

Collection dirigée par SAMANTHA BESSON et NICOLAS LEVRAT

FONDEMENTS
DE
DROIT
EUROPÉEN

Interprétation en droit européen

Interpretation in European Law

Ouvrage édité par Samantha Besson,
Nicolas Levrat et Evelyne Clerc

Avec la collaboration de
Marie-Louise Gächter-Alge



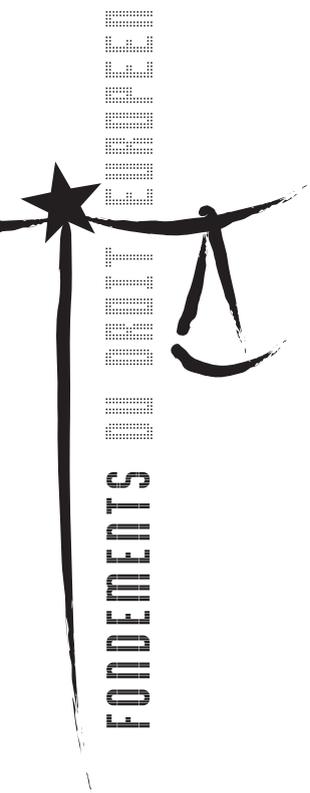
L.G.D.J

Schulthess
EDITIONS ROMANDES



Samantha Besson, Nicolas Levrat et Evelyne Clerc (éd.)
Avec la collaboration de Marie-Louise Gächter-Alge

Interprétation en droit européen
Interpretation in European Law



Volume 1

Collection dirigée par Samantha Besson et Nicolas Levrat

Collection dirigée par Samantha Besson et Nicolas Levrat

Interprétation en droit européen

Interpretation in European Law

Ouvrage édité par Samantha Besson,
Nicolas Levrat et Evelyne Clerc

Avec la collaboration de
Marie-Louise Gächter-Alge



L.G.D.J

Schulthess § 2011
ÉDITIONS ROMANDES

Création de la couverture: © Valérie Salvo

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011

ISBN 978-3-7255-6272-5

ISBN 978-2-8027-2942-6

Diffusion en France

Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle

Bruylant, Bruxelles

Editions Juridiques Associées / LGDJ, Paris

www.schulthess.com

www.bruylant.be

www.lgdj.fr

Sommaire

Table des matières	VII
Liste des contributeurs	XIII
Préface	1
L'interprétation en droit européen – Quelques remarques introductives <i>Samantha Besson/Marie-Louise Gächter-Alge</i>	3
I ^{RE} PARTIE : LA NATURE ET LA LEGITIMITE DE L'INTERPRETATION EN DROIT EUROPEEN	37
L'interprète – Allocution d'adieu à la Cour de justice de l'Union européenne <i>Miguel Poiares Maduro</i>	39
Les différents mythes de l'interprétation du texte et l'origine sociale de l'acte interprétatif <i>Andrea Bianchi</i>	45
Esquisse d'une théorie judiciaire de l'interprétation facteur de légitimation du juge national dans le système juridique communautaire <i>Fatimata Niang</i>	65
Les institutions européennes dans le débat sur « le gouvernement des juges » <i>Anne Eisengräber</i>	83

II ^E PARTIE : LES METHODES D'INTERPRETATION EN DROIT EUROPEEN	99
The Ricochets of Convergence in EU Law and the ECHR: Much Ado about the Margins of Appreciation ?	101
<i>Magdalena Forowicz</i>	
Concept de société démocratique, interprétation téléologique des droits fondamentaux et transformations démocratiques dans les EECO	121
<i>Beata Jastrzebska</i>	
Un nouveau téléologue	139
<i>Loïc Azoulai</i>	
Inégalités dans l'égalité : comparaisons croisées des jurisprudences de la CJUE et de la CourEDH sur trois critères de discrimination	149
<i>Eleonor Kleber Gallego</i>	
III ^E PARTIE : LES DIFFICULTES CONCRETES DE L'INTERPRETATION EN DROIT EUROPEEN	167
Interprétation de l'élément central du principe de précaution, l'incertitude scientifique, en droit communautaire et dans le droit de l'OMC	169
<i>Mari Viro-Moser</i>	
L'incidence d'une analyse économique de la restriction publique à l'accès au marché sur la méthode systématique d'interprétation des Traités communautaires	185
<i>Damien Féraille</i>	

FATIMATA NIANG

Esquisse d'une théorie judiciaire de l'interprétation facteur de légitimation du juge national dans le système juridique communautaire

I. L'autorité du juge : état des lieux et déficit conceptuel

La période contemporaine serait marquée par la marginalisation des contempteurs classiques du pouvoir politique des juges. Cette dernière serait liée, selon Philippe Raynaud, au « prestige général du thème de l'Etat de droit »¹, qui ne serait pas sans rapport avec le développement des juridictions transnationales telles que la Cour de justice des Communautés européennes (CJUE)². L'ascension de la figure du juge dans la philosophie contemporaine coïncide ainsi avec la prééminence dans la doctrine d'une philosophie du droit sur une philosophie politique par essence plus critique à l'égard d'une troisième figure du juge, qui s'affranchirait à la fois des conceptions antiques, que l'on veut pourtant pour favorables au juge, mais également des positions modernes fondées sur un double héritage : la tradition absolutiste de Hobbes et celle plus libérale de Beccaria. Cette philosophie est en outre moins tributaire de la dichotomie classique entre la centralité législative du positivisme juridique et les fondements transcendants du droit naturel. Il apparaît ainsi que la force du syllogisme judiciaire a été tempérée, que la jurisprudence joue un rôle normateur³ considérable et que l'opposition de la souveraineté au pouvoir créateur du juge tend à perdre beaucoup de sa pertinence. On assisterait à une forme d'éclipse de la souveraineté au profit du droit⁴. Prenant acte de cette révolution, une philosophie du droit contemporaine propose une lecture nouvelle

1 Philippe RAYNAUD, *Le juge et le philosophe*, Paris, Armand Colin, 2008, p. 117.

2 *Ibid.*

3 Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1990.

4 Pierre BOURETZ, « Souveraineté », in Olivier DUHAMEL et Yves MENY, dir., *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 989-993.

de l'office du juge, en suggérant une théorie du droit d'essence interprétative⁵ qui fait de ce dernier l'architecte de l'identité de la Communauté. Mais elle affranchit le juge de la tutelle de la philosophie politique qui en fait un organe du souverain chez Aristote comme chez Hobbes, sans nous fournir le fondement de ce nouveau pouvoir⁶ alors que les réflexions contemporaines demeurent marquées par deux intuitions premières: le juge est un organe du souverain dont il exprime la volonté, elle-même tributaire de la souveraineté populaire.

La question peut dès lors se poser de savoir si le juge en se faisant architecte d'une identité n'usurpe pas un pouvoir qui ne lui appartient pas. Une telle interrogation nous renvoie toujours au même défi, celui de fonder légitimement le titre de compétence⁷ du juge. Il est alors possible d'avancer deux hypothèses. On pourrait considérer que l'office du juge s'auto-légitime par sa nécessité: en somme le juge comblerait les lacunes d'un pouvoir constituant défaillant (parce qu'inexistant dans la Communauté) dont le dessein fondateur est d'instituer une identité (n'était ce pas le dessein des pères fondateurs d'aboutir in fine au primat du politique sur l'économique?). Ou alors ériger le juge comme le moteur de la modélisation d'une identité implicite latente mais présente, identité que définirait la Communauté de droit⁸. Il jouerait alors le rôle de révélateur au sens chimique. Le regain d'intérêt pour la figure du juge pousse à s'interroger sur la raison d'être de cette conception post moderne. Il est possible de considérer dans une perspective minimaliste qu'il est la résultante d'un progrès juridique dont il faudrait se satisfaire. L'inconvénient d'une telle approche est le risque de voir un tel progrès oblitéré par la résurgence vindicative de la branche politique législatrice de l'Etat. On pourrait, alternativement, fonder ce rehaussement de la fonction dans la redécouverte de l'essence véritable du juge. Mais là encore, à moins d'en hypostasier le fondement, il paraît difficile d'exhumer un tel âge d'or que la seule recherche empirique ne permet pas de déceler. Le défi demeure entier. La méthode doit donc pousser à partir de la pratique pour en donner une connaissance intelligible. Il convient de partir du point

⁵ Julie ALLARD, *Dworkin et Kant – Réflexions sur le jugement*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 24.

⁶ Philippe Raynaud se demande, à juste titre, pourquoi c'est à un juge (et non aux autres instances délibératives ou au pouvoir constituant lui-même) qu'il revient de définir l'identité de la Communauté, op.cit., note 1, p. 113. Dans le même sens, Robert Badinter se demandait si un peuple pouvait s'assujettir à un droit – le droit communautaire – qui ne s'identifie pas symboliquement et directement avec un souverain, mais procède d'une origine technocratique (cité par Laurent COHEN TANUGI, *L'Europe en danger*, Fayard, 1992, p. 139).

⁷ L'expression titre de compétence s'entend ici du fondement philosophique de l'office du juge et non de la base juridique de son action.

⁸ Carmenza CHARRIER, « La Communauté de droit, une étape sous estimée de la construction européenne », *RMC*, No 400, Juillet – Aout 1996, pp. 521-533.

sur lequel tout le monde s'accorde à savoir la finalité de la fonction juridictionnelle – dire le droit et trancher les litiges⁹ –. Il apparaît qu'au moins pour la première exigence, l'office du juge requiert un travail d'interprétation préalable. Puisque le juge a pour fonction d'interpréter les normes et que celle-ci va bien au-delà de la recherche du sens véritable d'une norme, il s'agirait en s'appuyant sur la doctrine contemporaine, de montrer ce qui fonde le titre normateur de l'interprète créateur de droit. On voit bien en quoi une telle approche se distingue des propositions alternatives énoncées. Elle fournit à l'idée de progrès une sécurité sans réécrire l'histoire que postule la deuxième branche de l'alternative. En outre, elle peut s'appuyer sur la fulgurante ascension de l'idée de droit¹⁰, promue par la Cour de justice, qui, par touches successives, a révélé silencieusement¹¹ les valeurs communes en les érigeant en socle d'une identité communautaire. Enfin, elle permet de prendre acte de l'équilibre institutionnel réel en place dans les démocraties contemporaines caractérisées par une bipolarisation entre le pouvoir politique (exécutif et législatif) et le pouvoir judiciaire¹², bien loin des incantations fictives de la division tripartite des pouvoirs que l'on prête à Montesquieu¹³.

Aussi, notre hypothèse sera la suivante: puisque la philosophie contemporaine se focalise autour de l'interprétation du droit par le juge, il s'agira pour nous de déterminer en quoi cette approche peut contribuer à légitimer la fonction du juge communautaire de droit commun.

II. Les figures du juge : pour une théorie jurisprudentielle de la fonction judiciaire

La philosophie du droit classique a d'abord forgé deux figures successives du juge. Tout d'abord, le juge peut être vu comme un magistrat institué par la communauté pour dire le droit: c'est la filiation jus naturaliste héritière de l'Antiquité grecque. Ensuite, il a été un organe du souverain selon la tradition libérale héritière des

⁹ Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994.

¹⁰ Robert LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, 1976.

¹¹ Joseph WEILER, « Une révolution tranquille. La Cour de justice et ses interlocuteurs », *Politix*, No 32, 1995, pp. 119-138 ; Alec STONE et James CAPORASO, « La Cour de justice et l'intégration européenne », *RFSP*, No 2, Vol 48, 1998.

¹² Pierre PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire*, No 90, Vol 23, 2000, pp. 339-349.

¹³ Pour une lecture plus juste de la théorie de Montesquieu, voir Dominique D'AMBRA, *op.cit.*, note 9, pp. 177 et s. qui réfute l'approche organiciste de la séparation des pouvoirs.

modernes (A). Mais seule l'approche post moderne d'essence interprétative – visant à démontrer que le juge parachève l'œuvre législative – semble refléter la réalité de l'office judiciaire aujourd'hui (B).

A. D'Aristote à Hobbes : l'introuvable qualification de la fonction judiciaire

D'Aristote aux Lumières, l'hostilité de la philosophie politique à l'égard du pouvoir normateur du juge est source de l'indétermination conceptuelle de l'identité du juge dans la tradition classique. La figure d'un juge automate freine le développement de toute approche de l'office judiciaire d'essence interprétative. Or, qu'il s'agisse d'un acte de connaissance ou de volonté, l'interprétation est aujourd'hui un concept polysémique qui participe au renforcement ou à la faiblesse de la légitimité du juge¹⁴. Etymologiquement (du grec *etimos* : vrai et *logos* : science), cette notion se réduit à l'opération qui vise à déterminer le sens exact d'une règle juridique¹⁵. Conséquence de cette acception, l'interprétation ne saurait être automatique dans son principe : elle ne s'impose qu'en présence d'une règle obscure. Cette définition stricte et littérale, qui s'accommode aisément dans le contexte historique de l'apparition du droit romain¹⁶, lequel ne reconnaît au juge aucun pouvoir normateur, apparaît aujourd'hui très inadaptée. Aussi, ce concept s'est-il considérablement enrichi en même temps que la théorie de la fonction mécanique du juge a cédé le pas à une approche plus favorable à la fonction judiciaire. A tel point que dans la période contemporaine resurgit cette dichotomie entre fonction cognitive et approche volontariste de l'interprétation, renouvelant passablement les conceptions de l'office du juge.

La question de la légitimité du juge a toujours constitué un objet de recherche fondamental dans la philosophie. Que celle-ci s'intéresse à la dimension politique de l'office judiciaire ou qu'elle s'évertue à déterminer le lien entre fondement du droit et office du juge, philosophie politique et philosophie du droit n'ont cessé de questionner depuis l'Antiquité jusqu'aux Lumières un objet d'étude sensible, suscitant controverses et accusations les plus virulentes au sein de la communauté scientifique, sans vraiment fournir une proposition convaincante, satisfaisante et réaliste de la figure du juge dans la tradition contemporaine. Déjà, dans la tradition

¹⁴ Mouhamadou MOUNIROU SY, *La protection des droits fondamentaux en Afrique : L'exemple du Sénégal*, Harmattan, 2007, p. 60.

¹⁵ Claude DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Paris, Delachaux & Niestlé, 1988, p. 182 ; *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^{ème} édition, p. 314.

¹⁶ Anne Françoise DEBRUCHE, « Le juge à travers le temps et l'espace, Tableaux d'une exposition sur le thème des grands systèmes judiciaires », *RDIC*, 2008, p. 366.

jus naturaliste antique, la forte connotation morale du droit rendait l'office du juge tout à fait singulier. Expression de valeurs sociales, le droit est d'abord perçu comme devant assurer une fonction méliorative, en ce sens que son objet ainsi que sa finalité doivent tendre vers la réalisation de la justice. La découverte de cette justice est rendue possible car elle se fonde sur des principes moraux objectifs qui dépendent de la nature de l'univers et qui peuvent être appréhendés par la raison. Puisque la seule fonction du droit est de découvrir les valeurs immanentes (Aristote) ou d'origine transcendante (Platon), le législateur ne saurait être le seul pouvoir susceptible de pourvoir à cette exigence. Le juge doit également jouer un rôle concurrent. Cette conception du droit, portée par l'école du droit de la nature antique, a été conceptualisée par Platon puis elle a connu un essor tout à fait considérable sous l'impulsion d'Aristote, au point d'être demeurée jusqu'à une période récente, un héritage fondamental de la pensée contemporaine. Si Platon et Aristote se distinguent en ce qu'ils ne fondent pas le droit naturel sur la même origine (transcendance et raison), il n'en demeure pas moins que les deux développent une conception du juge que l'on veut particulièrement favorable à son office. Pourtant, la conception aristotélicienne, si elle constitue un puissant facteur de dénonciation du légicentrisme des modernes, plaide en faveur d'un cantonnement de la fonction judiciaire, une fonction sous contrôle et qui apparaît subordonnée à la Communauté politique naturelle. Finalement, le juge chez Aristote n'est investi du pouvoir de *jurisdictio* que parce que la Communauté politique qui lui est antérieure le veut bien. Cette figure d'un juge agent a été confortée par les conceptions philosophiques modernes qui ont fait surgir la figure d'un juge organe du souverain qui n'est pas sans rappeler les contours définis dans la tradition antique. En effet, dans la théorie moderne de l'Etat telle qu'elle sera développée par Hobbes, le juge *contribue* à dire le droit au nom du souverain. Ainsi, on peut déjà établir un rapprochement entre Hobbes et Aristote dans la mesure où chez l'un comme chez l'autre la philosophie du droit est fortement sous tendue par une philosophie politique qui induit que si le juge dispose d'un pouvoir¹⁷, il tire cette prérogative d'une habilitation préalable du législateur – souverain. Dans cette approche, l'interprétation se voit limiter à la recherche *du* sens voulu par le législateur, elle ne saurait s'accommoder de la recherche *d'un* sens.

Si la philosophie du droit contemporaine est restée fidèle à ses intuitions premières, la dynamique communautaire semble induire un bouleversement substantiel des principes¹⁸ classiques, d'où la nécessité d'explorer une troisième figure du juge, plus apte à rendre compte de son office dans les démocraties contemporaines. Cette troisième figure a été conceptualisée par le théoricien du droit américain

¹⁷ Philippe RAYNAUD, *op.cit.*, note 1, p. 130.

¹⁸ Michel TROPER, « L'Europe et les principes », *Droit et société*, No 20, 1992, p. 165.

contemporain Ronald Dworkin¹⁹. Selon lui, le juge, en appliquant la loi, se fait interprète du droit et parachèverait ainsi l'œuvre du législateur.

B. Pour une approche dworkinienne de légitimation du juge communautaire de droit commun

Moteur d'un jus naturalisme renouvelé, le philosophe et théoricien du droit Ronald Dworkin s'est illustré pour avoir livré une attaque frontale du positivisme légaliste. Il propose un droit naturel épuré du dogmatisme classique, caractérisé par la jonction permanente entre le droit et la morale. Sa théorie du droit, fortement ancrée dans le contexte américain, est fondamentalement militante. Novatrice et résolument contemporaine, elle se prête particulièrement au comparatisme.

1. Présentation de la théorie dworkinienne : approche critique et enjeu politique

a) Un paradigme théorique original : une approche critique du positivisme juridique

Un réalisme renouvelé : la centralité rationalisée du juge dans la théorie du droit

Dworkin partage la conception des réalistes qui voient dans le juge l'élément le plus fondamental dans la théorie du droit. Mais il s'oppose à ces derniers en considérant que le juge ne dispose jamais d'un pouvoir discrétionnaire²⁰. Il est toujours encadré par des règles et des principes qui lui permettent, pour chaque cas donné, de déceler la seule réponse correcte.

Une approche médiane de l'interprétation entre connaissance et volonté

Jusqu'à Dworkin, l'approche théorique du travail d'interprétation n'échappe pas à une certaine dogmatique²¹ juridique radicale qui oppose l'interprétation – acte de connaissance – à l'interprétation – acte de volonté.

- L'interprétation, activité déclarative du sens des textes

L'interprétation, acte de connaissance, est une opération ayant pour but de déterminer le sens véritable du texte à appliquer. Elle postule la subordination de l'interprétation à la signification, l'activité de l'interprète consistant à découvrir, donc à connaître, un sens qui lui est extérieur, préexistant à l'interprétation et

¹⁹ Ronald DWORKIN (1^{ère} partie), *Droit et Société*, 1985.

²⁰ *Ibid.*, p. 30

²¹ Julie ALLARD, *op.cit.*, note 5, p. 18.

objectivement donné dans ce qu'il interprète²². La conception cognitiviste s'appuie sur la théorie de Montesquieu du juge bouche de la loi et sur l'école exégétique. Cette dernière prône une interprétation philologique et doctrinale des textes en prescrivant de rester le plus près possible du sens véritable des dispositions. De façon générale, cette approche réduit l'étude du droit à un commentaire littéral du code selon l'ordre suivi par le législateur. L'exégèse de la loi doit consister à dégager la volonté du législateur : en somme, le jeu interprétatif, c'est l'esprit de la loi. Cette conception repose sur une approche mécanique du travail du juge, réduit à la figure d'un agent automate, qui ne peut modérer ni la force ni la vigueur de la norme. Elle s'inscrit parfaitement dans la tradition romano civiliste continentale.

- L'interprétation, activité constitutive du contenu des règles : la théorie des contraintes

Cette thèse – l'interprétation acte de volonté – s'intéresse au rapport existant entre l'interprétation et le sens de l'objet interprété. Le sens n'a pas d'existence indépendante de l'interprétation, il ne peut pas être découvert ou décrit, il est produit par l'interprète. Le sens est subordonné à l'interprétation²³. Michel Troper la décline selon un triptyque : elle est une fonction de la volonté, elle n'a pas pour objet des normes mais des énoncés ou des faits, elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique. La dimension cognitiviste de l'interprétation se justifie selon l'auteur car « si l'interprète peut déterminer la signification d'un texte et si la norme n'est pas autre chose qu'une signification, il faut considérer que c'est l'interprète qui est lui-même l'auteur de la norme qu'il est chargé d'appliquer »²⁴. Il en résulte que l'interprète jouit d'une liberté, qui provient « de sa capacité de produire des interprétations sans appel, qui s'imposent même lorsqu'elles vont contre la compréhension commune ou le langage ordinaire ». Pratiquement, le pouvoir de l'interprète s'étend à la définition du contenu des normes, à la détermination de la norme et à la régulation de l'ordonnancement juridique. Si la liberté de l'interprète est totale, son pouvoir n'est pas arbitraire. Il est timoré par des contraintes tantôt juridiques tantôt de fait mais qui ne s'imposent pas à l'interprète. L'interprète dispose d'un pouvoir discrétionnaire qu'il ne peut exercer que très difficilement dans la pratique en raison de l'existence d'une pluralité de velléités concurrentes qui garantissent la stabilité du système.

²² Gustavo JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Harmattan, 2000, p. 149.

²³ *Ibid.*

²⁴ Michel TROPER, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006.

b) Un enjeu politique contestataire : le rejet des accusations d'activisme judiciaire de la Cour suprême

La théorie de Dworkin a pour objectif de justifier les solutions pratiques adoptées par la Cour suprême (CS) des Etats Unis²⁵. Pour lui, on ne saurait soutenir que la CS applique seulement la Constitution écrite. En même temps, admettre qu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire de création du droit ne saurait être justifiable au regard de la théorie démocratique. Selon Dworkin, la Cour ne se borne qu'à appliquer un droit préexistant mais celui ne saurait se réduire au droit posé par le législateur. Il conclut alors que puisque la Cour n'a pas le pouvoir de créer le droit, son rôle est conforme à la théorie démocratique.

2. Pertinence de la théorie dworkinienne pour la légitimation du juge national dans le système juridique communautaire

a) Présentation de la proposition

Nous partons des intuitions premières de la philosophie contemporaine puisées à la fois chez Aristote et Hobbes pour définir ce que nous dénommons une légalité *principielle* au fondement de l'office du juge national dans le système juridique communautaire. Cette légalité *principielle* est assise sur la théorie de Dworkin que nous définissons ainsi : la CJUE, en érigeant le juge national en juge communautaire de droit commun, se bornerait à appliquer un droit préexistant, mais celui-ci ne saurait se réduire aux traités originaires ni s'épuiser dans les intentions exprimées des Etats membres. Il en résulte que l'office communautaire du juge national ne saurait puiser son titre que sur un fondement juridique communautaire, parce qu'il est *commun* à tous les juges nationaux des Etats membres. Ce titre exclut ainsi toute autre modalité de légitimation nationale peu encline à soutenir la doctrine constitutionnelle de la Cour, propre à refléter la nature du droit communautaire et à en assurer les exigences essentielles. Toutefois, parce que le rôle assigné au juge national par la CJUE n'implique pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, il s'insère dans la théorie démocratique²⁶ et réfute par là même toute accusation de

²⁵ Michel TROPER, « Dossier Ronald Dworkin », *Droit et Société*, 1^{ère} partie, No 1, 1985, p. 31.

²⁶ « La crise de l'Etat providence, loin d'entraîner un reflux (du droit), a tout au contraire pris l'aspect d'un mouvement de retour au droit, dont témoigne éloquentement le succès du thème de l'Etat de droit, qui entraîne une nouvelle explosion juridique. (...) Mais cette critique (de l'Etat providence) a été paradoxalement bénéfique, en réactivant la vision libérale d'un droit au service de la liberté et conçu comme dispositif de protection contre l'Etat », Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? » in Jean CLAM et Gilles MARTIN, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 44.

gouvernement des juges. Par conséquent, la compétence communautaire du juge national résulte du dessein *unitaire* du système juridique communautaire, qui sous-tend le principe d'effet utile. La Communauté européenne étant une Communauté de droit, lequel implique le droit au juge, le juge national, lorsqu'il agit en tant que juge communautaire de droit commun, s'exprime au nom des sujets de cette Communauté que sont, par *delà* les Etats, les individus dotés de la citoyenneté européenne et unis par une charte constitutionnelle. L'exigence faite aux Etats membres dans le nouveau TUE²⁷ de prévoir des voies de droit permettant la mise en œuvre effective du droit communautaire renforce cette hypothèse. C'est ce que nous appelons la cause efficiente ou immédiate. Cette exigence *essentielle* d'application unitaire du droit communautaire découle elle-même de la nature *commune* de ce droit, dont la garantie assurée par le titre de compétence communautaire du juge national constituerait le révélateur d'une légalité *principielle* qui serait immanente à l'ordre juridique communautaire. Cette hypothèse est quant à elle soutenue par le postulat suivant: puisque la théorie de la Communauté de droit est l'expression de l'existence de valeurs communes²⁸ aux sujets de l'ordre juridique communautaire, qui s'appuient sur la reconnaissance d'un droit au juge, la tâche de ce dernier ne confine pas exclusivement à assurer la garde du temple: elle exige de ce dernier à devenir le moteur, l'architecte de l'embryon d'une Communauté politique²⁹ que l'on ne serait plus, dès lors, conduit à hypostasier³⁰. C'est notre cause finale dite *telos*.

b) Pertinence de la proposition

La pertinence de la proposition que nous élaborons est conditionnée par deux éléments fondamentaux: elle suppose, d'une part, la pleine cohérence du modèle dworkinien qui la fonde et doit, d'autre part, s'employer à défier de façon convaincante les idées classiques si peu promptes à fournir une théorie de la fonction du juge dans la tradition contemporaine. Dans les propos qui suivent, nous soumettons notre proposition aux deux filtres qui nous permettront d'évaluer la

²⁷ Article 19 § 1 alinéa 2 TUE : Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union.

²⁸ Si, pour Andrea Bianchi, la légitimité de la Cour pénale internationale découle du fait qu'elle "représente la communauté internationale organisée qui s'érige en juge sur la base d'un certain nombre des valeurs communes", alors on peut raisonnablement dire que dans la Communauté de droit, infiniment plus intégrée que la société internationale, le titre communautaire de compétence du juge national se fonde sur sa fonction fédératrice. Voir, Andrea BIANCHI, « Soudan : l'affaire Al Bashir », *Telos*, 30 mars 2009.

²⁹ Carmenza CHARRIER, *op.cit.*, note 8, p. 521.

³⁰ Etienne TASSIN, « L'Europe, une communauté politique? » *Esprit*, novembre 1991, pp. 63-79.

valeur théorique de notre hypothèse avant de confronter cette dernière à une étude succincte de la doctrine constitutionnelle de la Cour.

- Evaluation de la valeur théorique de la proposition dworkinienne

La force de conviction de la théorie de Dworkin repose fondamentalement sur sa filiation avec la tradition de Common Law, droit caractérisé par sa très grande continuité depuis la période féodale. En effet dans le droit anglais, il est admis que la systématisation du droit est le fruit d'un travail prétorien, qui valorise la fonction du juge et entraîne une mutation de son pouvoir d'interprétation³¹. Aussi le juge en tant qu'interprète des coutumes du peuple, dispose d'un pouvoir normateur tout à fait considérable. Mais ce volet socio – politique est encadré par un cadre juridique qui implique que si la jurisprudence en Common Law est une source de droit que le juge est tenu d'appliquer, il n'en demeure pas moins que le juge a une fonction essentiellement déclaratoire³². Puisque le juge est la voix d'un droit ayant une existence indépendante, il importe de comprendre qu'il existe des principes qui sous tendent les précédents. Aussi, on comprend que « dans la conception de Dworkin, les innovations produites par les juridictions ne sont pas des renversements de jurisprudence mais des fruits de la découverte des implications des principes qui étaient déjà présents dans le droit »³³.

La théorie de Dworkin s'inscrit dans le cadre des processus en cours dans le système juridique communautaire et pose les jalons d'un titre de légitimité de la fonction communautaire du juge que le berceau national démocratique peine à conceptualiser. En effet, appliqué au contexte national, l'idée rousseauiste qui fait reposer la légitimité des institutions démocratiques sur le double pilier de la volonté générale et de l'intérêt général est partiellement mais incontestablement remise en cause. Aussi, les démocraties contemporaines sont confrontées à un défi majeur, celui de *l'impertinence manifeste du critère de soumission à la loi comme facteur de légitimation du juge dans ces systèmes*. Ce fondement classique de légitimation du juge est mis à mal par le développement notamment de deux phénomènes majeurs que sont le *constitutionnalisme* et le *transnationalisme qui constituent deux facteurs de déstabilisation de la centralité démocratique*. A cet égard, le rôle de la CJUE, juridiction supranationale s'affirme en même temps que s'affinent les droits et les prérogatives des sujets de son droit, dénaturant ainsi l'office du juge national, qui voit sa situation constitutionnelle, au regard de laquelle elle apparaît naturellement légitime, nécessairement altérée. Aussi, si la philosophie

³¹ Donald POIRIER, *Introduction générale à la Common Law*, Editions Yvon Blais INC, 1995, p. 201.

³² David EDWARD, *Le rôle de la jurisprudence dans le Common Law*, <http://www.law.du.edu/documents/judge-david-edward-oral-history/1999-le-role.pdf>, p. 130.

³³ Philippe RAYNAUD, *op.cit.*, note 1, p. 145.

de Montesquieu très hostile à la croissance des fonctions du juge, considéré outre atlantique comme la branche la moins dangereuse, semble pénétrer les esprits les plus hostiles à l'endiguement de l'autorité judiciaire, il convient d'en limiter la portée. A la même époque, Portalis s'attaquait aux velléités du législateur dont il considérait que la fonction devait être limitée à la définition des maximes générales, laissant au juge un large pouvoir d'appréciation. En outre, si Montesquieu peut s'offrir le soutien de Beccaria, défenseur du syllogisme judiciaire, la philosophie antique et la pratique des pays de Common Law ont sonné le glas d'une conception minimaliste de la fonction du juge.

Le dessein que l'on se propose d'explicitier ici consiste à montrer comment une doctrine constitutionnelle d'origine judiciaire est, par l'entremise des juges communautaires de droit commun, légitimement susceptible de régénérer une légalité principielle au fondement d'un ordre juridique supranational.

- Confrontation de la proposition dworkinienne à la doctrine constitutionnelle de la Cour

En quoi la théorie de Dworkin contribue-t-elle à légitimer la fonction communautaire du juge national? Elle repose sur le postulat selon lequel les individus ont des droits fondamentaux opposables à l'Etat, lesquels constituent le fondement ultime du droit. Ces droits sont l'expression de principes immanents et qui préexistent dans un système juridique. Les juges se fondent sur ce matériel pour résoudre les cas qui leur sont soumis. Ces principes ne s'épuisent pas dans des énoncés législatifs. Ils sont élaborés par les juges au moyen de techniques d'argumentation. Dworkin part de la prémisse selon laquelle dans chaque système juridique, il existe une doctrine morale et politique implicite qui constitue le fondement et la justification du droit en lui-même. Le juge doit être capable par un raisonnement inductif de tirer cette doctrine sous jacente au droit posé. Ce système de valeur s'exprime par des principes généraux de droit (PGD). Quant au rôle joué par les principes, selon Dworkin, le juge en dégagant les PGD peut diriger l'interprétation des règles chaque fois qu'il existe des situations ambiguës, difficiles et indéterminées. Mais alors est-il légitime que le juge s'émancipe du droit posé par le législateur? Cette interrogation renvoie à la détermination de la nature de cette doctrine morale et politique implicite. A la différence de Kelsen qui fonde le droit sur la norme hypothétique fondamentale et qui dicte de respecter le droit posé, Dworkin considère qu'il est nécessaire de recourir à une métarègle, qui est constituée par les fondements essentiels d'un ordre démocratique et libéral : les droits de l'homme. Ces droits existent en dehors de l'Etat et même contre lui. Dworkin considère que le système institutionnel repose sur une théorie morale particulière à savoir que les individus ont des droits moraux contre l'Etat. Ce sont des droits pré-politiques qui relèvent d'un droit naturel fondamental : la justice.

La théorie de Dworkin est pertinente à un double titre dans notre compréhension de l'intégration juridique en cours dans l'UE. Elle permet, d'une part, de fournir un fondement aux PGD dégagés par la Cour et qui se déclinent notamment dans la reconnaissance d'un droit à un juge; elle esquisse, d'autre part, un titre de légitimation de la doctrine constitutionnelle de la Cour en le fondant sur la reconnaissance aux individus de droits moraux contre l'Etat. C'est à la confrontation de la proposition dworkinienne à la doctrine de l'effet direct que nous procéderons maintenant. L'on se propose ici de tester les deux clefs de l'approche dworkinienne – la finalité du droit et le rôle de l'interprète – afin de forger un concept de légitimation du juge communautaire de droit commun.

- φ A la quête du fondement de la doctrine constitutionnelle de la Cour ou de la finalité du droit: « Les personnes sont le principe et la fin du droit »

Parce qu'elle réhabilite l'approche cognitiviste de l'interprétation, la conception dworkinienne échappe à tout risque de politisation du pouvoir judiciaire. L'idée qu'il existerait, pour chaque difficulté juridique, un *one right answer*, constitue en effet une contrainte sémantique qui guide le travail d'interprétation du juge. A cet égard, les méthodes d'interprétation adoptées par la CJUE en général et dans l'affaire *Van Gend en Loos*³⁴ en particulier témoignent que cette opération relève d'une activité de production des règles n'impliquant ni une simple reproduction du sens des textes ni une pure invention du contenu de la règle. Or, si l'arrêt *Van Gend en Loos* est demeuré une décision fondatrice de la jurisprudence communautaire, c'est précisément parce qu'il a inauguré la doctrine constitutionnelle de la CJUE en posant de façon éclatante les bases de l'articulation entre l'ordre juridique communautaire et les ordres nationaux. Rendu sur renvoi préjudiciel, l'arrêt a permis à la Cour d'assimiler dès l'origine le droit communautaire à un droit interne, l'affranchissant ainsi partiellement du régime juridique classique du droit international. Tout en admettant que l'ordre juridique communautaire trouve son origine dans l'ordre juridique international, la Cour lui attribue les traits d'un ordre juridique interne en ce que son droit peut affecter directement le patrimoine des individus. Ce faisant, la Cour, au cœur de la production normative dans le système juridique communautaire, semble vouloir s'affranchir d'un certain nombre de contraintes³⁵ avec lesquelles elle est supposée composer. En effet, dans cette

³⁴ CJUE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, 26/62, Rec. 1963.

³⁵ Le respect par le juge de ces différentes dans la conduite de la procédure est pourvoyeur de légitimité pour certains auteurs, voir Jean DE MUNCK et Jacques LENOBLE, « Droit négocié et procéduralisation », in Philippe GERARD, François OST et et Michel van de KERCHOVE, dir.,

approche dworkinienne, l'on suppose que la juridiction communautaire doit s'efforcer de restituer le sens du texte (contrainte textuelle) mais elle ira au delà pour tenter de découvrir la lecture la plus optimale de la règle qui lui permettra ainsi de respecter la cohérence du système (contrainte systémique) et fournir la meilleure réponse (contrainte pragmatique).

φ A la quête du fondement du titre de compétence communautaire du juge communautaire de droit commun ou du rôle de l'interprète : « Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois³⁶ »

L'antériorité de l'interprète par rapport à la norme qu'il est supposé appliquer n'est que la conséquence de la proposition selon laquelle le juge ne se borne pas à appliquer le droit positif. Il existerait, à côté du droit positif, un droit judiciaire, qui constituerait la figure de proue d'une intégration politique de l'ensemble juridique que constituent les Communautés européennes. Les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire³⁷, « interne et autonome »³⁸, ont été progressivement définies par la Cour dans sa jurisprudence. Le binôme *Van Gend en Loos*³⁹ et *Costa c. Enel*⁴⁰ a permis de définir son autonomie par rapport aux droits national et international. Alors que la Cour affirmait dans *Van Gend en Loos* que le droit communautaire formait un ordre juridique propre⁴¹ intégré au système juridique des Etats membres, elle reconnaissait que ce même ordre découlait du droit international. Si l'ordre juridique communautaire s'affranchit à la fois du droit national mais également du droit international public, il repose sur un traité, lequel « bien que conclu sous la forme d'un accord international n'en constitue

Droit négocié, droit imposé ?, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 189.

³⁶ Sur le phénomène de déformalisation du droit, voir Sabine MALENGREAU, *Montée en puissance et légitimité du juge dans une société fragmentée en quête de lien social*, http://www.dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_2/contributions/MALENGREAU-2-20070503.pdf, p. 4.

³⁷ « Un ensemble structuré de normes juridiques possédant ses propres sources, doté d'organes et de procédures aptes à les émettre, à les interpréter ainsi qu'à en constater et sanctionner les violations » (Guy Isaac)

³⁸ CJUE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, C-402/05 et C-415/05, Rec. 2008, p. I-6351.

³⁹ CJUE, *Van Gend en Loos*, note 34.

⁴⁰ CJUE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.*, 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

⁴¹ CJUE, 13 novembre 1964, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*, 90 et 91/63, Rec. 1964, p. 1217 : *Le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique mais il établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle.*

pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit»⁴². Le droit communautaire, ni international ni national et qui fonde l'ordre juridique communautaire, serait alors ni plus ni moins qu'un droit interne. En toute hypothèse, cette prétention qui n'est pas nouvelle⁴³, semble trouver un écho dans la jurisprudence récente de la Cour.

Le juge communautaire, garant du droit interne... Dans l'arrêt Kadi⁴⁴, rendu sur pourvoi, la CJUE a annulé deux précédentes décisions du TPICE, par lesquels la juridiction communautaire refusait d'annuler un règlement qui mettait en œuvre des sanctions édictées par le Conseil de sécurité des Nations Unies, sanctions qui avaient été prononcées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international et qui étaient dirigées contre des personnes soupçonnées d'appartenir à la mouvance Al-Qaïda. Prenant le contre-pied du TPICE, qui avait considéré que les juridictions communautaires n'étaient pas compétentes pour apprécier la légalité interne d'un règlement qui avait pour objet de mettre en œuvre un accord international, la Cour estime pour sa part qu'un tel contrôle des actes, au regard des droits fondamentaux, s'étendait à l'ensemble du droit dérivé quelque fut la motivation de l'adoption de ces actes. En somme, selon la Cour, un accord international, fut-il antérieur aux Communautés, ne saurait faire obstacle, sur le plan interne, au respect de la charte constitutionnelle de base qu'est le Traité.

L'arrêt Kadi est intéressant notamment parce qu'il fait écho à la jurisprudence des juridictions suprêmes françaises qui tend désormais à faire d'elles des juges européens⁴⁵ à part entière. La Cour de justice semble ici de façon très cohérente rejeter l'argumentation du TPICE, celle là même qui constitue désormais le fil conducteur des juridictions suprêmes nationales. Dans la jurisprudence constitutionnelle française par exemple, les sages refusent de contrôler la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires qui ont pour objet la

⁴² CJUE, avis du 14 décembre 1991, *Espace Economique Européen*, 1/91, Rec. 1991, p. I-6079 sur le *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*.

⁴³ Dans une résolution du 2 octobre 1997 sur les relations entre le droit international public, le droit communautaire et le droit constitutionnel des États membres, le Parlement européen « réclame un règlement clair, consacré dans le traité CE, de la relation entre le droit international public et le droit communautaire, allant dans le sens d'une équivalence de la CE avec les États nationaux, ce qui signifie que le droit international public ne s'applique pas directement, mais seulement lorsque son applicabilité a été déclarée par un acte juridique interne de la Communauté ou après que son contenu a été transposé dans des actes du droit communautaire ».

⁴⁴ CJUE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi*, note 38.

⁴⁵ CE, 8 février 2007, *Arcelor et Gardedieu*; CC – Décision 2004-496, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

fidèle reprise d'une exigence communautaire au motif qu'un tel contrôle reviendrait en pratique à apprécier la constitutionnalité de la directive elle-même. Le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour examiner la constitutionnalité de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique parce qu'il transpose strictement certaines dispositions de la directive relative au commerce électronique⁴⁶. Le raisonnement du Conseil est en parfaite symétrie avec celui du TPICE. En effet, si ce dernier rejette les conclusions aux fins d'annulation du règlement litigieux, c'est précisément parce qu'il se refuse à exercer un quelconque contrôle juridictionnel d'un acte qui en réalité ne fait qu'intégrer dans l'ordre juridique communautaire des exigences contractées dans l'ordre juridique international. Toute décision contraire reviendrait en pratique à confronter les résolutions du Conseil de sécurité au droit primaire. Si le parallèle des principes est tout à fait saisissant, leurs implications pratiques – pour l'ordre juridique communautaire – sont opposites. Le refus de contrôle affirmé par le Conseil garantit au droit communautaire une immunité constitutionnelle tout à fait propice à assurer la pérenne existence de l'ordre juridique communautaire alors que la prétention du TPICE à devenir juge international est pernicieuse pour l'intégrité du même ordre.

Face à un juge national qui s'évertue à devenir garant de l'ordre juridique communautaire et à un juge communautaire qui se fait défenseur du *pacta sunt servanda*, le dépositaire de la charte constitutionnelle de base tranche très clairement en faveur de son opposant naturel historique. Nonobstant la pertinence des différentes solutions, il apparaît ici que l'ordre juridique communautaire semble s'acclimater d'un droit judiciaire, construit à la lisière des systèmes juridiques national et international classique et qui esquisse une communauté politique réelle⁴⁷.

...d'une Communauté de droit. La CJUE, en refrenant la prétention du TPICE de se faire garant de l'ordre public international, renforce de son côté son dessein d'asseoir la Communauté de droit qu'elle s'efforce de construire depuis son arrêt *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*⁴⁸. Le TPICE considère que le

⁴⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO L 178/1 du 17 juillet 2000.

⁴⁷ « En tant que pouvoir authentique, le juge doit opérer des choix. Ce faisant, il participe indéniablement à l'exercice de la fonction politique, par la mise en œuvre d'un véritable pouvoir décisionnaire, élément déterminant dans le processus d'affirmation du juridictionnel comme pouvoir comparable aux deux autres », Fabrice HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 207.

⁴⁸ CJUE, 23 avril 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c/ Parlement européen*, 294/83, Rec. 1986, p. 1339.

droit issu de la Charte s'impose aux Etats membres en vertu des principes du droit international général codifiés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴⁹. Leur appartenance à la CE a eu pour simple effet de transférer ces obligations à la nouvelle organisation régionale. Il en déduit donc que « tout contrôle de la légalité interne du règlement attaqué, notamment au regard des dispositions ou principes généraux du droit communautaire relatifs à la protection des droits fondamentaux, impliquerait donc que le Tribunal examine, de façon incidente, la légalité desdites résolutions » (§266). En excluant tout contrôle de légalité du règlement au regard du droit communautaire, le TPICE n'immunise pas totalement ledit acte puisqu'il se dit compétent pour apprécier la légalité de l'acte attaqué au regard du jus cogens. Pourtant, si le TPICE ne semble pas faire preuve d'indifférence à l'encontre de la Communauté de droit (§260), après un examen de proportionnalité minutieux il semble faire prévaloir le caractère plus impérieux des sanctions du Conseil de sécurité et partant de l'ordre public international sur la protection des droits fondamentaux dans l'UE et donc de leur fondement à savoir cette même Communauté de droit.

C'est ce raisonnement là, qui semble insupportable à la Cour, qui est disqualifié par cette dernière au motif que la Communauté de droit ne saurait souffrir de l'immunisation des actes des institutions de tout « contrôle juridictionnel de conformité avec la charte constitutionnelle de base qu'est le traité CE (§281 Kadi) ». La Cour insiste en rappelant, en fin de raisonnement, que le « contrôle de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte » (§316).

L'arrêt Kadi s'inscrit parfaitement dans une jurisprudence qui s'efforce d'élaborer une théorie juridique *d'origine judiciaire* de la Communauté de droit. Celle-ci repose sur un présupposé politique, puisque le concept même de Communauté de droit est le pendant de l'Etat de droit, lequel, au-delà de ses garanties procédurales, suppose des exigences substantielles, condition de légitimation de tout pouvoir⁵⁰. Le concept

⁴⁹ TPIUE, 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne*, T-306/01, points 244-245 : *il est constant que, au moment de conclure le traité instituant la Communauté économique européenne, les États membres étaient liés par leurs engagements au titre de la charte des Nations unies. Ils n'ont pu, par l'effet d'un acte passé entre eux, transférer à la Communauté plus de pouvoirs qu'ils n'en avaient ni se dégager par là des obligations existant à l'égard de pays tiers au titre de ladite charte.*

⁵⁰ Sur l'actualité de la question, voir la Grande Conférence du 450^{ème} de l'UNIGE de Louise Arbour : *L'Etat de droit dans un monde en désordre*, 10 mars 2009, Université de Genève, téléchargé le 20 mars 2009, <http://www.unige.ch/presse/static/video/2009/450arbour.html>.

de Communauté de droit a été forgé par la Cour en tant qu'expression de « valeurs qui s'imposent aux institutions communautaires mais qui sont largement partagées par les Etats membres et qui constituent les bases de la constitution politique de l'Europe communautaire »⁵¹.

Ces valeurs sont traduites dans l'adoption dans la jurisprudence de PGD, en tant que source du droit communautaire et leur dimension normative s'accompagne ainsi « d'une recherche de légitimité »⁵². Parmi ces principes, figure le droit à une protection juridictionnelle effective, qui se traduit par la nécessaire reconnaissance du droit à un juge.

Cette reconnaissance du droit à un juge arbitre la dichotomie entre droit et politique en faveur du premier. Elle entérine l'antériorité de l'ordre juridique fondateur par rapport au pouvoir politique et du rôle crucial que joue le juge dans l'élaboration dans cet ordre.

⁵¹ Carmenza CHARRIER, *op.cit.*, note 8, p. 522.

⁵² *Ibid.*, p. 525.