Quelles références pour le droit public ?

Colloque des 17 et 18 mai 2018, Aix-en-Provence

« Faire référence » : une introduction en forme d'ambiguïtés

Romain Le Bœuf,
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Le style oral a été conservé

Il est toujours difficile de prétendre introduire un sujet lorsque plusieurs personnes en ont si bien identifié les enjeux avant vous. Le risque est évidemment celui de la redite, sinon de la fadeur. Une bonne méthode voudrait, pour cette introduction, que je me plie au classique exercice de la définition des termes du sujet : « Quelles références pour le droit public ? ». Toutefois, ce serait sans doute faire une offense à la fois mortelle et collective à cet auditoire que de prétendre, ici, définir ce qu'est le droit public !

Je m'en tiendrais donc à dire quelques mots de la notion de référence, de son importance pour le juriste et de la relative obscurité dans laquelle elle a pourtant été laissée par la doctrine. Cette obscurité résulte sans doute de la banalité qui s'attache à l'emploi de références. Le philosophe Emile Meyerson écrivait en 1912 que « L'homme fait de la métaphysique comme il respire ». De la même manière, on peut certainement dire du juriste qu'il a érigé l'usage de la référence en une fonction physiologique. En effet, les références imprègnent l'ensemble du discours juridique. Elles peuvent être explicites, tout autant qu'implicites, voire inconscientes. Elles peuvent renvoyer à des connaissances proprement juridiques (la loi, la jurisprudence, la doctrine) autant qu'à des éléments *a priori* étrangers au droit, mais qu'un usage répété a irrémédiablement intégrés à la pensée juridique. Il existe ainsi certaines œuvres artistiques qui, produites sans rapport aucun avec la science du droit, n'en sont pas moins intensément mobilisées par les

juristes : François Ost a recensé ces « grands mythes juridiques » qui appartiennent au champ référentiel du droit tout autant que le Code civil ou la jurisprudence du Conseil d'État.

L'étude de ce champ référentiel n'est, certes, pas entièrement nouvelle : elle a toutefois souvent été réduite à la question des sources. Certes, il ne fait aucun doute que les sources du droit, et notamment les sources formelles, constituent des références privilégiées pour les juristes. Le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu définit d'ailleurs le terme « référence » comme l'« action de rapporter une proposition à une *source* du droit ». Ainsi entendue, la référence constitue donc le modèle auquel va être confrontée une situation à évaluer ; la référence, pour le juriste, serait alors la Majeure du syllogisme. Pour autant, il serait non seulement réducteur, mais fondamentalement triste, d'admettre que l'horizon de nos références s'arrête aux codes et aux recueils d'arrêts. Il y a là un utilitarisme qui ne rend compte, et c'est heureux, ni de la richesse du droit, ni de celle des juristes : dire le droit, le plaider, le nuancer, le contredire ; l'argumenter, le contextualiser, l'illustrer voire en rire ! Quel avocat – et quel juge – n'a jamais glissé dans ses plaidoiries ou ses arrêts diverses facéties – imperceptibles par le justiciable – mais qui provoqueront à coup sûr l'hilarité – ou du moins la connivence – de ses pairs ?

Il y a évidemment quelque chose dans le droit qui va au-delà de la morne rationalité.

Toute production juridique incorpore et renvoie à un ensemble de références, à la fois vaste et hétéroclite, qui joue un rôle fondamental dans la manière dont les sources sont comprises, appliquées et enseignées. Les théories qui se disent les plus pures sont elles-mêmes imprégnées d'un ensemble de références qui excèdent de beaucoup la simple nomenclature des lois et règlements. L'ossature juridique a besoin de chair et nos références communes, sans constituer d'authentiques sources, me paraissent tenir un rôle important dans la cohérence de notre discipline, voire dans l'existence même de notre communauté professionnelle.

Cet usage répété de mentions récurrentes contribue, il me semble, à l'identification d'un discours comme étant proprement juridique. Plus qu'un langage comportant un lexique, une syntaxe, une grammaire ou une logique propres, le droit serait ainsi une pratique discursive fondée sur l'usage ritualisé d'un ensemble de références partagées : « dis-moi qui tu cites, je te dirai qui tu es ».

Le constat révèle à lui seul les risques inhérents à cet entre-soi disciplinaire. Car ces références communes sont des sources de la pensée tout autant que des menaces pour son développement : on trouve chez Bachelard une très sévère mise en garde contre ces *corpus* référentiels qui sclérosent l'intelligence par le fait même qu'il la structure. Je lis : « Les livres […] patiemment recopiés les uns sur les autres depuis un demi-siècle, fournissent aux enfants une science bien socialisée, bien immobilisée et qui, grâce à la permanence très curieuse du programme des concours universitaires, arrive à passer pour naturelle ». Face à cette naturalité du procédé, il devient dès lors important d'adopter une certaine distance critique et d'en revenir – pour suivre la préconisation phénoménologique de Paul Amselek – à une forme d'« étonnement », non ici devant le droit en tant que tel, mais devant ce qui est un aspect *fondamental* de la méthodologie juridique. Étonnons-nous donc, au risque d'enfoncer des portes grandes ouvertes, devant cette espèce de fétichisme méthodologique qu'entretiennent les juristes par rapport à la référence.

Commençons par le commencement : qu'est-ce qu'une référence ? La référence désigne en propre l'« action de se *référer* à quelqu'un ou quelque chose » et, par métonymie, « ce à quoi l'on se *réfère* ». Si la définition de la référence est pauvre, celle du verbe « référer » est au contraire particulièrement riche. Le verbe référer, en effet, est susceptible de plusieurs emplois grammaticaux. Sous une forme pronominale, chacun peut « se » référer à quelque chose : l'avocat se réfère à la jurisprudence, le juge se réfère à la loi, le législateur à la Constitution. Sous une forme non pronominale, nous pourrons, suivant une syntaxe désuète, « référer » une décision au Conseil d'État. Cet usage tenu pour vieilli par les dictionnaires donne d'ailleurs, et paradoxalement, lieu aux procédures les plus modernes, que ce soit en matière de libertés ou en matière contractuelle, qui sont des procédures de « référés ». Dans un usage plus contemporain, et confronté à un acte administratif vicié, nous pourrons « en » référer à l'autorité compétente. Ainsi, saisi d'un cas difficile, je peux « me » référer aux travaux de la doctrine ou « en » référer au Conseil d'État.

Le verbe référer est donc porteur d'une équivoque : en effet, selon la forme grammaticale retenue, le locuteur pourra affirmer sa propre autorité (le juge se réfère à la loi pour établir l'autorité de son jugement) ou au contraire s'en remettre à l'autorité compétente (le citoyen *en* réfère au juge ; le Président de la République *en* réfère au peuple souverain par la voie éponyme

du *référ*endum). Pronominal, le verbe traduit de la part du sujet une recherche de légitimité ; non pronominal, il implique au contraire un constat d'incompétence.

L'ambiguïté s'accentue dans l'expression retenue pour l'intitulé de cette communication : « faire référence ». Simple en apparence, l'expression est porteuse de la même équivoque. Elle peut aussi bien constater l'autorité attachée à une personne (tel auteur « fait référence » en droit européen) que permettre à celui est dépourvu de cette autorité de l'emprunter à son titulaire (je « fais référence » à tel auteur). L'emprunt, toutefois, n'est pas gratuit : lorsque je « fais référence » à une personne, je reconnais, je conforte ou dans certains cas j'établis, son statut d'autorité. En faisant référence « à » une œuvre, je fais dans le même temps référence « de » cette œuvre ; je paie donc l'autorité que j'emprunte au prix de la légitimité que je confère. Cette légitimation de l'autorité par la référence dont elle est l'objet se remarque de façon spectaculaire, sinon inquiétante, sur certaines plates-formes numériques de diffusion des revues scientifiques. Ces plates formes, principalement américaines, accolent à chaque article le nombre de citations dont il fait l'objet de la part de la communauté scientifique : « dis-moi qui te cite, je te dirai si tu es ».

C'est donc un rapport de subordination, sinon d'allégeance, que traduit la référence. Certes, cette conclusion doit être nuancée : certaines citations n'expriment rien d'autre qu'une révérence, un clin d'œil, ou une connivence entre pairs. Toutefois, le caractère quasi féodal du procédé devient évident lorsque le jeune chercheur gagne son adoubement doctoral en s'assurant de soigneusement « faire référence » à chacun des membres de son jury. Si l'on n'évolue pas sur les épaules des géants, le risque sera important d'être piétiné par eux. Honnis soit qui oublie de référencer en bibliographie les travaux de son jury !

Sous différentes formes, l'idée de référence traduit donc à chaque fois un rapport d'autorité. Tantôt, l'autorité est exercée ; tantôt, elle est conférée. Ce rapport et ces transferts d'autorité que traduit la référence rend assurément le procédé moins anodin qu'il ne paraît au premier abord. J'ai proposé tout à l'heure de l'envisager avec étonnement, je me demande maintenant s'il ne doit pas être considéré avec suspicion.

En effet, il existe indubitablement une dimension « constructive » du procédé, que suffisent à révéler quelques exemples classiques d'histoire constitutionnelle : l'autorité publique s'est-elle acquise autrement, pour les dépositaires du pouvoir, qu'en « faisant référence », dans chacun des sens du terme ? La couronne de France établit son pouvoir, d'un côté, en *faisant référence* « à » Dieu et « à » l'Histoire et, de l'autre côté, *faisant référence* « pour » les seigneurs locaux et le clergé, qui en retour *firent référence* « de » la volonté royale. Sur un plan épistémologique, les notions et autres catégories intellectuelles existent-elles autrement que par les références que l'on y fait ? La souveraineté, par exemple, est-elle autre chose qu'une idée qui a su s'imposer comme une référence incontournable de tout discours tourné vers la chose publique ? Qu'une génération seulement s'abstienne de « se référer » à ce concept, d'en « faire référence »… la face du monde en serait sans doute changée. Plus généralement, mais aussi plus fondamentalement, le droit lui-même ne subsiste que par les références permanentes dont il est l'objet : un droit auquel on cesse de « faire référence », un droit qui cesse de « faire référence », perd toute effectivité et à terme toute existence.

Puisque la référence traduit un réseau de relations d'autorité, cela devient un enjeu crucial que d'identifier « qui » fait référence « à quoi » et ce qui fait référence « pour qui ». L'éclairage de ce réseau nous permettra alors d'identifier les types de rapports qui se nouent à la fois au sein du droit, mais aussi entre le droit et des domaines qui lui sont, sinon étrangers, du moins extérieurs.

Les différentes tables rondes qui se tiendront au cours de ces deux journées permettront d'étudier différentes catégories de références employées par les publicistes.

Une première table ronde sera ainsi consacrée à identifier les références mobilisées par les juges et avocats dans leur activité quotidienne. L'éclairage de ces praticiens servira alors de point de référence constant pour la suite de nos travaux. Une deuxième table ronde portera sur les très usuelles références jurisprudentielles. Une troisième table ronde envisagera les tout aussi classiques références doctrinales. Une quatrième table ronde s'attachera aux références faites à des ordres juridiques étrangers ou historiques. Une cinquième sera quant à elle dédiée aux références à des données extérieures au droit. La sixième et dernière table ronde portera pour finir sur la pratique, courante, de l'autoréférence, c'est-à-dire sur cette curieuse habitude des juges, mais aussi des universitaires, à se référer à eux-mêmes pour conforter leur propre autorité !