*] et la critique au sens méthodologique [*critique*] et, deuxièmement, entre une critique normative et une critique non normative du droit de l'UE.

A. Qu'est-ce qui rend la critique du droit de l'UE critique ?

Une définition récente du « tournant critique » en droit de l'UE fait référence à « un courant de pensée de plus en plus répandu qui considère que le modèle d'intégration par le droit est un échec »⁴⁰. Il ne fait aucun doute que cette caractérisation est exacte sur un plan descriptif. La section précédente a démontré que, directement ou indirectement, les études critiques en droit de l'Union remettent en question le droit comme outil légitime et/ou efficace d'une intégration plus forte entre les États membres. Ce type de critique promet de sauver le droit d'un fonctionnalisme

³⁸ M. EVERSON et C. JOERGES, « Facticity as validity : the misplaced revolutionary praxis of European law », *op. cit.*, p.424.

³⁹ Les discours, y compris les discours savants, peuvent parfois (mais pas toujours) conférer du pouvoir. Par exemple : S. MILLER, « Foucault on Discourse and Power », *Theoria : A Journal of Social and Political Theory*, 76, 1990, p.115, 117 et 120-1.

⁴⁰ Editorial, « The Critical Turn in EU Legal Studies », *op. cit.*, p.883, et L. AZOULAI, « 'Integration through law' and us », *International Journal of Constitutional Law*, 14(2), 2016, p.449-463.

enrobé d'un idéalisme sans fondement. D'un point de vue plus positif, elle peut être considérée comme un premier pas vers la redéfinition du rôle du droit dans le projet européen⁴¹. L'accusation de fonctionnalisme est généralement liée à une conception instrumentale du droit dans l'ordre juridique de l'UE⁴². Comme indiqué dans la section 2, l'instrumentalisme se réfère à l'idée que le droit est justifié dans la mesure où il sert des objectifs politiques particuliers. L'« instrumentalisation du droit » peut également expliquer le manque général d'intérêt pour les questions méthodologiques en droit de l'UE⁴³. Toutefois, se concentrer sur les rôles que le droit ne peut pas et ne doit pas jouer dans le projet d'intégration signifie que la critique reste toujours définie par les paradigmes traditionnels de la théorie de l'intégration européenne. Même lorsque la recherche critique cherche à repenser les fondements du droit de l'Union (par exemple son fonctionnalisme et son instrumentalisme présumés), elle semble incapable d'opérer en dehors du cadre qui analyse le droit à travers ses effets.

Les difficultés à franchir les limites du discours fonctionnaliste ne créent pas seulement un paradoxe au cœur de la recherche critique sur le droit de l'Union, mais risquent également de laisser les interventions critiques insuffisamment développées, en l'absence de prise en compte des fondements méthodologiques de la critique. Une grande partie de la recherche critique sur le droit de l'Union opère au niveau de la théorie politique normative et de la philosophie du droit, avec peu ou pas de discussion sur les autres significations qui pourraient être attribuées à la critique. L'idée post-kantienne de la philosophie critique souhaitait séparer la critique des arguments purement justificatifs. En droit de l'UE, cependant, le besoin de critique est souvent expliqué par le manque perçu de « vision normative » et de « fondements théoriques » du droit de l'UE⁴⁴. Une partie importante des approches critiques du droit de l'Union consiste à comparer et évaluer les différentes théories normatives les unes par rapport aux autres sans se poser de questions. Mais un véritable « tournant critique » en droit de l'UE ne pourrait pas voir le jour sans un engagement plus volontaire et systématique avec la méthode critique. Autrement, le risque serait que la critique ne devienne simplement un outil pour défendre la théorie politique de l'UE et de ses États membres que préfère son auteur contre d'autres approches normatives et théoriques possibles, mais prétendument non critiques, de l'intégration européenne.

En outre, l'étude critique du droit de l'UE se présente souvent comme capable de mettre très directement au jour ses effets potentiellement néfastes. En tant que telle, elle semble impliquer qu'une critique se limitant purement à faire tomber les masques soit possible. Cette conception de la critique est discutable si l'on prend ne serait-ce qu'à moitié au sérieux l'argument selon lequel « [l]a critique est toujours motivée »⁴⁵. Il ne suffit pas d'affirmer que la critique est nécessaire afin de dévoiler la possible

⁴¹ Voir, par exemple, H-W. MICKLITZ, « A European Advantage in Legal Scholarship », in R. VAN GESTEL et al (dir.), *Rethinking Legal Scholarship : A Transatlantic Dialogue*, Cambridge University Press 2017, p.276, se demandant : « Comment le rôle du droit est-il en train de changer ? »

⁴² Mais même le projet initial « *Integration through Law* » revendiquait une propension « implicite » à explorer « le sens de l'intégration du droit plutôt que son contenu juridique instrumental ». J.H.H. WEILER, « Epilogue », in D. AUGENSTEIN (dir.), « *Integration Through Law* » Revisited : *The Making of the European Polity*, Ashgate, 2012, p.176.

⁴³ Sur ce point, voir, par exemple, R. VAN GESTEL et H-W. MICKLITZ, « Why Methods Matter in European Legal Scholarship », *European Law Journal*, 20(3), 2014, p.292 et 303-305.

⁴⁴ Par exemple : C. JOERGES et C. KREUDER-SONNEN, « European Studies and the European Crisis : Legal and Political Science between Critique and Complacency », *op. cit.*, p.134 et M. EVERSON et C. JOERGES, « Facticity as validity : the misplaced revolutionary praxis of European law », *op. cit.*, p. 408.

⁴⁵ Par exemple, D. KENNEDY, « The Critique of Rights in Critical Legal Studies », in W. BROWN et J. HALLEY (dir.), *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, 2002, p.178-228, 218.

idéologie du droit de l'UE. Au contraire, il est tout aussi important d'explorer les éléments potentiellement idéationnels, voire idéologiques, de la critique elle-même. L'idéologie s'entend classiquement comme un système d'idées, d'idéaux ou de croyances. Mais le terme « idéologie » est souvent connoté plus négativement pour décrire la façon dont les groupes sociaux dominants utilisent leurs idées particulières pour maintenir et justifier leur pouvoir sur les autres groupes sociaux. Le terme « idéationnel » peut être utilisé comme une alternative moins politiquement chargée qu'« idéologique ». Ces observations sur la critique démasquante s'appliquent également à la critique rejectionniste du droit de l'UE qui a renoncé à chercher une justification normative alternative à l'intégration juridique. Sonder les rationalisations sous-jacentes de la critique est néanmoins difficile sans une méthode critique plus développée. Ici, le problème n'est pas que la critique soit intrinsèquement normative (comme elle l'est souvent), mais que quand une réflexivité méthodologique adéquate lui fait défaut cette normativité soit cachée.

De ce point de vue, il semble problématique que le motif critique dans la recherche en droit de l'UE soit généralement assimilé à la substance de la recherche, c'est-à-dire à la question de savoir si un ouvrage donné adopte un point de vue négatif ou sceptique sur l'intégration juridique européenne. Ceci est illustré par la façon dont les termes « critique fondamentale » sont utilisés pour décrire la façon dont la critique est rejectionniste, c'est-à-dire la façon dont elle soutient sans compromis que le droit de l'UE a des effets néfastes, soit au niveau des institutions et de la gouvernance de l'UE, soit au sein des États membres⁴⁶. Si la critique substantielle a toute sa place dans l'étude du droit de l'UE, il serait insatisfaisant de considérer l'intérêt croissant pour la recherche critique comme une simple montée du scepticisme parmi les juristes de droit de l'UE. Ainsi, Geoffrey Samuel souligne que « la méthodologie et la source de la connaissance sont indissociables » et que « prendre les méthodes au sérieux, c'est prendre la connaissance (l'épistémologie) au sérieux »⁴⁷. Le terme « épistémologie » se réfère ici à ce que l'on peut savoir et pourquoi. Le fait que le lien entre la méthodologie et l'épistémologie n'ait pas reçu suffisamment d'attention en droit de l'UE signifie que la critique au sens méthodologique [*critique*] est souvent assimilée à la critique au sens négatif [*criticism*], sans que l'on se demande quels autres critères définissent une méthode critique sophistiquée. De plus, comme nous le verrons dans la prochaine sous-section, le recours à une recherche empirique, quantitative et qualitative, qui est supposée ne pas être normative, ne peut à lui seul combler les lacunes méthodologiques de la critique normative du droit de l'Union. La critique empirique, bien qu'importante, s'accompagne de son propre bagage d'hypothèses souvent implicites sur la réalité sociale.

⁴⁶ Par exemple, l'éditorial « The Critical Turn in EU Legal Studies », *op. cit.* p.883 et 886, définit la « critique fondamentale » de ce point de vue comme l'opinion selon laquelle « le droit de l'UE est ontologiquement condamné à produire des effets dé-régulateurs et dé-socialisants ». La distinction entre la critique « fondamentale » et la critique « instrumentale » provient de J.H.H. WEILER, « Epilogue », *op. cit.*, p.178. Weiler, lui aussi, décrit la « critique fondamentale » comme une « critique substantive, normative, de résultat », *Ibid.*

⁴⁷ G. SAMUEL, « Taking Methods Seriously (Part One) », *Journal of Comparative Law*, 2(1), 2007, p.94, 118. Pour une discussion plus approfondie sur les hypothèses épistémologiques, voir par exemple R. BANAKAR, *Normativity in Legal Sociology : Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, Springer, 2015, p.233-234.

B. La relation complexe entre une critique non normative et une critique normative du droit de l'UE

L'essor des méthodes de recherche empiriques dans l'étude du droit de l'Union est lié à des travaux antérieurs qui ont démontré que, dans le champs des études européennes, la recherche en science politique devait inclure dans son programme de recherche l'intégration juridique⁴⁸. Mais il est clair que l'analyse empirique du droit européen a également une valeur indépendante de la science politique. Les études en droit européen de l'environnement ont offert un premier exemple de la manière dont une perspective de sociologie critique a pu s'opposer aux récits et aux conceptions plus traditionnels du droit de l'Union⁴⁹. L'analyse sociologique a remis en question la vision dominante d'un droit « formel, relativement autonome et instrumental » en droit l'Union⁵⁰. Elle promettait en particulier de « distinguer plus clairement les questions relatives à la nature du droit et à son rôle dans l'intégration dans l'Union »⁵¹. Aujourd'hui, l'utilisation de méthodes de recherche de sociologie empirique et socio-juridiques s'est étendue au-delà de la réglementation environnementale pour gagner plusieurs autres domaines du droit de l'UE⁵². Alors qu'une critique sociologique peut avoir des implications significatives sur la manière dont l'intégration juridique est théorisée⁵³, la recherche socio-juridique sur le droit de l'Union s'appuie principalement sur des données primaires quantitatives ou qualitatives, plutôt que sur la théorie sociale⁵⁴. Parce que les dispositifs de recherche descriptifs tendent à laisser inexplorée la relation entre la critique normative et la critique non normative, le tournant méthodologique n'est pas complètement pleinement achevé pour les approches critiques en droit de l'Union.

Une critique non normative s'engage à décrire la réalité sociale sans faire de déclarations normatives ou évaluatives. L'histoire dite nouvelle ou critique du droit européen offre un exemple frappant de la manière dont la critique du droit de l'Union peut s'inspirer d'autres disciplines, tout en reflétant simultanément la relation difficile entre une critique non normative et une critique normative du droit de l'Union⁵⁵. L'étude historique des institutions et des pratiques juridiques

⁴⁸ Par exemple : K. ARMSTRONG et J. SHAW, « Integrating Law : An Introduction », *Journal of Common Market Studies*, 36(2), 1998, p.147, 147-8 et C. JOERGES, « 'Taking the Law Seriously' : On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration », *European Law Journal*, 2(2), 1996, p.105 et 107-108.

⁴⁹ Par exemple : B. LANGE, *Implementing EU Pollution Control : Law and Integration*, Cambridge University Press, 2008, p.56.

⁵⁰ *Ibid.* p.29 et 78. Ici, le problème perçu est que le droit est trop souvent compris comme une « variable indépendante, donnée à l'avance », ce qui signifie que l'analyse n'explore pas « la nature du droit », *ibid.* p.28 et 30.

⁵¹ *Ibid.* p.56.

⁵² Voir, par exemple, A. VAUCHEZ, « The map and the territory : Re-assessing EU law's embeddedness in European societies », *op. cit.*, p.135 sur la nécessité d'une « justification empirique » dans l'étude du droit de l'UE. Pour des exemples concrets, voir différents projets de recherche empirique quantitative et qualitative menés dans le domaine du droit européen par les membres du No-Les-Law (*Network of Legal Empirical Scholars*) <<https://noleslaw.net/>> consulté le 15 décembre 2021.

⁵³ B. LANGE, *Implementing EU Pollution Control : Law and Integration*, *op. cit.*, p.56, 95 et 102. Notons toutefois que la sociologie est également divisée en plusieurs sous-disciplines.

⁵⁴ Voir par exemple N. LACEY, « Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory », *op. cit.*, p. 132 et 138 pour l'observation selon laquelle « les études socio-juridiques ont été relativement "non théorisées" » et que « si les travaux socio-juridiques ont certainement alimenté une compréhension critique du droit, ils se sont souvent passés d'une réflexion sur leurs fondements socio-théoriques et sur leurs orientations éthiques ». Lacey souligne également dans ce contexte qu'une « compréhension de la théorie sociale devrait reconnaître « l'importance de la méthode critique » (*Ibid.*, 141).

⁵⁵ Par exemple : B. DAVIES et M. RASMUSSEN, « Towards a New History of European Law », *Contemporary*

applique les méthodes non normatives de l'analyse historique à l'étude du droit européen. Ici, la promesse est que l'étude des sources d'archives primaires « modifie de manière significative la compréhension conventionnelle de la dimension juridique de l'intégration européenne telle qu'elle se reflète dans le travail des juristes et des chercheurs en sciences sociales »⁵⁶. Pourtant, dans l'histoire critique, l'analyse prend souvent une tournure normative à la fin : ce qui distingue l'histoire critique des autres formes d'historiographie, c'est qu'elle va de l'analyse descriptive à l'analyse interprétative des résultats empiriques. Un exemple en est donné lorsque l'histoire du droit européen est abordée sous l'angle de la « judiciarisation »⁵⁷. Dès que l'accent critique passe de la description des sources d'archives à leur analyse normative-interprétative, les questions relatives à la méthode critique qui ont été mentionnées refont surface. Pour cette raison, l'histoire critique du droit de l'Union devrait prêter attention aux discussions en cours sur les limites de l'histoire en tant qu'outil de critique en droit international⁵⁸.

Ces observations sur les critiques sociologiques et historiques du droit de l'Union expliquent pourquoi l'utilisation de méthodes de recherche empiriques ne peut pas remplacer la recherche d'une méthode critique plus développée dans l'étude du droit de l'Union. En effet, l'idée d'une critique purement descriptive et non normative est un oxymore. Lorsque les résultats de la recherche empirique sont utilisés pour faire avancer le projet critique, le critique est confronté à un ensemble de questions méthodologiques qui ne sont pas si différentes des défis méthodologiques et épistémologiques qui cherchent à déjouer la critique purement démasquante du droit de l'Union. Il a été noté que la recherche socio-juridique manque souvent « d'une approche sophistiquée de la complexité des interactions entre les pratiques juridiques et extra-juridiques »⁵⁹. L'absence d'analyse socio-théorique est particulièrement problématique pour la recherche sur le droit de l'Union car la relation entre ce droit et ses contextes sociaux, politiques et économiques est censée avoir un poids explicatif important dans sa critique. Dans le cas où ces relations restent sous-théorisées, la crédibilité de la recherche critique sur le droit de l'Union s'en trouve affaiblie.

Les limites que rencontrent les recherches empiriques non normatives nous ramènent à la question de l'interaction entre la « facticité » et la « validité » dans la critique du droit de l'UE⁶⁰. Lorsque les approches critiques du droit de l'UE opposent le droit aux faits politiques, économiques ou sociaux, elles s'appuient souvent sur ce qui est considéré comme la tension « externe » entre la facticité et la validité dans la présentation habermassienne du droit moderne⁶¹. Les analyses non normatives du

European History, 21(3), 2012, p.305, 309 et P. LINDSETH, « The Critical Promise of the New History of European Law », *Contemporary European History*, 21(3), 2012, p.457.

⁵⁶ B. DAVIES et M. RASMUSSEN, « Towards a New History of European Law », *op. cit.*, p. 310.

⁵⁷ *Ibid.*, p.309. Pour plus d'informations sur la judiciarisation, voir par exemple A. VAUCHEZ, « The transnational politics of judicialization. *Van Gend en Loos* and the making of EU polity », *European Law Journal*, 16(1), 2010, p.1 et « EU Law Classics in the Making » in F. NICOLA and B. DAVIES (dir.), *EU Law Stories : Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2017.

⁵⁸ Voir, par exemple, A. ORFORD, « International Law and the Limits of History » in W. WERNER *et al.* (dir.), *The Law of International Lawyers: Reading Martti Koskenniemi*, Cambridge University Press, 2017.

⁵⁹ N. LACEY, « Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory », *op. cit.*, p.138. Toutefois, pour un point de vue moins pessimiste, voir, par exemple, R. BANAKAR, *Normativity in Legal Sociology : Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, *op. cit.*, p.233.

⁶⁰ Dans la théorie critique, le terme « validité » ne se limite pas à la validité juridique formelle, les revendications de validité, au sens large, sont des revendications de rationalité. La revendication de validité juridique n'est qu'un exemple de revendication de validité.

⁶¹ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, *op. cit.*, p.33.

droit de l'UE vont plus loin et exposent ce que Habermas appelle la tension « interne » entre la facticité et la validité du droit : « la facticité de l'*application* du droit est imbriquée avec la légitimité d'une *genèse* du droit qui prétend être rationnelle »⁶². Pour Habermas, cependant, la tension interne entre facticité et validité ne se limite pas au droit, l'élément idéationnel de la validité trouve son origine dans les formes de langage et de communication⁶³. En d'autres termes, les prétentions à la validité, comprises comme la rationalité, font partie intégrante de toutes les relations sociales (pas seulement des relations juridiques) qui sont elles-mêmes basées sur l'interaction linguistique. Ce bref aperçu de la pensée de Habermas renforce l'argument selon lequel, aux fins de l'étude du droit de l'UE, la méthode critique ne peut être purement descriptive et que la question cruciale est de savoir comment les spécialistes du droit de l'UE naviguent dans cet enchevêtrement entre facticité et validité, non seulement en droit, mais aussi dans la critique.

En résumé, la croissance visible de la recherche critique ne s'accompagne pas encore d'une méthodologie critique suffisamment développée dans l'étude du droit de l'Union. La critique *révisionniste*, qui appelle à une vision normative-théorique renouvelée du droit de l'Union, gagnerait à envisager la facticité du droit lui-même, c'est-à-dire les façons dont le monde des faits sociaux, politiques et économiques n'est pas extérieur au droit. La critique plus *rejetionniste* du droit de l'Union européenne, pour sa part, ne peut pas se cacher derrière le voile de la facticité mais devrait se confronter à la dimension normative-idéationnelle du projet critique lui-même. Ces points aveugles dans les différents types d'interventions critiques passent inaperçus dans la mesure où l'accent mis sur la critique substantielle éclipse les choix méthodologiques et épistémologiques qui façonnent la critique dès le départ. Les ouvertures méthodologiques pertinentes, telles que l'histoire critique ou la sociologie critique, soulèvent des questions importantes sur la manière dont le droit de l'Union est étudié. Comme ces approches tendent à rester confinées à des sous-domaines spécifiques du droit de l'Union, leur contribution à un débat plus large sur la méthodologie de la critique en droit de l'UE n'est pas encore pleinement visible. De plus, le potentiel critique de la recherche socio-juridique empirique sur le droit de l'Union est entravé par un manque d'engagement avec la théorie sociale. En gardant ces préoccupations à l'esprit, la section suivante examinera les leçons méthodologiques que la critique *normative* du droit de l'Union pourrait tirer de la théorie sociale critique.

4. Renforcer la méthode critique en droit de l'UE : le point de vue de la théorie sociale critique

Les travaux socio-juridiques de nature théorique sont encore sous-représentés en droit de l'UE, ce qui est particulièrement problématique pour l'étude critique du droit européen. La théorie sociale est un domaine d'étude vaste et diversifié, tout comme la théorie critique, qui en est l'une des branches. La théorie sociale étudie la nature de la société en combinant une analyse théorique et empirique des conditions sociales. Elle peut se définir comme une « théorie systématique, historiquement informée et empiriquement orientée, cherchant à expliquer la nature du "social" »⁶⁴. Le social,

⁶² *Ibid.*, p.28. Pour Habermas, la légitimité n'est qu'un aspect de la validité juridique, *ibid.*, p.28-31 et 38-9.

⁶³ *Ibid.* p.34, où Habermas note que « la facticité des signes et expressions linguistiques en tant qu'événements dans le monde est intérieurement liée aux moments idéaux de signification et de validité ». Pour en savoir plus sur « ces idéalizations qui habitent le langage lui-même », voir *ibid.* p.17 et p. 13-16.

⁶⁴ R. COTTERRELL, *Law, Culture and Society : Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Routledge, 2006, p.15.

pour sa part, s'entend comme « l'ensemble des formes récurrentes, ou des caractéristiques typiques, que prennent les interactions et les relations interpersonnelles »⁶⁵. Les questions posées par la théorie sociale deviennent pertinentes du point de vue du droit de l'UE dès lors que nous acceptons l'affirmation selon laquelle « le droit présuppose une conception du social »⁶⁶. Bien que les analyses sociologiques ne puissent pas rendre compte de la normativité « interne » du droit, elles jouent un rôle important en clarifiant la manière dont cette normativité est générée et maintenue à différents moments et dans différents lieux⁶⁷. Le caractère social du droit renvoie ici à la manière dont les « contextes socio-historiques du droit et d'autres institutions » produisent un contenu normatif⁶⁸. La théorie sociale permet d'examiner cette question dans le cadre de l'étude du droit de l'UE. Elle met également en évidence la complexité de cette tâche, car la réalité sociale n'est ni déjà donnée ni purement matérielle, elle est façonnée par un réseau complexe de rationalisations sociales.

La section précédente a démontré comment le manque d'engagement méthodologique adéquat véhicule une présomption problématique de neutralité et d'objectivité, c'est-à-dire de « facticité », dans le projet critique du droit de l'UE. Cette accusation a été portée à la fois contre les formes théoriques et empiriques de la critique démasquante. Pour sortir de cette impasse, cette section se demandera comment la théorie sociale critique peut enrichir la méthodologie de la critique en droit de l'Union. Cela conduira tout d'abord à expliquer brièvement comment concevoir la théorie sociale critique comme une méthode critique, plutôt que comme une théorie générale et substantielle de la société. Cela conduira ensuite à introduire la méthode dialectique de la critique, telle qu'elle se dégage de la théorie critique de la société. La question centrale de cette section est celle de comprendre ce que ces perspectives méthodologiques peuvent apporter à l'étude critique du droit de l'Union. Deux exemples seront pris pour montrer comment un mode de critique plus dialectique peut éclairer les rationalisations sociales sous-jacentes de la critique : la critique de l'aliénation et la critique de l'idéologie. Le lecteur dédaignant tout ce qui ressemble à une théorie abstraite pourrait souhaiter sauter la section 4.B. Cela laisserait toutefois l'esquisse de la théorie critique dialectique incomplète

A. La théorie sociale critique en tant que méthode

Cet article considère la théorie critique de la société comme une méthode, plutôt que comme une théorie générale de la société. Cette qualification est importante car elle nous permet de nous inspirer de la théorie sociale critique, sans succomber à ses affirmations les plus problématiques sur la société et la rationalité sociale. Dès l'origine, une préoccupation centrale de la théorie critique était l'élaboration d'une théorie empiriquement et philosophiquement fondée⁶⁹. Les principaux axes de la critique

Cotterrell décrit comment « les analyses philosophiques, les réflexions sur l'expérience historique et les observations empiriques systématiques des conditions sociales peuvent être combinées pour expliquer la nature de la société », *ibid.*, p.17.

⁶⁵ *Ibid.*, p.15.

⁶⁶ *Ibid.*, p.20.

⁶⁷ Par exemple, Banakar observe que « l'analyse sociologique ne peut pas déterrer la réalité interne de la normativité du droit, mais elle peut analyser et expliquer comment les diverses expressions de son "être" sont générées discursivement et produites et reproduites au fil du temps ». R. BANAKAR, *Normativity in Legal Sociology : Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, *op. cit.*, p.236.

⁶⁸ *Ibid.*, p.235.

⁶⁹ A. HONNETH, « Théorie critique » in A. HONNETH, *Le monde fragmenté du social : Essais de philosophie*

sociale étaient l'économie politique, la psychologie sociale et la théorie culturelle. Le programme de recherche interdisciplinaire de la première théorie critique de l'École de Francfort soutenait que la réflexion philosophique ne pouvait pas être dissociée de la réalité sociale, bien qu'elle ne puisse pas non plus être réduite à une simple description de la réalité sociale⁷⁰. Cette approche a débouché sur une critique du positivisme dans les sciences sociales⁷¹, et sur une critique tout aussi forte de l'idéalisme⁷² en philosophie⁷³. Ce type de critique sociale nécessitait un point de départ « philosophico-historique » permettant de situer la théorie dans le « processus historique »⁷⁴. Aux prémices de la théorie critique, il s'agissait d'un récit matérialiste (marxiste) de l'histoire, par opposition à la théorie idéaliste (hégélienne) de l'histoire. Les différentes branches de la théorie critique avaient pour point commun de considérer le capitalisme tardif comme l'expression d'une rationalité sociale déformée⁷⁵.

Une théorie strictement matérialiste de la société s'accompagnait d'un ensemble d'hypothèses philosophiques et historiques réductrices. Tout d'abord, la première théorie critique a généré un « fonctionnalisme fermé » dans l'analyse sociale et a obscurci la démarcation entre l'analyse descriptive et l'analyse prescriptive⁷⁶. Axel Honneth affirme par exemple en ce sens que « les hypothèses historico-philosophiques et sociologiques de base de l'École de Francfort ne peuvent plus être défendues »⁷⁷. Ensuite, la première théorie critique n'a pas abordé les questions relatives au genre et à la race. Comme le note Honneth, il est important de reconnaître le legs méthodologique unique de la théorie critique, tout en gardant une certaine distance par rapport à ses affirmations plus problématiques sur la rationalité sociale⁷⁸. Ce n'est en effet pas le matérialisme réductionniste de la première théorie critique, mais sa compréhension de la méthode critique, qui peut contribuer à l'étude du droit de l'UE. Cela ne veut pas dire que l'analyse du droit européen ne peut pas bénéficier des théories matérialistes de la société, comme le montrent les travaux récents sur la « constitution

sociale et politique, CW. WRIGHT (ed.), State University of New York Press, 1995, p.62.

⁷⁰ Par exemple : P. GORDON, *Adorno and Existence*, Harvard University Press, 2016, p.4-5.

⁷¹ Comme expliqué dans la section 1 (notamment à la note de bas de page 9), l'utilisation du terme « positivisme » en philosophie diffère de la manière dont il est utilisé en science juridique

⁷² En philosophie, l'idéalisme fait référence aux approches qui considèrent la réalité, ou la représentation de la réalité, comme une construction de la perception humaine, ce qui signifie que la réalité est indiscernable des idées/concepts. Pour différentes versions de l'idéalisme, voir par exemple l'idéalisme transcendantal de Kant et l'idéalisme absolu de Hegel. Le point de vue idéaliste est remis en question tant par le matérialisme que par le réalisme philosophique. Pour un aperçu accessible de l'idéalisme philosophique, voir <<https://www.britannica.com/topic/idealism>> consulté le 15 décembre 2021.

⁷³ Par exemple : A. HONNETH, « Théorie critique », *op. cit.*, p.64 ; A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.31-33 ; P. GORDON, *Adorno and Existence*, *op. cit.*, p.46.

⁷⁴ A. HONNETH, « Théorie critique », *op. cit.*, p.65.

⁷⁵ L'École historique de Francfort a lié « le cadre institutionnel de l'injustice » à un « type particulier de société ». A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.20-21 et 29-30.

⁷⁶ A. HONNETH, « Théorie critique », *op. cit.*, p.69-70 et A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.29 et 21. Honneth reproche en particulier à ces approches d'ignorer les dimensions non systémiques de l'action sociale. A. HONNETH, « Théorie critique », *op. cit.*, p.70-71. Pour une discussion plus approfondie sur le réductionnisme philosophico-historique et le fonctionnalisme dans la théorie sociale critique, voir également *ibid.* p.71-6.

⁷⁷ A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.45. De même, A. HONNETH, « Théorie critique », *op. cit.*, p.62 : « [c]e n'est qu'en étant conscient de toutes ses lacunes que l'on peut aujourd'hui poursuivre productivement la tradition théorique initiée par Horkheimer ».

⁷⁸ A. HONNETH, « Théorie critique », *op. cit.*, p.62.

matérielle », dans l'UE⁷⁹ et au-delà⁸⁰. Mais ni l'analyse matérielle ni l'analyse idéationnelle de la réalité sociale ne sont suffisantes à elles seules, car il existe une interaction constante (et une dépendance mutuelle) entre les deux.

Le rôle central des questions méthodologiques dans la théorie sociale critique est illustré par l'affirmation suivante : « La théorie critique n'est pas une patrie, mais une méthode. C'est une stratégie de réflexion qui vise à troubler toutes les formes de *cathexis* [investissement émotionnel] – même la cathexis avec la théorie critique elle-même »⁸¹. Il ne s'agit pas de dire que la critique sociale serait non normative – bien au contraire, elle est ouvertement normative. La différence majeure par rapport à la critique juridico-normative du droit de l'UE est que, dans sa normativité, la théorie sociale critique semble plus réflexive et, par conséquent, plus aboutie sur le plan méthodologique que les travaux critiques en droit de l'Union. La partie suivante de cette section clarifiera ce point en explorant plus en détail certains engagements méthodologiques au sein de la théorie critique de la société : la coexistence de la méta-critique et de l'immanence de la critique, le rôle de la médiation et de la contingence dans la critique sociale et la négativité de la méthode de dialectique critique. La question cruciale de cet article est de savoir comment la critique dialectique peut renforcer la méthode critique dans l'étude du droit européen. La suite de cette section abordera cette question en mettant l'accent sur la critique de l'aliénation et la critique de l'idéologie comme deux exemples provisoires de la manière dont la critique du droit de l'Union peut s'appuyer sur les directives méthodologiques de la théorie critique.

B. Réassembler la méthode critique pour le droit de l'UE : les quatre composantes de la dialectique critique

Qu'est-ce qui différencie méthodologiquement la théorie critique de la société des autres branches de la théorie sociale ? Et dans quel sens la théorie sociale critique peut-elle orienter la critique du droit de l'UE ? La méthode dialectique de la critique est fondée sur « la détermination permanente de la relation, de l'opposition et de la connexion nécessaire »⁸². Elle sera introduite en expliquant pourquoi l'engagement en faveur de la métacritique, de l'immanence, de la contingence et de la négativité de la critique sont si importantes pour la théorie critique et la façon dont ces dispositions méthodologiques encadrent la relation entre la théorie et la pratique. Mais avant d'examiner de plus près la méthodologie de la dialectique critique, il est important de rappeler que la théorie critique est particulièrement intéressée et particulièrement attentive aux interactions entre les idées et la matérialité. En fin de compte, la méthode dialectique de critique nous aide à discerner comment les rationalisations sociales sont toujours ancrées dans des réalités sociales particulières – et vice versa. Ce constat est important car il a des implications directes sur le type de validité que la critique peut revendiquer. La méthode dialectique de critique remet en cause tant les versions théoriques qu'empiriques de la critique purement démasquante du droit de l'Union. Il

⁷⁹ Pour une application dans le contexte de l'UE, voir, par exemple, M. GOLDONI et M.A. WILKINSON, « The Material Constitution », *Modern Law Review*, 81(4), 2018, p.567 et M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford University Press, 2021, p.10-13, ainsi que la discussion qui s'ensuit tout au long de l'ouvrage.

⁸⁰ Pour une application récente en dehors du contexte de l'UE, voir par exemple, C. VERGARA, *Systemic Corruption : Constitutional Ideas for an Anti-Oligarchic Republic*, Princeton University Press, 2020, p.102-120.

⁸¹ P. GORDON, *Adorno and Existence*, *op. cit.*, p. xii.

⁸² K. NG, « Ideology Critique from Hegel and Marx to Critical Theory », *Constellations*, 22(3), 2015, p.393, 396. Le recours à la dialectique signale également « l'importance continue du concept de raison pour la théorie sociale critique », *ibid.*, p.396.

en résulte que la critique du droit de l'UE devra reconsidérer ses prétentions à la validité si elle s'efforce d'adopter un mode de critique plus dialectique.

Le premier élément clé de la dialectique critique est qu'une critique méthodologiquement robuste nécessite une *métacritique*. L'objectif de la métacritique est de « développer un examen autoréflexif [...] des conditions de possibilité d'une enquête critique »⁸³. Ce type d'autoréflexivité critique n'est pour l'heure pas très présent dans les approches critiques du droit de l'Union⁸⁴. C'est un problème dans la mesure où l'absence d'une métacritique peut facilement produire la représentation trompeuse d'une critique purement démasquante, qui demeure inconsciente des fondements épistémologiques et idéationnels de la critique. La métacritique repose sur l'idée que « toute épistémologie est déterminée par un engagement normatif sur la façon dont le monde devrait être »⁸⁵. L'exercice de la métacritique cherche à clarifier cet « engagement normatif » sous-jacent et « son enchevêtrement avec une multitude de conditions sociales qui resteraient autrement obscures »⁸⁶. Il est important d'intégrer une perspective métacritique dans la critique du droit l'UE. Néanmoins, dans la théorie critique, l'argument en faveur de la métacritique s'accompagne d'une réserve supplémentaire : la métacritique n'est pas universellement applicable, elle nécessite une certaine conception de la rationalité sociale. La théorie critique lie donc la possibilité d'une métacritique significative à l'immanence de la critique.

Le deuxième élément clé de la dialectique critique est l'*immanence de la critique*. La notion de critique immanente fait dériver les normes encadrant la critique des pratiques sociales qui sont critiquées⁸⁷. Ces normes sont en d'autres termes considérées comme internes à l'objet de la critique. Une métacritique consciente de son immanence doit se demander si la critique nécessite toujours une identification préalable avec l'« horizon de valeur existant »⁸⁸. Que la question de l'immanence de la critique n'ait pas été abordée dans l'étude critique du droit de l'UE se trouve dans un frappant contraste avec la méthode critique de la théorie sociale⁸⁹. Il s'agit clairement d'un domaine où la théorie critique peut montrer la voie aux juristes de droit de l'Union européenne – bien qu'elle n'offre pas de réponses faciles dans ce contexte. L'immanence de la critique n'exclut pas automatiquement les revendications de validité « transcendant le contexte ». Dans la théorie critique, la locution « transcendance du contexte » fait référence aux propositions normatives qui « sont à la fois immanentes au contexte socioculturel en question et le transcendent »⁹⁰. Mais le recours à des

⁸³ P. GORDON, *Adorno and Existence*, op. cit., p.62.

⁸⁴ Par exemple, il n'y a pas beaucoup de discussions disponibles sur les engagements épistémologiques de la critique du droit de l'UE.

⁸⁵ B. O'CONNOR, *Adorno's Negative Dialectic: Philosophy and the Possibility of Critical Rationality*, MIT Press, 2004, p.1.

⁸⁶ P. GORDON, *Adorno and Existence*, op. cit., p.62. Gordon observe également que, par le biais de la métacritique, « une philosophie donnée est montrée comme ayant des accointances cachées avec les conditions sociales et matérielles », *ibid.*, p.80-81.

⁸⁷ Par exemple : R.J. ANTONIO, « Immanent Critique as the Core of Critical Theory : Its Origins and Development in Hegel, Marx and Contemporary Thought », *British Journal of Sociology*, 32(3), 1981, p.330, 338 propose la définition suivante : « La critique immanente attaque la réalité sociale de son propre point de vue, mais critique en même temps ce point de vue dans la perspective de son contexte historique ».

⁸⁸ A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, op. cit., p.48 (et 34, 44 et 50). Dans la pratique, l'exercice de la métacritique comprend l'examen de ce qui valide les idéaux normatifs de « sa propre culture », *ibid.*, p.50.

⁸⁹ Pour une référence à la critique immanente dans l'étude du droit de l'UE, voir F. DE WITTE, « Interdependence and Contestation in European Integration », *European Papers*, 3, 2018, p.475, 497.

⁹⁰ M. COOKE, *Re-Presenting the Good Society*, MIT Press, 2006, p.15. En d'autres termes, le terme « transcendant le contexte » fait référence à « une validité qui va au-delà des attributions de sens et de

affirmations transcendant le contexte est à l'origine d'un difficile problème de justification qui se trouve au cœur même de la théorie critique⁹¹. La théorie critique n'a pas toujours réussi à résoudre ce problème de justification, bien que relier un projet critique immanent à un concept de rationalité transcendant le contexte soit ce qui la distingue des autres formes de critique sociale⁹².

Une solution possible consiste à transformer la métacritique en une *critique généalogique* qui explore la manière dont les concepts normatifs évoluent au fil du temps et comment ces « changements de signification » affectent les différents groupes sociaux⁹³. Dans le contexte de l'intégration européenne, une critique généalogique peut ainsi explorer, par exemple, comment les concepts de démocratie, d'égalité ou de constitution ont évolué au cours du projet d'intégration et quelles sont les implications de ces changements du point de vue de divers groupes sociaux. Les différents héritiers de la théorie critique s'accordent sur le fait que la réalité sociale est contingente, tout comme les concepts qui décrivent cette réalité⁹⁴. Il s'agit là d'un autre domaine pour lequel les approches critiques en droit de l'UE peuvent trouver une inspiration utile dans la théorie sociale critique. La première distinction établie par Max Horkheimer entre la théorie traditionnelle et la théorie critique repose sur l'affirmation selon laquelle « les faits que nos sens nous présentent sont socialement préformés »⁹⁵. T. W. Adorno, autre figure clé de la première théorie critique, affirmait qu'« il n'y a rien qui ne soit pas transmis »⁹⁶. Ce postulat sur la nature médiante (ou « transmise ») de la réalité sociale est important d'un point de vue méthodologique, car il souligne que la critique reste insignifiante si elle ne tient pas compte de son enracinement social⁹⁷. De ce point de vue, la *critique normative* du droit de l'UE doit articuler et défendre plus explicitement les rationalisations sociales qui lui sont sous-jacentes.

valeur dans un contexte socioculturel historiquement spécifique ». M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *Constellations*, 13, 2006, p.4, 6.

⁹¹ M. COOKE, *Re-Presenting the Good Society*, *op. cit.*, p.4, observe que « le dilemme justificatif auquel sont confrontées les théories critiques contemporaines est de savoir comment maintenir l'idée d'une validité éthique transcendant le contexte sans violer leurs propres élans antiautoritaires ».

⁹² A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.51. Honneth souligne comment la théorie critique de l'École de Francfort « utilise un concept de raison qui peut justifier la validité normative d'idéaux dégagés de manière immanente » (ibid. 50).

⁹³ Par exemple, Foucault parle d'une « critique » qui est « généalogique en ce sens qu'[...] elle dégagera de la contingence qui nous a fait être ce que nous sommes la possibilité de ne plus être, faire ou penser ce que nous sommes, faisons ou pensons ». M. FOUCAULT, « Qu'est-ce que les Lumières ? » in *Dits et Ecrits*, tome IV, 1984, p. 562-578. Disponible à l'adresse suivante : <https://foucault.info/documents/foucault.questcequeLesLumieres.fr/> Pour plus de détails sur la critique généalogique, voir, par exemple, A. ALLEN, *The Politics of Our Selves : Power, Autonomy, and Gender in Contemporary Critical Theory*, Columbia University Press, 2007, p.25 et A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.48 et 52-3.

⁹⁴ Par exemple : E. CHRISTODOULIDIS, « Critical theory and the law : reflections on origins, trajectories and conjunctures » in E. CHRISTODOULIDIS *et al.* (dir.), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Edward Elgar, 2019, p.6, sur la façon dont « la théorie critique renégocie la frontière entre la contingence et la nécessité ».

⁹⁵ M. HORKHEIMER, « Traditional and Critical Theory » in M. HORKHEIMER, *Critical Theory Selected Essays*, M. O'CONNELL *et al.* (trad.), Continuum, réimpression, 2002, p.188-243, 200. Pour une discussion, voir, par exemple, E. CHRISTODOULIDIS, « Critical theory and the law : reflections on origins, trajectories and conjunctures », *op. cit.*, p.17.

⁹⁶ T. W. ADORNO, *Negative Dialectics*, E. ASHTON (trad.), Continuum, 1973, p.171. Pour plus de détails, voir, par exemple, B. O'CONNOR, « Adorno and the Problem of Givenness », *Revue Internationale de Philosophie*, 2004, p.85, 92-3, et P. GORDON, *Adorno and Existence*, *op. cit.*, p.73 et 76.

⁹⁷ Cette prémisse sur la nature médiante (ou « transmise ») de la réalité sociale remet en question à la fois le « sociologisme brut » et la « transcendance philosophique » dans la critique sociale. P. GORDON, *Adorno and Existence*, *op. cit.*, p.63.

Le troisième élément clé de la dialectique critique est donc le *principe de médiation* et l'*affirmation de contingence* qui lui est lié. Dans la mesure où toutes les « significations sont médiatisées », l'analyse sociale implique nécessairement une « interprétation » plutôt qu'une « réception passive »⁹⁸. Une préoccupation majeure, tant dans les analyses *révisionnistes* que *rejectionnistes* du droit européen de crise, est que le droit est devenu un outil au service de la nécessité politique. Cette préoccupation fait référence à la manière dont la forme juridique est utilisée pour légitimer et justifier les diverses stratégies de gestion des crises externes et internes de l'UE. Lorsque les approches critiques soulignent la « mort du droit dans la facticité »⁹⁹, elles recourent à un vocabulaire familier de la théorie sociale critique. Dans la théorie critique, cependant, le principe de médiation problématise également l'idée même de « facticité »¹⁰⁰ ou de « donné »¹⁰¹. Dans la pensée d'Adorno, le fait de mettre l'accent critique sur la réalité non conceptuelle aboutit au matérialisme, compris comme la « primauté » de l'objet sur la raison subjective¹⁰². Dans le même temps, le rôle central que joue la médiation dans la critique sociale a aidé Adorno à éviter un « réalisme naïf »¹⁰³ et à maintenir la possibilité d'un sujet critique¹⁰⁴. En d'autres termes, la nature médiante du social appelle une analyse critique de la facticité elle-même – par opposition à l'utilisation de la facticité comme un prisme critique auto-explicatif.

Par exemple, Brian O'Connor observe qu'« Adorno considère la notion de donné "social" comme tout à fait suspecte »¹⁰⁵. Pour Adorno, le principe de médiation exprime une relation réciproque entre le sujet (c'est-à-dire le critique) et l'objet (c'est-à-dire la réalité)¹⁰⁶. En même temps, l'« altérité » de l'objet (c'est-à-dire sa facticité) s'oppose à toute vision totalisante du raisonnement conceptuel sur l'objet¹⁰⁷. La manière dont Adorno a remis en question l'unité de la raison subjective/conceptuelle et de la réalité objective fournit un exemple de la manière dont la médiation opère en

⁹⁸ B. O'CONNOR, « Adorno and the Problem of Givenness », *op. cit.*, p.92-3.

⁹⁹ M. EVERSON et C. JOERGES, « Facticity as validity : the misplaced revolutionary praxis of European law », *op. cit.*, p.419. Cependant, il convient de comparer cette affirmation à celle de C. JOERGES et C. KREUDER-SONNEN, « European Studies and the European Crisis : Legal and Political Science between Critique and Complacency », *op. cit.*, p.126, que « la science politique guidée par la théorie gagnerait à prendre en compte la "facticité" des préoccupations normatives ».

¹⁰⁰ P. GORDON, *Adorno and Existence*, *op. cit.*, p.76 note que « [l]e terme "facticité" lui-même est particulièrement révélateur ».

¹⁰¹ Par exemple, B. O'CONNOR, « Adorno and the Problem of Givenness », *op. cit.*, p.92.

¹⁰² T. W. ADORNO, *Negative Dialectics*, *op. cit.*, p.183-97. Pour une discussion, voir par exemple P. GORDON, *Adorno and Existence*, *op. cit.*, p.155 et 156, et B. O'CONNOR, *Adorno's Negative Dialectic : Philosophy and the Possibility of Critical Rationality*, *op. cit.*, p. 45-46.

¹⁰³ *Ibid.*, p.50-51.

¹⁰⁴ T. W. ADORNO, *Negative Dialectics*, *op. cit.*, p.170-171 : « Pour donner à l'objet ce qui lui revient au lieu de se contenter de la fausse copie, le sujet devrait résister à la valeur moyenne de cette objectivité et se libérer en tant que sujet ». Cela montre que, malgré sa priorité, l'objet est « médiatisé par la subjectivité à divers moments de son histoire ». B. O'CONNOR, « Adorno and the Problem of Givenness », *op. cit.*, p.86-87.

¹⁰⁵ B. O'CONNOR, « Adorno and the Problem of Givenness », *op. cit.*, p.91-92. Pour une discussion sur ce que même Adorno a dû considérer comme « donné », voir, par exemple, A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*

¹⁰⁶ T. W. ADORNO, *Negative Dialectics*, *op. cit.*, p.171 sur la façon dont « [l]es mécanismes subjectifs de la médiation servent à allonger les mécanismes objectifs auxquels chaque individu est confronté ». Pour une discussion, voir, par exemple, B. O'CONNOR, *Adorno's Negative Dialectic : Philosophy and the Possibility of Critical Rationality*, *op. cit.*, p.48, et A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.79-82.

¹⁰⁷ A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.77, et B. O'CONNOR, « Adorno and the Problem of Givenness », *op. cit.*, p.90.

tant qu'outil méthodologique dans la critique sociale¹⁰⁸. Cela renforce l'affirmation selon laquelle les lacunes méthodologiques des approches critiques en droit de l'UE ne peuvent pas être comblées par une critique descriptive, supposément non normative (par exemple, la sociologie et l'histoire), parce que la manière dont les faits et les pratiques sociales sont conçus dépend toujours des hypothèses théoriques et épistémologiques qui sous-tendent de telles études. Pour faire face à ce défi, la *critique non normative* du droit de l'UE se doit également d'articuler et de défendre plus explicitement les rationalisations sociales qui lui sont sous-jacentes.

La quatrième composante clé de la dialectique critique est sa *négativité*. La négativité de la dialectique critique cherche à « identifier les distorsions, les inversions, les pathologies, les illusions, les paradoxes, les contradictions et les crises »¹⁰⁹. La dialectique négative a l'espoir d'éviter une « théorisation essentialiste »¹¹⁰. Pour ce faire, elle affirme que les concepts négatifs ne nécessitent pas de versions « pures » ou « positives » de ces mêmes concepts¹¹¹. Le terme « essentialisme » fait référence à un mode de pensée qui réifie les identités sociales (par exemple la nationalité ou le sexe) comme des caractéristiques essentielles des personnes qui appartiennent à ces groupes. Contrairement au « dépassement dialectique de la différence » de Hegel, la dialectique négative vise à « soutenir la différence et la négativité plutôt que de chercher à les réconcilier prématurément »¹¹². L'important dans la perspective de cet article reste que la négativité dans la théorie sociale critique est d'abord et avant tout un point de vue méthodologique – bien qu'elle soit souvent mal comprise comme une disposition substantielle¹¹³. Dans le champ du droit de l'Union européenne, la distinction entre les négativisme substantiel et méthodologique devient floue lorsque l'engagement méthodologique de la critique est confondu avec la critique substantielle. Ceci est problématique parce que la critique substantive opère souvent d'une manière qui serait étiquetée comme idéologique par la théorie sociale critique¹¹⁴. Ce point sera discuté

¹⁰⁸ Cet argument est connu comme la critique d'Adorno de la « théorie de l'identité », où le terme « identité » se réfère à l'unité présumée entre la raison subjective et la réalité objective. T. W. ADORNO, *Negative Dialectics*, *op. cit.*, p.146-9. Notons toutefois l'observation suivante : « Celui qui n'est pas convaincu que tous les efforts philosophiques tournent en fin de compte autour de l'alignement du concept et de l'actualité [...] ne partagera donc pas non plus la conclusion émergeant son échec, selon laquelle il doit se limiter à l'examen critique de toutes les prétentions conceptuelles », A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.75.

¹⁰⁹ K. NG, « Ideology Critique from Hegel and Marx to Critical Theory », *op. cit.*, p.397.

¹¹⁰ E. LACLAU, « The Death and Resurrection of the Theory of Ideology », *Modern Language Notes (MLN)*, 112(3), 1997, p.300.

¹¹¹ K. NG, « Ideology Critique from Hegel and Marx to Critical Theory », *op. cit.*, p.398. Ng souligne que « [p]résupposer que la critique requiert une telle position de transcendance revient à revenir à l'opposition fautive et absolue entre immanence et transcendance que la théorie critique [...] rejette explicitement », *ibid.*, p.398. De même, par exemple D. COOK, « From the Actual to the Possible : Nonidentity Thinking », *Constellations*, 12 (1), 2005, p.21-35, 30 : « La critique de la vie abîmée ne peut rien faire d'autre que d'agiter le spectre de ce qui est autre, de ce qui est non identique, en utilisant des concepts qui sont eux-mêmes contaminés par ce qui existe ».

¹¹² P. GORDON, *Adorno and Existence*, *op. cit.*, p.185 (et 164). Voir également : B. O'CONNOR, *Adorno's Negative Dialectic : Philosophy and the Possibility of Critical Rationality*, *op. cit.*, p.58.

¹¹³ A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.22 (fn 3 et 4) sur la distinction entre le « négativisme méthodologique » et le « négativisme centré sur le contenu ». Voir également, *ibid.*, p.73 sur « la mesure dans laquelle la "concrétisation" nécessaire en philosophie ne peut être atteinte que par le biais d'une dialectique composée négativement ».

¹¹⁴ Pour plus d'informations à ce sujet, voir par exemple D. COOK, « From the Actual to the Possible : Nonidentity Thinking », *op. cit.*, p.23 et 25. Cook fait remarquer que « c'est cette subsomption identificatoire des objets sous des concepts qu'Adorno a qualifié d'idéologie et qu'il a critiqué tout au long de son œuvre », *ibid.*, p.26.

plus en détail dans la partie suivante de cette section.

La dialectique négative rejette toute attitude totalisante à l'égard de l'objet de la critique. En tant que telle, elle soulève la question de savoir comment le droit de l'Union, en tant qu'objet d'étude, se rapporte à l'observateur critique. Cette question est intimement liée à la relation entre théorie et pratique pour la théorie sociale critique de même que pour les approches critiques du droit de l'Union. L'« unité »¹¹⁵ entre théorie et pratique est généralement considérée comme une caractéristique centrale de la théorie sociale critique¹¹⁶. Elle implique que la critique sociale ne puisse pas être séparée du besoin d'émancipation et de changement social. La méthode dialectique négative rejette toute vision simpliste de la « réalisation politique » de la théorie¹¹⁷. Mais la théorie critique ne peut pas abandonner la « confiance dans les potentialités critiques de la raison humaine » comme le fait, par exemple, la philosophie poststructuraliste ou postmoderne¹¹⁸. Peter Gordon souligne dans sa lecture d'Adorno que : « La primauté de l'objet [...] implique la *persistance* du sujet qui y est confronté. Ce sujet [...] reste la seule source de résistance critique au positivisme [philosophique] »¹¹⁹. Axel Honneth, pour sa part, souligne que : « Sans un concept réaliste d'"intérêt émancipateur" qui place en son centre l'idée d'un noyau indestructible de ressort rationnel de la part des sujets, ce projet critique n'aura pas d'avenir »¹²⁰.

De même, la critique du droit de l'Union ne peut éviter de s'interroger sur la signification d'une réconciliation des finalités « diagnostiques » et « transformatives » de la critique et sur la possibilité même d'une véritable séparation des deux sans annihiler le projet critique dans son ensemble¹²¹. La critique du droit de l'UE reste méthodologiquement incomplète dans la mesure où elle repose sur l'idée d'une critique purement démasquante – qu'elle soit théorique ou empirique. Il a été noté qu'« [u]ne méthode signifie un chemin : non pas le chemin qu'un penseur suit, mais le chemin qu'il/elle construit [...] » et que « l'examen d'une méthode signifie donc l'examen de la manière dont les idéalités sont matériellement produites »¹²². Cette référence aux idéalités matériellement produites montre bien que le projet critique n'existe jamais dans le vide, mais qu'il est toujours façonné par les mêmes dynamiques sociales que celles qui forment son objet. Un point de vue métacritique conscient de sa propre immanence, la reconnaissance de la nature médiante/contingente des

¹¹⁵ E. CHRISTODOULIDIS, « Critical theory and the law : reflections on origins, trajectories and conjunctures », *op. cit.*, p.9. Cette unité présumée découle de la onzième thèse de Marx sur Feuerbach concernant les tâches de la critique et le passage de l'interprétation au changement social. K. MARX, « Thèses sur Feuerbach » in R. TUCKER (dir.), *The Marx- Engels Reader*, 2e éd., Norton & Company, 1978.

¹¹⁶ Par exemple, Honneth observe que « la théorie critique [...] considère que l'initiation d'une pratique critique susceptible de contribuer au dépassement de la pathologie sociale est une partie essentielle de sa tâche. Même lorsque le scepticisme concernant la possibilité d'un éveil pratique prévaut. [...] la question de l'éveil découle de la simple nécessité d'un lien interne entre la théorie et la pratique. » A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.37.

¹¹⁷ A. HONNETH, « From Adorno to Habermas : On the Transformation of Critical Social Theory » in A. Honneth, *The Fragmented World of the Social : Essays in Social and Political Philosophy*, CW Wright ed, State University of New York Press, 1995, p.95. Voir également A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.37 et 77.

¹¹⁸ P. GORDON, *Adorno and Existence*, *op. cit.*, p.10.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 173.

¹²⁰ A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p.41-2

¹²¹ Voir, par exemple, A. ALLEN, *The Politics of Our Selves : Power, Autonomy, and Gender in Contemporary Critical Theory*, *op. cit.*, p.3 sur ce double objectif de la critique.

¹²² J. RANCIERE, « Quelques remarques sur la méthode de Jacques Rancière », *Parallaxe*, 15(3), 2009, p.114.

faits sociaux et la négativité de la dialectique critique permettent à la recherche critique d'accepter son ancrage social. Comment les approches critiques en droit de l'UE pourraient-elles rendre opérationnelles ces positions méthodologiques apparemment très abstraites ? Et quelle différence cela ferait-il ? Ces questions sont explorées plus en détail dans la prochaine partie de cette section.

C. D'une critique démasquante à une critique dialectique du droit de l'UE : deux exemples

L'idée de « contestabilité » est l'un des principes normatifs directeurs de la théorie critique. Il implique que le projet critique échoue sur un plan méthodologique et intellectuel dès lors qu'il semble parvenir à un consensus au-delà duquel aucune réflexion critique n'est plus nécessaire. Dans la pratique, la méthodologie insuffisamment développée de la critique laisse la critique du droit de l'UE dériver entre Scylla et Charybde, c'est-à-dire entre l'autoritarisme épistémologique et cognitif, d'une part, et le positivisme philosophique et sociologique, d'autre part. Dans ce contexte, l'autoritarisme épistémologique se réfère à la « restriction de la capacité de connaître ce qui relève d'un intérêt rationnel au théoricien privilégié sur un plan épistémique »¹²³. Cette mise en garde contre les dangers de l'autoritarisme peut sembler familière à de nombreux spécialistes du droit de l'Union, compte tenu du débat récent sur les tendances autoritaires latentes dans le projet d'intégration européenne¹²⁴. Si le recours au droit comme moyen d'intégration peut être susceptible de transformer une politique démocratique en « libéralisme autoritaire », la critique démasquante du droit de l'UE est susceptible de tomber dans des formes plus subtiles d'autoritarisme épistémologique¹²⁵. Par conséquent, il est important de se demander comment la critique du droit de l'UE pourrait se développer de manière non autoritaire, sans pour autant s'effondrer dans un positivisme philosophique et sociologique réductionniste.

La critique de l'aliénation et la critique de l'idéologie fournissent deux exemples concrets de la manière dont s'engager de façon plus délibérée dans une dialectique critique peut aider la critique du droit de l'UE à éviter ces écueils. Ces exemples ont été choisis parce que l'« aliénation » et l'« idéologie » sont des concepts familiers à la fois pour les approches critiques du droit de l'Union et pour la théorie critique de la société. La critique de l'aliénation s'intéresse à la façon dont le sujet individuel se rapporte à lui-même et au monde, tandis que la critique de l'idéologie examine le droit de l'Union d'un point de vue plus systémique/structurel. La *critique de l'aliénation* pose essentiellement la question suivante : « Le droit de l'UE aliène-t-il les citoyens des États membres ? » et, si c'est le cas, « comment les aliène-t-il ? » La *critique de l'idéologie* se demande quant à elle : « Le droit de l'UE porte-t-il une idéologie ? » et, si oui, « de quelle idéologie s'agit-il ? » Ces deux exemples permettent de montrer ce que les approches critiques du droit de l'UE doivent changer si elles veulent se conformer aux directives méthodologiques de la théorie critique, telles qu'elles ont été présentées dans la partie précédente de cette section. Cette présentation ne peut toutefois qu'effleurer la surface de ce qu'implique en pratique le tournant méthodologique qu'entraîne le

¹²³ M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.4 et 13. Cooke observe en outre que « l'autoritarisme épistémologique a un aspect éthique, car il spécifie ce qui est considéré comme une pensée et une action orientées vers le bien, indépendamment des convictions rationnelles des sujets pensants et agissants concernés » (*ibid.*, p.4).

¹²⁴ Voir la littérature citée en notes 23 et 79.

¹²⁵ M.A. WILKINSON, « The Material Constitution », *Modern Law Review*, 81(4), 2018, p.567 et M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford University Press, 2021, p.10-13, ainsi que la discussion qui s'ensuit tout au long de l'ouvrage.

passage d'une critique démasquante à une critique dialectique¹²⁶.

Exemple I : La critique de l'aliénation du droit de l'UE

L'aliénation est un thème qui revient assez souvent les travaux critiques en droit de l'Union, mais qui n'est pas encore complètement théorisé. D'une part, le concept d'aliénation est utilisé comme un outil critique se passant d'explication, avec peu ou pas de discussion sur ce qu'il signifie en droit de l'Union. D'autre part, les contributions qui discutent de l'aliénation de manière plus approfondie ne rendent pas nécessairement justice à tout le potentiel que la critique de l'aliénation peut avoir pour le droit de l'Union. Ces deux lacunes semblent s'expliquer par une méthodologie critique insuffisamment développée. Dans le langage courant, l'aliénation peut être définie comme une « désaffiliation [*estrangement*] » ou une « mise en retrait »¹²⁷. Mais l'aliénation est aussi « le concept clé des diagnostics de crise de la modernité et l'un des concepts fondamentaux de la philosophie sociale »¹²⁸. Pour cette raison, la critique de l'aliénation dans le droit de l'UE fournit un exemple particulièrement éclairant de la manière dont la dialectique critique peut enrichir l'étude du droit européen.

Les racines de la critique de l'aliénation remontent à la tradition marxiste de la théorie sociale et à la philosophie existentialiste. Les formes marxistes et existentialistes de la critique de l'aliénation explorent la manière dont l'aliénation de soi et l'aliénation sociale sont imbriquées¹²⁹. Elles offrent toutefois des réponses profondément différentes à cette question¹³⁰. La définition existentialiste classique de l'aliénation est donnée par Sartre dans *L'être et le néant*¹³¹. Pour les existentialistes, l'expérience de l'aliénation de soi découle de notre liberté de choisir le sens que nous donnons à sa vie¹³². Dans le même temps, l'aliénation des autres est considérée comme inévitable parce que la conscience résiste à la façon dont elle est perçue par les autres dans les relations intersubjectives¹³³. Le concept existentialiste d'aliénation est souvent loué pour la manière dont il explique l'expérience de l'aliénation de soi. Mais la philosophie existentialiste et la philosophie sociale critique divergent sur le rôle qu'elles assignent à un état « non aliéné » dans la critique de l'aliénation. Les récits existentialistes de l'aliénation impliquent que l'aliénation soit une altération de l'expérience

¹²⁶ L'objectif principal de cet article est de démontrer pourquoi le « tournant méthodologique » est nécessaire pour l'étude critique du droit de l'UE. Cet article n'a pas pour objectif d'achever ce tournant à lui seul.

¹²⁷ Par exemple Oxford Reference <<https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095402623>> consulté le 15 Décembre 2021.

¹²⁸ R. JAEGGI, *Alienation*, F. NEUHOUSER et A. SMITH (trad.), Columbia University Press, 2014, p.6.

¹²⁹ *Ibid.*, p.11 (et 219-220).

¹³⁰ La première se concentre sur l'aliénation du travail et cherche « une appropriation du monde à travers la production ». La seconde considère l'aliénation comme une « objectivation » du monde (*ibid.*, p.11 et 16).

¹³¹ J-P. SARTRE, *L'Être et le Néant : Essai d'ontologie phénoménologique*, H.E. BARNES (trad.), WSP, 1956. Sartre, cependant, s'est appuyé sur *Être et temps* de Heidegger.

¹³² La philosophie existentialiste souligne que l'existence (c'est-à-dire la vie) précède toujours l'essence ou les significations qui doivent être données à sa vie par chaque être humain lui-même. Dans ce contexte, le concept de « mauvaise foi » se réfère aux manières dont les humains se trompent eux-mêmes en se laissant complètement prendre, soit par la facticité, soit par la transcendance. Dans cette perspective, l'authenticité se réfère à un équilibre entre la facticité et la transcendance. Pour plus de détails, voir, par exemple, K. KIRKPATRICK, *Sartre on Sin : Between Being and Nothingness*, Oxford University Press, 2017.

¹³³ R. JAEGGI, *Alienation*, *op. cit.*, p.19-20.

authentique¹³⁴. Pour la théorie critique, la critique existentialiste de l'aliénation est problématique dans la mesure où elle dépeint la vie politique et sociale comme une cause d'aliénation¹³⁵. Ces différences ne sont pas seulement substantielles mais aussi méthodologiques. Il en résulte que la manière dont la critique de l'aliénation du droit de l'Union est développée revêt encore plus d'importance pour les approches critiques du droit de l'UE.

Le droit de la citoyenneté européenne et de la libre circulation est le principal contexte de la critique de l'aliénation dans les travaux critiques en droit de l'Union. Il a été noté très tôt que :

« Ces mêmes valeurs, qui trouvent leur expression juridique et pratique dans, par exemple, une mobilité accrue, l'éclatement des marchés locaux et l'inclusion de normes universelles dans les cultures nationales, font partie intégrante de la profonde anxiété moderne et post-moderne liée à l'appartenance à l'Europe et des *racines de l'angoisse et de l'aliénation européennes* [italiques ajoutés]. Un concept significatif de citoyenneté européenne doit tenir compte de ce paradoxe.¹³⁶ »

Ce lien présumé entre la citoyenneté européenne et l'aliénation se retrouve aussi établi dans la déclaration suivante :

« La légitimité sociale que la jurisprudence en matière de citoyenneté confère à l'UE pour certains groupes ne sera pas forcément à la hauteur de l'*aliénation qu'elle provoquera* [italiques ajoutés] pour d'autres groupes. En outre, l'asymétrie entre la capacité de la Cour à présenter avec autant de force les valeurs et les représentations qui sous-tendent cette partie du droit de l'UE et son incapacité à articuler ou à reconnaître les valeurs et les représentations qui sous-tendent les mesures nationales lorsqu'elles sont contestées, est frappante¹³⁷. »

Aucun de ces exemples ne développe davantage le thème de l'aliénation. Alexander Somek propose néanmoins un compte rendu plus détaillé de l'aliénation en droit de l'Union¹³⁸. Parce que le travail de Somek sur l'aliénation est l'une des rares tentatives, sinon la seule, d'approfondir la signification de l'aliénation en droit de l'Union, cette section s'en servira de base pour discuter la manière dont une méthode de critique plus dialectique serait bénéfique à la critique de l'aliénation en droit de l'UE .

Somek définit l'aliénation à la fois comme « l'expérience d'un *manque ou d'une perte de liberté d'action* » et comme « la reconnaissance émotionnelle de l'indisponibilité de la

¹³⁴ Il a été noté qu'« [a]vec la génération existentialiste, la raison philosophique a échappé à la question de ses responsabilités historiques dans la perpétuation de modèles d'exclusion ». R. BRAIDOTTI, « Identity, Subjectivity and Difference : A Critical Genealogy » in G. GRIFFIN et R. BRAIDOTTI (dir.), *Thinking Differently : A Reader in European Women's Studies*, Zed Books, 2002, p.163. Cependant, le « matérialisme historique » de Sartre reconnaissait que les relations sociales se déroulent à la fois entre les êtres humains et au sein d'institutions façonnées par l'histoire, ce qui signifie que la lutte pour la position de sujet n'est jamais menée sur un pied d'égalité.

¹³⁵ R. JAEGGI, *Alienation, op. cit.*, p.9.

¹³⁶ J.H.H. Weiler, *La Constitution de l'Europe. Do the New Clothes Have an Emperor ? and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, 1999, p.343.

¹³⁷ G Davies, « Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence », *European Law Journal*, 21(1), 2015, p.2, 20.

¹³⁸ A. SOMEK, « Alienation, Despair and Social Freedom » in L. AZOULAI *et al.* (dir.), *Constructing the Person in EU Law : Rights, Roles, Identities*, Hart, 2016.

liberté d'action (pourtant) possible dans des conditions de liberté sociale »¹³⁹. Dans ce contexte, Somek observe que « savoir si les structures de la liberté sociale font partie de l'éthique de l'Union européenne et de son droit reste une question ouverte »¹⁴⁰. Se référant à Marx, Somek définit les droits que les individus tirent du droit de l'UE comme « les droits de l'homme égoïste, de l'homme séparé des autres hommes et de la communauté »¹⁴¹. Suivant Marx, Somek lie également l'aliénation aux relations de pouvoir économique : « [l]a cause profonde de l'aliénation est qu'il est inhérent au pouvoir économique de transformer toutes les relations économiques en luttes pour le pouvoir économique »¹⁴². La manière dont le pouvoir économique est généré explique sans doute pourquoi « l'aliénation des autres est à la source de l'aliénation de soi »¹⁴³. Il en est ainsi parce que « la recherche du pouvoir économique oblige à se désintéresser de ses propres besoins »¹⁴⁴. Cependant, comme nous le montrerons dans cette section, le pouvoir économique seul est ici une perspective trop étroite. Outre les relations économiques de pouvoir, un autre thème clé de l'analyse que Somek propose de l'aliénation est celui de la socialité.

L'expérience de l'aliénation rend les individus « conscients du caractère *factice* de la réalisation de la socialité humaine »¹⁴⁵. Pour Somek (et pour Marx), cette observation sur la socialité humaine se traduit par la recherche d'une « véritable communauté » : « En embrassant explicitement notre socialité, la véritable communauté (*das wahre Gemeinwesen*) nous apparaîtrait en vertu d'une pensée réflexive »¹⁴⁶. La quête d'une « vraie communauté » s'oppose à une « communauté sous forme aliénée »¹⁴⁷. Somek est conscient que cette idée d'une « vraie communauté » est vulnérable à l'accusation d'essentialisme ¹⁴⁸. Néanmoins, plutôt que de chercher une théorie méthodologiquement moins essentialiste de l'aliénation, Somek affirme que :

« Ce point peut même être concédé dans la mesure où une certaine structure d'interaction est jugée appropriée à l'épanouissement humain. Mais cela n'implique de croire que les individus sont les détenteurs d'une essence intérieure qui est éclipsée par les formes d'intégration du système¹⁴⁹. »

¹³⁹ *Ibid.*, p. 35. SOMEK précise en outre que « les analyses de Marx [...] nous ont aidés à comprendre que l'aliénation est avant tout une question de perte du pouvoir d'action individuel » (*ibid.* p.49) mais que « tant Marx que Hegel avaient raison de croire que la libre réalisation de l'individu n'est pleinement possible que dans des structures d'interaction » (*ibid.*, p.35).

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.36. Pour plus de détails, voir également *ibid.*, p.52 et 53.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.36. Selon Somek, il en est ainsi parce que « leur exercice ne donne pas lieu à cette solidarité sociale qui peut conduire à l'autoréalisation individuelle universelle » (*ibid.* p.36) et parce que « l'Union européenne [...] émancipe ceux qui sont mobiles et adaptables et les libère de leurs dépendances aux liens sociaux et aux hiérarchies traditionnels » (*ibid.*, p.52)..

¹⁴² *Ibid.*, p.39. Pour savoir comment Somek s'appuie sur la théorie de la valeur travail de Marx pour développer sa critique de l'aliénation dans le contexte droit de l'UE, voir également *ibid.*, p.36-37 et 40-41. Dans ce scénario, l'aliénation découle du fait qu'au lieu d'une « véritable production comme réalisation de soi », « le producteur travaille pour satisfaire les besoins des autres » afin d'acquérir un pouvoir économique sur eux.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 41.

¹⁴⁴ *Ibid.* On peut dire qu'il en est ainsi parce que : « [p]uisque l'activité économique a pour but de générer du pouvoir économique, il est essentiel que les uns tirent profit des autres. »

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.44.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.42. Somek s'engage également dans une discussion sur le concept d'"être générique" de Marx dans ce contexte (*Ibid.*, p.43).

¹⁴⁷ *Ibid.*, p.43.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.43 (« la croyance en l'aliénation semble présupposer une certaine forme d'"essentialisme" »).

¹⁴⁹ *Ibid.*, p.44. Somek affirme également dans ce contexte que « la reconnaissance de l'aliénation ne

Quoi qu'il en soit, la proposition selon laquelle la « communauté dans une forme aliénée » est « remise en question par l'anticipation d'une communauté sous forme non aliénée »¹⁵⁰ revêt une tonalité essentialiste. Outre la vision essentialiste d'une communauté véritable et non aliénée, le récit de Somek sur l'aliénation établit un lien problématique entre la liberté sociale et une éthique communautaire de la socialité.

Somek souligne que l'approche de l'aliénation qu'il privilégie « est essentiellement conservatrice, non seulement parce qu'elle laisse le marché principalement en place, mais aussi parce qu'elle se tourne vers des traditions de relations humaines décommodifiées »¹⁵¹. Il cite le communautarisme de Michael Walzer comme l'un des représentants de cette approche¹⁵². Somek, qui s'appuie à présent sur Hegel, considère que « la liberté individuelle ne peut être "réelle" que si elle s'inscrit dans un monde social déjà existant » et que « les participants à un tel cadre institutionnel reconnaissent leur dépendance mutuelle et l'acceptent, soit par attachement, soit dans un esprit de loyauté et de solidarité »¹⁵³. Bien que je sois d'accord avec Somek sur l'importance d'une perspective sociale/relationnelle sur l'action humaine¹⁵⁴, je trouve son approche de la dynamique intersubjective problématique. L'idéal communautaire d'une « vraie communauté » offre une image étrangement idéalisée des relations sociales humaines¹⁵⁵. On peut même se demander si des « traditions de relations humaines décommodifiées »¹⁵⁶ ont jamais existé, compte tenu de la propension des hommes à la cupidité, à l'envie et à l'égoïsme. Cela renvoie à l'observation précédente selon laquelle le fait de mettre l'accent analytique sur les relations de pouvoir économiques peut facilement donner une image fragmentaire de l'aliénation individuelle et sociale.

En résumé, plusieurs dimensions de la critique de l'aliénation en droit de l'UE sont susceptible de poser problème. Premièrement, limiter l'analyse de l'aliénation au pouvoir économique revient à ignorer d'autres relations de pouvoir potentiellement pertinentes. Deuxièmement, l'externalisation de la source de l'aliénation aux processus de commodification peut produire une image incomplète de ce qu'est l'aliénation, à la fois par rapport au soi et par rapport au monde. Troisièmement, l'opposition entre une « vraie communauté »¹⁵⁷ et une « communauté sous forme aliénée »¹⁵⁸ donne à la critique de l'aliénation une tournure essentialiste problématique. Cet essentialisme est encore plus présente dans la vision communautaire de la liberté sociale. Au surplus de ces observations, il existe une tendance parallèle dans les approches critique en droit de l'UE à utiliser le terme « aliénation » sans chercher à le théoriser. En guise de conclusion provisoire, on peut affirmer que, soit la critique de l'aliénation reste sous-théorisé, soit elle repose sur une série d'hypothèses problématiques quant aux relations sociales et au pouvoir. L'objectif de cette discussion n'est toutefois *pas de* réexaminer

suppose pas, contrairement à son apparence, une essence » car « elle exige simplement de reconnaître que sa propre capacité d'action n'est vraiment pas ce qu'elle semble être », c'est-à-dire « qu'elle n'est pas une capacité d'agir de soi-même » (*Ibid.*, p.44).

¹⁵⁰ *Ibid.*, p.45.

¹⁵¹ *Ibid.*, p.51.

¹⁵² *Ibid.*, p.51.

¹⁵³ *Ibid.*, p.51 et 52.

¹⁵⁴ Pour en savoir plus sur mon approche de la relationnalité, voir P.J. NEUVONEN, *Equal Citizenship and Its Limits in EU Law : We the Burden ?*, Hart 2016, p.131 (et 114).

¹⁵⁵ Pour en savoir plus sur les raisons pour lesquelles le communautarisme est une approche problématique dans l'étude du droit communautaire, voir, *Ibid.*, p.128-129 et 137.

¹⁵⁶ A. SOMEK, « Alienation, Despair and Social Freedom », *op. cit.*, p.51.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p.42.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p.43.

la critique de l'aliénation du droit de l'Union en termes substantiels. Au lieu de cela, la critique de l'aliénation est utilisée ici comme un exemple de la manière dont une méthode dialectique de la critique pourrait remodeler la critique du droit de l'UE.

Le fait que la critique de l'aliénation en droit de l'UE reste incomplète invite à se demander comment une méthode plus dialectique de critique pourrait l'améliorer. Pour cela, il peut être utile de regarder de plus près la manière dont la théorie critique contemporaine traite de l'aliénation. *Alienation*, l'ouvrage de Rahel Jaeggi, constitue un exemple instructif. Jaeggi cherche à remettre en cause l'essentialisme qui « hante » la conception de l'aliénation¹⁵⁹. Par essentialisme, elle entend les idées substantielles sur la nature et l'essence de l'être humain qui caractérisent l'idée d'une condition non aliénée¹⁶⁰. Selon Jaeggi, une telle « théorie de la vie bonne » est vulnérable à l'« accusation de paternalisme »¹⁶¹. Jaeggi redéfinit l'aliénation comme une incapacité à « s'approprier », c'est-à-dire à faire sienne sa propre vie¹⁶². Pour elle, l'expérience de l'aliénation de soi ne découle pas d'un « éloignement de son essence », mais revient plutôt à « un rapport perturbé à nos propres actions, désirs, projets ou convictions »¹⁶³. Dans cette perspective, l'établissement d'un « rapport d'appropriation » avec soi-même et le monde devient un moyen de surmonter l'aliénation¹⁶⁴. Jaeggi maintient que ce type de réalisation de soi n'est possible qu'« en relation avec les mondes sociaux et matériels »¹⁶⁵. Toutefois, elle affirme que ces rapports nécessitent une « clarification conceptuelle »¹⁶⁶ et s'éloignent des « conceptions essentialistes du soi et de la communauté »¹⁶⁷.

La critique de l'aliénation de Jaeggi décrit schématiquement comment les rapports d'appropriation sont « perturbés ».¹⁶⁸ Le négativisme méthodologique de cet exercice cherche à clarifier le « caractère » des rapports d'appropriation¹⁶⁹. Ici, la négativité de la critique implique que « le positif [...] ne peut être déterminé que par la médiation de ce qui ne devrait pas être »¹⁷⁰. Jaeggi suggère que l'analyse des « rapports réussis et perturbés ou déficients avec soi-même et le monde » fournit une base nécessaire pour étudier les conditions, les institutions et les pratiques sociales¹⁷¹. Jaeggi, comme Somek, considère la solidarité comme « le contraire de l'aliénation sociale »¹⁷². Mais elle maintient que « [l]a riche dimension sociale et éthique de la critique de l'aliénation peut être rendue accessible sans le schéma d'interprétation fortement objectiviste qui lui est souvent associé »¹⁷³. Ainsi, la conception de la solidarité sociale de Jaeggi diffère de la conception plus essentialiste d'une « véritable communauté » dans la critique de l'aliénation en droit de l'UE. Le récit non essentialiste de Jaeggi sur l'appropriation,

¹⁵⁹ R. JAEGGI, *Alienation, op. cit.*, p.27.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.27 (et 40).

¹⁶¹ *Ibid.*, p.28.

¹⁶² Pour Jaeggi, la capacité d'« appropriation » indique qu'en vivant sa propre vie, le sujet/personne « s'identifie » à la fois à lui-même ou à elle-même ainsi qu'avec le monde. L'appropriation est définie comme une « praxis » consistant à « faire quelque chose sien » (*ibid.*, p. xxi et p.38 et 39).

¹⁶³ *Ibid.*, p.48.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p.1.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p.200.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. xxi.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.40.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p.1.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ R. JAEGGI, « 'No Individual Can Resist' : *Minima Moralia* as Critique of Forms of Life », *Constellations*, 12(1), 2005, p.65, 75 et 72.

¹⁷¹ R. JAEGGI, *Alienation, op. cit.*, xxii.

¹⁷² *Ibid.*, p.79.

¹⁷³ *Ibid.*, p.32.

ainsi que sa méthode négative, remettent également en question l'idée conservatrice selon laquelle « l'appropriation doit toujours être comprise comme une réappropriation de quelque chose qui existe déjà »¹⁷⁴.

La construction théorique non essentialiste de Jaeggi est intéressante du point de vue de l'intégration européenne, car l'UE ne peut pas rivaliser avec les États membres en termes essentialistes. Toutefois, dans le cadre du présent article, la question importante n'est pas celle de savoir si la théorie de l'aliénation de Jaeggi est adaptée pour l'étude de l'aliénation dans les sociétés européennes contemporaines. Il peut par exemple être soutenu que l'analyse des institutions sociales que propose Jaeggi n'est pas suffisamment aboutie¹⁷⁵. L'objectif de cette brève discussion n'était pas non plus de définir une fois pour toute la signification de l'aliénation pour l'étude du droit de l'UE. Au contraire, cette enquête sur les versions essentialistes et non essentialistes de la critique de l'aliénation n'offre qu'un exemple provisoire de la manière dont la dialectique critique peut faire évoluer la critique du droit de l'Union. La critique de l'aliénation en droit de l'UE élude actuellement les questions de nature plus méthodologique relatives à la possibilité d'une condition non aliénée et à la façon dont notre conception privilégiée de la vie non aliénée est toujours contingente, plutôt que donnée à l'avance. Un point de vue métacritique réouvre ces questions pour l'étude du droit de l'UE. La négativité de la critique, associée au principe de médiation, clarifie encore davantage la manière dont toute théorie substantielle de la vie authentique est précédée d'un choix entre des rationalisations sociales concurrentes¹⁷⁶. Cette enquête sur la critique de l'aliénation illustre également à quel point il est difficile de faire la distinction entre la substance et la méthodologie de la critique. Plutôt que de dissoudre l'argument en faveur d'un renouveau de la méthode critique en droit de l'UE, cela vient le renforcer.

Exemple II : La critique idéologique du droit de l'UE

La critique de l'aliénation a fourni un exemple de la manière dont la critique du droit de l'Union européenne peut bénéficier d'un engagement plus délibéré avec la dialectique critique. Il importe toutefois d'aller au-delà de cet exemple. Une méthode dialectique de la critique remet en question l'idée même d'une critique purement démasquante pour les approches critiques du droit de l'UE. Cet abandon d'une critique uniquement démasquante peut être examiné à l'aune d'un autre exemple : la critique de l'idéologie. Le concept d'idéologie, compris comme fausse conscience, servait à expliquer ce qui faussait les processus d'émancipation selon la première théorie critique. Cette conception de l'idéologie n'est plus populaire car l'idée d'une critique capable de démasquer les distorsions idéologiques peut-être accusée d'autoritarisme épistémologique¹⁷⁷. Par exemple, Ernesto Laclau rejette explicitement « la possibilité d'un point de vue métalinguistique qui permette de démasquer les distorsions idéologiques »¹⁷⁸. Maeve Cooke, pour sa part, souligne que, dans la mesure où « les théories de la fausse conscience objectivement nécessaire semblent nier la capacité des sujets humains à agir dans leurs propres intérêts rationnels », elles

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.15.

¹⁷⁵ Jaeggi elle-même le reconnaît, *Ibid.*, p.220. L'accent mis par Jaeggi sur la réalisation de soi peut également être remis en question.

¹⁷⁶ Ces rationalisations concurrentes existent également au sein des sociétés, et pas seulement entre elles.

¹⁷⁷ Comme expliqué plus haut dans cette section, l'autoritarisme épistémologique se réfère à la « restriction de la capacité de connaître ce qui relève d'un intérêt rationnel au théoricien privilégié sur un plan épistémique »¹⁷⁷.», M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.4.

¹⁷⁸ E. LACLAU, « The Death and Resurrection of the Theory of Ideology », *op. cit.*, p.319-320.

« s'exposent à des accusations d'autoritarisme épistémologique et éthique »¹⁷⁹. Ici, la question importante est de savoir si la critique démasquante du droit européen peut éviter ce type d'autoritarisme sans tomber dans un positivisme philosophique et sociologique non critique. Pour répondre à cette question, il est utile d'examiner de plus près la manière dont les théoriciens critiques contemporains traitent la question de l'idéologie.

Laclau affirme qu'une critique non essentialiste de l'idéologie est possible et peut constituer une alternative viable au « nouveau positivisme et à l'objectivisme » dans la théorie sociale¹⁸⁰. Pour Laclau, « [i]l y a idéologie à chaque fois qu'un contenu particulier se révèle être quelque chose de plus que lui-même »¹⁸¹. L'idéologie se réfère donc à « l'illusion que l'état d'achèvement désiré est réellement accessible » et à la manière dont « ce désir d'achèvement est projeté sur une *représentation* de l'objet transcendant absent »¹⁸². L'approche de l'idéologie par la théorie du discours de Laclau est étroitement liée à sa compréhension néo-gramscienne de l'articulation et de la lutte pour l'hégémonie dans le projet de démocratie radicale¹⁸³. Pour les besoins du présent article, l'observation principale est que le sujet critique, lui aussi, peut rechercher la clôture idéologique en remplaçant un objet transcendant par sa représentation historiquement particulière. Ce qui est particulièrement intéressant pour la recherche en droit européen, c'est que la démocratie est citée comme le principal exemple d'« objets transcendants auxquels des signifiants vides [...] se réfèrent »¹⁸⁴. Parce que la démocratie est un « signifiant flottant »¹⁸⁵, sa signification est fixée « en en faisant l'un des noms pour exprimer la plénitude de la société »¹⁸⁶. Dans cette perspective, la « croyance partagée » qu'une représentation spécifique de l'objet transcendant est « adéquate » explique comment les groupes sociaux se forment et se maintiennent¹⁸⁷.

¹⁷⁹ M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.4. Cooke plaide également en faveur d'un « modèle de justification non autoritaire », ce qui signifie que « la validité des analyses critiques de la fausse conscience développées par théories sociales critiques doit intégrer le raisonnement des sujets humains dont la conscience est considérée comme défectueuse » (*Ibid.*, p.7).

¹⁸⁰ E. LACLAU, « The Death and Resurrection of the Theory of Ideology », *op. cit.*, p.299, 300 et 320.

¹⁸¹ *Ibid.*, p.303. Laclau développe donc une théorie/conception non essentialiste de l'idéologie en analysant ce qui rend possible « la création de l'illusion de fermeture » (*Ibid.*, p.300 et 320).

¹⁸² M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.11 (et 9-10).

¹⁸³ Pour plus de détails sur la pensée politique de Laclau, voir, par exemple, L. WORSHAM et GA. OLSON, « Hegemony and the Future of Democracy : Ernesto Laclau's Political Philosophy », *Journal of Advanced Composition (JAC)*, 19(1), 1999, p.1, et L. THOMASSEN, « Antagonism, hegemony and ideology after heterogeneity », *Journal of Political Ideologies*, 10(3), 2005, p.289 et G. COLPANI, « Two Theories of Hegemony : Stuart Hall and Ernesto Laclau in Conversation », *Political Theory*, 2022,. En bref, Gramsci a complété l'économisme de Marx par l'idée d'une hégémonie culturelle, intellectuelle et morale, c'est-à-dire d'un « bloc hégémonique ». Laclau, pour sa part, s'est réapproprié la théorie de l'hégémonie de Gramsci en soutenant que le processus de « lutte pour l'hégémonie » n'est pas réductible à la domination intellectuelle de l'élite, mais qu'il est également constitutif du social et du politique dans les conditions de la démocratie radicale.

¹⁸⁴ M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.9.

¹⁸⁵ E. LACLAU, « The Death and Resurrection of the Theory of Ideology », *op. cit.* p.306, déclare que « Un signifiant comme « démocratie » [...] est certainement un signifiant flottant : sa signification sera différente dans les discours libéraux, antifascistes radicaux et conservateurs anticommunistes ».

¹⁸⁶ *Ibid.*, 306.

¹⁸⁷ M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.11. Voir également E. LACLAU, « Identity and Hegemony : The Role of Universality in the Constitution of Political Logics » in JP. BUTLER *et al.* (dir.), *Contingency, Hegemony, Universality : Contemporary Dialogues on the Left*, Verso, 2000.

Cela démontre que la démocratie, bien qu'importante, ne peut pas fournir de lentille critique auto-explicative pour démasquer les déficits du droit de l'Union¹⁸⁸.

La critique démasquante promet d'exposer l'idéologie ou les idéologies du droit de l'Union. Une méthodologie plus développée de la critique ajoute à cela qu'il faut également développer une critique « intra-idéologique » du droit de l'Union. Pour Laclau, « [l']illusion de fermeture est quelque chose avec lequel nous pouvons composer, mais que nous ne pouvons jamais éliminer »¹⁸⁹. Cela signifie que « ce qui est impossible, c'est une *critique de l'idéologie en tant que telle* ; toutes les critiques sont nécessairement intra-idéologiques »¹⁹⁰. Mais il a été noté que Laclau passe peut-être trop rapidement « de la thèse de la nécessité de l'objet transcendant à la thèse de la nécessité de la croyance qu'il puisse être atteint »¹⁹¹. Pour éviter le positivisme, on peut penser que Laclau devrait soit clarifier la rationalité de la critique « intra-idéologique » soit « accepter que la critique dispose d'un point de référence qui aille au-delà de l'ensemble des pratiques dans un ordre social donné »¹⁹². En d'autres termes, l'approche théorique du discours de Laclau n'est pas en mesure de rendre pleinement compte de ce que signifie réellement le remplacement d'une critique purement démasquante par une critique consciente de ses propres tendances idéologiques. Cette question est impérieuse pour la critique du droit de l'UE. Comme nous le verrons dans cette section, elle renforce la question précédente de savoir comment la critique peut s'accommoder de son enracinement social sans perdre sa force critique.

La critique de l'idéologie reste une « méthode indispensable » pour la théorie sociale critique¹⁹³. Néanmoins, dans la théorie critique contemporaine, la critique de l'idéologie s'étend au projet critique lui-même. La notion d'idéologie continue à se référer à des conceptions déformées de rationalité sociale, c'est-à-dire à des « pathologies sociales »¹⁹⁴. Mais l'idéologie est désormais considérée à la fois comme « cognitive » et « matérielle », elle comprend « les habitudes et les dispositions, dans les modèles de comportement et les pratiques sociales »¹⁹⁵. Dans cette perspective, la rationalité critique est faussée si elle ne reconnaît pas les effets des « conditions matérielles et pratiques » sur la pensée conceptuelle¹⁹⁶. La critique de l'idéologie explore donc

¹⁸⁸ Pour plus de détails à ce sujet, voir P.J. NEUVONEN, « A Revised Democratic Critique of EU (Citizenship) Law : From Relative Homogeneity to Political Judgment », *German Law Journal*, 21(5), 2020, p.867, 880-2.

¹⁸⁹ E. LACLAU, « The Death and Resurrection of the Theory of Ideology », *op. cit.*, p.311.

¹⁹⁰ *Ibid.* p.299. Pour Laclau, cela signifie également que « l'idéologique, au sens strict du terme [...] n'implique aucune connotation péjorative » (*ibid.* p.311).

¹⁹¹ M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.12 (et 15).

¹⁹² *Ibid.*, p.16 et 17.

¹⁹³ Voir, par exemple, K. NG, « Ideology Critique from Hegel and Marx to Critical Theory », *op. cit.*, p.393 sur la façon dont « [l]a critique de l'idéologie devient nécessaire dès lors que la raison cesse d'être de pures raisons, dès lors que la réalité de la liberté est liée à la réalité sociale ». De même, Cooke observe que « l'abandon du concept de distorsion idéologique n'est pas une option pour les théories qui adoptent une perspective critique sur la société », M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.8.

¹⁹⁴ K. NG, « Ideology Critique from Hegel and Marx to Critical Theory », *op. cit.*, p.393. Sur la notion de « pathologie sociale » dans la théorie critique, voir par exemple P.J. VEROVSEK, « Social criticism as medical diagnostic ? On the role of social pathology and crisis within critical theory », *Thesis Eleven*, 2019, p.109, et J. MILLS, « Dysreconnaissance et pathologie sociale : New directions in critical theory », *Psychoanalysis, Culture & Society*, 24(1), 2019, p.15.

¹⁹⁵ M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.5, note de bas de page 11 (se référant aux travaux de Pierre Bourdieu).

¹⁹⁶ K. NG, « Ideology Critique from Hegel and Marx to Critical Theory », *op. cit.*, p.399.

l'« ancrage » des idées et des concepts critiques dans la réalité sociale¹⁹⁷. Une critique révisée de l'idéologie peut être comprise comme une forme de critique immanente parce qu'elle ne peut plus se détacher de la « forme sociale qu'elle cherche à comprendre, à critiquer et à transformer »¹⁹⁸. De même, une critique méthodologiquement fondée du droit européen doit faire face à ses propres tendances idéologiques. Cela signifie qu'une critique plausible du droit de l'UE n'est pas possible sans une critique simultanée de ses « propres conditions constitutives »¹⁹⁹. La conscience des liens inhérents entre la « critique », l'« autocritique » et l'« autoréférentialité » est au cœur d'une méthode critique pleinement développée²⁰⁰. Une critique démasquante devient donc « une forme d'autocritique, dans laquelle la raison elle-même est continuellement mise à l'épreuve »²⁰¹.

Dans la théorie critique, la persistance de la pertinence de la critique de l'idéologie est soutenue par l'idée que le changement social n'est pas impossible. Par exemple, Cooke affirme que le concept d'idéologie est utile à la critique sociale parce qu'il attire l'attention sur « les difficultés que pourrait occasionner un changement cognitif pour le meilleur », ainsi que sur les façons dont la reproduction de « l'oppression sociale » peut rester « cachée aux sujets humains concernés »²⁰². Dans cette lecture, la critique de l'idéologie reflète le fait que la théorie et la pratique ne peuvent pas être séparées de manière significative dans le projet critique et que la « *praxis* » consiste en « une pensée et une action intentionnelles visant à changer l'ordre social pour le meilleur »²⁰³. Dans la dialectique critique, le négativisme méthodologique explique comment la critique peut détecter les pathologies et les distorsions sociales sans tomber dans la théorisation essentialiste. Mais, comme nous l'avons vu plus haut dans cet article, la négativité de la dialectique critique n'offre pas d'issue facile au critique quant à la problématique de l'émancipation. Le fait d'écarter l'aspect transformateur de la critique risque de désorienter radicalement le projet critique. Il est toutefois intéressant de noter que la critique démasquante du droit de l'UE reste souvent réticente quant à la question de savoir si une transformation post-critique est possible et/ou même souhaitable. Pour cette raison, le projet critique peut être tenu pour incomplet en droit de l'UE.

Cette discussion sur la problématique de la critique idéologique/démasquante clarifie les options qui s'offrent à la recherche critique du droit de l'UE. Le projet critique peut s'efforcer de maintenir de solides prétentions à une validité transcendante, avec toutes les difficultés liées à l'autoritarisme épistémologique. La critique peut aussi se replier sur un positivisme philosophique et sociologique et sur une distinction schématique entre « facticité » et « validité ». Mais cela diluerait à la fois la force de la

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 394 et 399. De même, B. O'CONNOR, *Adorno's Negative Dialectic : Philosophy and the Possibility of Critical Rationality*, *op. cit.*, p.12-13 sur la façon dont « les formes de philosophie sont des manifestations des formes de rationalité qui sont constitutives de la vie sociale ».

¹⁹⁸ K. NG, « Ideology Critique from Hegel and Marx to Critical Theory », *op. cit.*, p.394.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p.394.

²⁰⁰ *Ibid.*, Cela signifie également que « [l]es théories critiques [...] se retrouvent des deux côtés de la ligne de partage sujet/objet et doivent être capables de rendre compte d'elles-mêmes en tant qu'elles font parties de leurs objets d'investigation » (*ibid.*).

²⁰¹ *Ibid.*, p.393 et 394. De même, B. O'CONNOR, *Adorno's Negative Dialectic : Philosophy and the Possibility of Critical Rationality*, *op. cit.*, p.3 et 13 sur la façon dont « la métacritique de l'épistémologie est implicitement une critique des modèles de rationalité » et sur la façon « dont la critique de la philosophie en tant que produit de cette rationalité [sociale] doit entraîner la critique de la rationalité au sens large ».

²⁰² M. COOKE, « Resurrecting the Rationality of Ideology Critique : Reflections on Laclau on Ideology », *op. cit.*, p.6.

²⁰³ *Ibid.*, p.5.

critique comme diagnostique et comme moteur de transformation. Aucune de ces deux options n'est satisfaisante si le projet critique prend au sérieux l'interaction entre les aspects matériels et idéels de la réalité sociale. Une troisième option consisterait à modérer les affirmations critiques en les reliant plus explicitement aux modèles particuliers de rationalité sociale qui orientent la critique. Cela reste toutefois difficile sans une méthode critique plus développée. Si la « fermeture idéologique »²⁰⁴ peut se produire dans le cadre du projet critique lui-même, la méthode critique devient la seule protection disponible contre de telles tendances non critiques. Par conséquent, la critique du droit de l'UE a besoin d'une méthodologie qui soit attentive à la manière dont des rationalisations (et des pathologies) sociales concurrentes façonnent le projet critique dès le départ, car chaque critique est socialement inscrite dans un moment et un lieu particulier. Cela signifie essentiellement que la critique du droit de l'UE doit accepter sa nature de critique « intra-idéologique » – une concession qui peut ne pas être facile à faire pour les juristes. La section suivante expliquera pourquoi et ce qui pourrait être fait à ce sujet.

5. Surmonter les obstacles : comment faire progresser l'engagement critique en droit de l'UE ?

L'UE est un projet profondément idéologique²⁰⁵. C'est d'ailleurs confirmé par les traités actuels de l'UE²⁰⁶, ainsi que par la manière dont le projet d'intégration est apparu comme une contre-réaction au fascisme et au totalitarisme. Il est toutefois important de noter que, dès le départ, il y a eu plusieurs projets d'intégration concurrents. La nature idéale de l'intégration européenne a des implications directes sur ce que signifie étudier le droit de l'UE²⁰⁷. D'un point de vue interne, l'ordre juridique de l'UE n'a peut-être pas d'autre choix que de revendiquer l'autonomie du droit de l'Union en termes formalistes. Mais si les juristes de droit de l'UE adoptent cette perspective de justification intra-systémique du droit de l'Union cela devient problématique. C'est également un domaine où l'histoire critique du droit de l'UE a apporté une contribution utile en clarifiant la symbiose particulière entre le cadre institutionnel initial de l'UE et la recherche académique le prenant pour objet²⁰⁸. La nature de l'UE en tant que projet intrinsèquement idéationnel exige un état d'esprit critique particulier de la part des spécialistes du droit de l'Union. En même temps, la gouvernance de crise prolongée que traverse l'UE suggère que, dans un avenir proche, le besoin de recherche critique va augmenter, plutôt que diminuer. L'idée principale de cet article n'est toutefois pas qu'il faille davantage de recherche critique en droit de l'Union. Au contraire, cet article a démontré que les juristes en droit de l'UE devraient réfléchir plus attentivement à ce qu'implique mener une critique méthodologiquement solide du droit de l'Union.

L'idée directrice est ici que le droit de l'Union mérite d'être mieux critiqué. Dans les études européennes, les courants *révisionniste* et *rejectionniste* de la critique connaissent

²⁰⁴ *Ibid.*, p.12.

²⁰⁵ Pour plus d'informations sur le terme « idéationnel » et son utilisation dans cet article, voir la section 3.A.

²⁰⁶ Par exemple, l'article 2 et l'article 3, paragraphe 5, du traité UE. Version consolidée du traité sur l'Union européenne (2016) JO C 202/13.

²⁰⁷ Pour une discussion récente sur les points de départ concurrents de l'intégration européenne, voir par exemple K. PATEL, *Project Europe : A History*, Cambridge University Press, 2020.

²⁰⁸ Voir par exemple la littérature évoquée aux points 55 et 7. Cela ne veut évidemment pas dire qu'une seule et même personne ne peut pas agir à la fois en tant qu'acteur institutionnel et en tant que chercheur, tant que la relation entre ces différents titres fait l'objet d'une réflexion.

des limites méthodologiques qui les empêchent d'atteindre leur plein potentiel. Sans être exhaustif, il est possible de citer parmi les questions qui méritent d'être approfondies dans le cadre de la recherche critique sur le droit de l'Union : Quels sont les différents objectifs de la critique en droit de l'UE ? Est-elle principalement déconstructive, constructive ou reconstructive ? Quand la critique est-elle normative ? Peut-elle ne pas être normative ? Si ce n'est pas le cas, la normativité de la critique est-elle reconnue ou ignorée ? Surtout, de quel point de vue la critique est-elle menée ? Dans quelle mesure la critique est-elle immanente et/ou généalogique ? Cet article explique le silence des approches critiques en droit de l'UE sur nombre de ces questions par l'échec général à transformer la quête de la critique en un recalibrage méthodologique de la manière dont le droit de l'Union est critiqué – une question sans doute hors de portée du débat traditionnel sur le « rôle du droit ». Le manque d'intérêt perçu pour la méthode critique est problématique car la méthodologie de la critique, c'est-à-dire la manière dont la critique est menée, façonnera toujours les résultats de la critique. Par conséquent, il est important de se demander quels sont les facteurs qui peuvent actuellement entraver un engagement critique plus réfléchi de la part des juristes en droit de l'Union et quelles mesures pourraient permettre d'encourager un tel engagement.

Le manque d'engagement méthodologique peut au moins partiellement s'expliquer par la nature de la formation juridique, notamment par l'accent mis sur le raisonnement et l'argumentation au détriment de questions méthodologiques et épistémologiques²⁰⁹. Il en résulte qu'un engagement plus délibéré avec la théorie sociale critique conduit rapidement le juriste en dehors de sa « zone de développement proximal » (et donc aussi de sa zone de confort)²¹⁰. Alors que la plupart des juristes de droit de l'UE ne sont pas formés aux méthodes des sciences sociales ou de la théorie sociale, les politologues et les spécialistes des sciences sociales qui étudient le droit de l'UE risquent d'adhérer à l'idée de facticité de manière trop peu critique. On peut même affirmer qu'une évolution vers une étude plus axée sur les sciences sociales du droit ne fait que substituer « un type de normativité à un autre »²¹¹. Cet article a toutefois démontré que la question centrale n'est pas celle la normativité de la critique en tant que telle. Il est plus important de déterminer si la recherche critique est consciente de la contingence et de l'immanence de ses différentes interventions critiques, et d'identifier les engagements épistémologiques qui peuvent inhiber cette prise de conscience en droit de l'UE. C'est important parce que, en l'absence d'un engagement méthodologique adéquat, la force motrice de la critique, c'est-à-dire la manière dont la critique rationalise la société, tend à rester inexprimée.

Une autre explication de cette léthargie pourrait être liée à la perception commune du droit de l'UE comme un mécanisme de stabilisation et d'intégration, plutôt que comme un lieu de lutte sociale ou politique. Remettre en question cette conception du droit européen permettrait également de redéfinir ce que signifie ou ne signifie pas

²⁰⁹ Pour une discussion, voir, par exemple, G. SAMUEL, « Taking Methods Seriously (Part One) », *op. cit.*, p.94 ; G. SAMUEL, « Taking Methods Seriously (Part Two) », *op. cit.*, p.210 ; H-W. MICKLITZ, « A European Advantage in Legal Scholarship », *op. cit.*, p.308-9 ; R. VAN GESTEL et H-W. MICKLITZ, « Why Methods Matter in European Legal Scholarship », *op. cit.*, p.314 ; P. WESTERMAN, « Open or Autonomous : The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law », *op. cit.*, p.91.

²¹⁰ Le concept de « zone de développement proximal » est important en psychologie de l'éducation. Par exemple : LS. VYGOTSKY, *Mind in Society : The Development of Higher Psychological Processes*, Harvard University Press, 1978, p.86-87.

²¹¹ Par exemple : P. WESTERMAN, « Open or Autonomous : The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law » in M. VAN HOECKE (dir.), *Methodologies of Legal Research : Which Kind of Method for What Kind of Discipline ?*, Hart 2011, p.87-110, 109.

l'UE en tant que « communauté de droit ». Il est également clair que le droit de l'UE est étudié différemment s'il est considéré comme un « moindre mal », plutôt que comme une solution normative supérieure aux problèmes complexes de coordination et aux interdépendances entre les États membres de l'UE. Ce sont des sujets que les études critiques sur le droit de l'Union promettent de couvrir, mais leur capacité à le faire est actuellement entravée par leur manque de sophistication méthodologique. L'argument central de cet article est que ni le droit de l'Union ni la critique du droit de l'Union ne peuvent échapper à leur intégration dans un réseau complexe de rationalités sociales concurrentes. Pour cette raison, l'argument en faveur d'une méthode critique plus développée est nécessairement un argument en faveur d'un rôle plus important de la théorie sociale en droit de l'Union. Mais l'établissement de ce lien entre les approches critiques du droit de l'Union et la théorie sociale soulève une question plus profonde sur la manière dont la relation entre la théorie et la pratique est comprise en droit de l'UE.

En bref, un recours plus approfondi à la théorie sociale critique peut obliger les juristes du droit de l'UE à repenser ce qu'est la théorie et comment elle est liée à l'étude du droit de l'Union. Dans la théorie critique, la relation théorie-pratique n'est jamais à sens unique. Si la théorie n'est considérée que comme un outil, elle devient elle aussi vulnérable à l'accusation de fonctionnalisme. Plutôt que de considérer la théorisation abstraite comme de la mauvaise théorie ou de la théorie inutile, il est important de se demander à quelles fins la théorie critique utilise l'abstraction. En abordant cette question, il convient de garder à l'esprit que l'abstraction (par exemple dans l'art) s'efforce de s'affranchir des caractéristiques des représentations existantes. Ce qui peut apparaître comme une théorie abstraite et futile d'un point de vue, peut être considéré comme un « travail conceptuel » nécessaire d'un autre point de vue. De même, le droit de l'UE a besoin d'une théorie capable de pousser notre réflexion au-delà des limites de ce qui existe déjà, sans perdre de vue la façon dont les aspects idéels et matériels de la réalité sociale sont toujours en interaction. Ce type d'enquête socio-théorique jetterait également une lumière critique sur les abstractions conceptuelles que la recherche sur le droit de l'UE utilise déjà sans complexe²¹².

Dans cet article, l'analyse de la critique démasquante a montré que la recherche critique sur le droit de l'UE ne peut pas se contenter de dénoncer les effets négatifs de l'intégration juridique européenne. Au contraire, l'engagement méthodologique envers la critique doit s'étendre aux interventions critiques elles-mêmes. Il en est ainsi parce que la critique dévoilée est toujours subordonnée à un choix préalable entre des rationalisations sociales concurrentes. La méthode dialectique de la critique soutient que toute tentative de réflexion métacritique reste infructueuse dans la mesure où elle est incapable de reconnaître son propre enracinement dans la réalité sociale. Alors que d'autre part, la critique en tant qu'engagement méthodologique n'est pas réductible à une simple critique substantielle du droit de l'UE, une méthode critique plus développée est une condition préalable pour que la critique puisse contester et transformer le droit en termes substantiels. Mais cette quête d'une dialectique critique n'est pas un argument de type « générique ». La critique étant un phénomène protéiforme, chaque chercheur et chaque chercheuse devra en fin de compte se faire sa propre idée de ce que signifie l'engagement envers la critique comme méthode et déterminer le niveau d'investissement méthodologique nécessaire pour sa recherche. Bien que cette section ne puisse fournir que des lignes directrices provisoires pour une

²¹² Pour en donner des exemples, il est possible de citer la nation, l'État, la citoyenneté, la démocratie, pour n'en citer que quelques-uns.

telle autoréflexion critique, il est clair qu'une méthode dialectique de critique accorderait une attention particulière aux concepts qui sont utilisés dans l'exercice critique.

Un « schéma dialectique » suppose une « interaction », plutôt qu'une opposition, entre les « dichotomies paradigmatiques »²¹³. Le recours à la dialectique signifie que la recherche critique ne peut pas s'appuyer sur des oppositions conceptuelles et des catégorisations binaires sans expliquer comment ces catégorisations sont pré-structurées, médiatisées et rationalisées. Il s'agirait d'un changement important dans l'étude du droit de l'Union, car le discours critique s'appuie souvent sur de telles dichotomies conceptuelles²¹⁴. La primauté de l'objet sur le sujet critique signifie également qu'une méthode dialectique de critique résiste à toute conceptualisation prédéterminée et totalisante du droit de l'Union en tant qu'objet de critique. La reconnaissance de la contingence de nos appareils conceptuels a des implications sur la mesure dans laquelle les revendications critiques peuvent être généralisées et, par conséquent, sur les prétentions de validité que le projet critique peut faire. Mais la recherche d'une méthode critique plus développée n'est pas réductible à l'analyse sémantique des différentes significations qui peuvent être attribuées à des concepts clés, tels qu'une forme de gouvernement démocratique, dans la critique du droit de l'Union. Les liens étroits entre la pratique et la théorie soulignent que la critique est enracinée dans « des ensembles spécifiques de relations sociales, d'arrangements institutionnels et de processus de reproduction sociale »²¹⁵. La rationalisation du projet critique – et la quête d'autocritique qui y est liée – devient d'autant plus importante que le ou la critique est toujours socialisé dans un certain environnement et au sein d'une certaine culture, avec une tendance à normaliser les modèles de socialisation existants.

Une critique dialectique ne peut pas effacer les divisions internes de la rationalité sociale coopérative qui sous-tend la critique²¹⁶. Dans cette perspective, une critique dialectique refuse de prendre comme base normative de sa critique du droit de l'UE les références essentialistes à l'unité affective nationale, à la solidarité et à l'appartenance pré-politique. La dialectique critique va également plus loin que, par exemple, la théorie des systèmes, en reconnaissant que le sujet critique peut également être différencié de manière interne²¹⁷. La dissolution du sujet toujours cohérent renforce l'argument selon lequel les idées du critique ne sont jamais représentatives de la réalité sociale différenciée dans son ensemble. En tant que telle, la méthode dialectique de la critique souligne également les limites des approches descriptives non normatives dans l'étude critique du droit de l'Union. Cet article a mis en lumière les

²¹³ Voir : G. SAMUEL, « Taking Methods Seriously (Part Two) », *Journal of Comparative Law*, 2(2), 2007, p.210, 231 et 232.

²¹⁴ P.J. NEUVONEN, « A Revised Democratic Critique of EU (Citizenship) Law : From Relative Homogeneity to Political Judgment », *op. cit.*, p.873-4.

²¹⁵ E. CHRISTODOULIDIS, « Critical theory and the law : reflections on origins, trajectories and conjunctures », *op. cit.*, p.14. Voir également K. NG, « Ideology Critique from Hegel and Marx to Critical Theory », *op. cit.* ci-dessus pour une discussion sur la façon dont la critique est encadrée dans des relations matérielles.

²¹⁶ Voir, par exemple, A. HONNETH, *Pathologies of Reason : On the Legacy of Critical Theory*, *op. cit.*, p. 79, sur la façon dont « la vertu épistémique de la concentration sur l'objet inclut la "différenciation" ». Honneth discute aussi explicitement de la manière dont la rationalité coopérative de la théorie critique diffère, par exemple, des visions communautaires.

²¹⁷ Pour plus d'informations à ce sujet, voir P.J. NEUVONEN, *Equal Citizenship and Its Limits in EU Law : We the Burden ?*, *op. cit.*, p.140-60. Pour une discussion ultérieure sur le sujet européen, voir également P.J. NEUVONEN, « Retrieving the 'subject' of European integration », *European Law Journal*, 25(1), 2019, p.6-20, et F. DE WITTE, « The Liminal European : Subject to the EU Legal Order », *Yearbook of European Law*, 40, 2021, p.56-81.

façons dont la « facticité » est actuellement à la fois sous-estimée et surestimée en droit de l'UE. D'une part, l'opposition entre le droit et la facticité est problématique lorsqu'elle ne tient pas compte de la matérialité du droit lui-même. D'autre part, la méthode dialectique de la critique souligne que la réalité sociale extra-légale n'est, elle aussi, jamais immédiate. Les arguments de facticité, qu'ils soient politiques, économiques ou sociaux, ne peuvent faire progresser les approches critiques du droit de l'UE que dans la mesure où l'idée même de facticité est simultanément soumise à un examen critique. Cela explique pourquoi la recherche empirique ne peut à elle seule combler les lacunes des approches critiques du droit de l'Union.

Pour les approches critiques en droit de l'UE, le défi permanent est de savoir comment mener une critique *normative*, méthodologiquement robuste, sans nier l'enracinement social de la critique. Attacher le discours critique à ce qui légitime le droit a fourni des indications précieuses sur l'ambivalence actuelle de l'ordre juridique de l'Union, c'est-à-dire sur la manière dont ses fondements peuvent manquer d'un moment/pouvoir constitutif extra-légal au-delà des Traités²¹⁸. Mais une méthode critique plus développée libérerait la critique des contraintes du débat sur le « rôle du droit » en déplaçant l'axe analytique vers la critique du droit en tant que conflit entre divers modèles de rationalité sociale. Cela nous ramène à la relation apparemment difficile entre la critique « explicative-diagnostique » et la critique « anticipatoire-transformatrice » du droit de l'Union. Alors que la dialectique négative permet un engagement critique, même en l'absence de toute construction théorique positive, une critique dialectique du droit de l'Union ne peut pas fermer les yeux sur la question de savoir *ce qui vient après la critique* pour la recherche en droit de l'UE. À cette fin, il est bon de garder à l'esprit que la critique fondamentale, même rejetée, peut également être « rédemptrice » dans le sens où elle met en lumière les « promesses non réalisées » de ce qui est critiqué²¹⁹.

6. Conclusion

Bien que les crises multiformes que traverse l'UE renforcent la nécessité d'une recherche critique, la méthodologie de la critique a reçu relativement peu d'attention dans les approches critiques du droit de l'UE. Cet article apporte une contribution notable à la critique du droit de l'Union d'un point de vue méthodologique. Tout d'abord, il montre comment les courants *révisionnistes* et *rejectionnistes* de la critique contournent toute une série de questions méthodologiques pertinentes concernant la critique du droit de l'Union. Deuxièmement, cet article explique ce que les spécialistes du droit de l'Union pourraient apprendre des traits méthodologiques de la théorie sociale critique et de comment le principe de la métacritique, ainsi que ceux de l'immanence, de la contingence et de la négativité de la critique pourraient façonner la critique du droit de l'UE. Cette analyse est d'autant plus puissante que l'on a observé qu'une critique purement démasquante du droit de l'UE est susceptible de verser dans l'autoritarisme épistémologique et dans le positivisme sociologique non critique. Pour ces raisons, il a été conclu que le recours à la recherche empirique ne peut à lui seul combler les lacunes méthodologiques perçues dans la recherche critique en droit de

²¹⁸ Pour un aperçu récent du « pouvoir constituant » dans le contexte de l'UE, voir par exemple M. PATBERG, *Constituent Power in the European Union*, Oxford University Press, 2020. Pour une discussion plus générale, voir par exemple L. RUBINELLI, *Constituent Power : A History*, Cambridge University Press, 2020. Et différentes contributions dans M. ARVIDSSON *et al.* (dir.), *Constituent Power : Law, Popular Rule and Politics*, Edinburgh University Press, 2020.

²¹⁹ P. GORDON, *Adorno and Existence*, *op. cit.*, p.198.

l'UE. Puisque la critique et le critique sont toujours encadrés dans un certain contexte social, la méthode critique devient centrale pour rendre compte du projet critique. Ces résultats ont mis en évidence l'importance des approches socio-théoriques pour l'étude du droit de l'Union.