



HAL
open science

Chamanisme de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'Homme, et sa publicité.

Stanislovas Tomas

► **To cite this version:**

Stanislovas Tomas. Chamanisme de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'Homme, et sa publicité.. Droit. Univeristé Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2010. Français. NNT : . tel-03741676

HAL Id: tel-03741676

<https://theses.hal.science/tel-03741676>

Submitted on 1 Aug 2022

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.

UNIVERSITÉ DE PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

École doctorale de droit comparé
Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris - UMR de droit comparé

Thèse

En vue de l'obtention du grade de docteur en droit
Soutenue le 19 novembre 2010



Chamanisme de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme
(techniques d'interprétation dans les domaines de droit des affaires,
de droits de l'homme, de droit institutionnel), et sa publicité

Volume 1 : Chamanisme judiciaire

Stanislovas TOMAS

Jury :

professeur Gilda Nicolau, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne (membre)
professeur Camille Kuyu, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne (directeur de thèse)
professeur Etienne Le Roy, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne (président)
professeur Fabrizio Marrella, Université Ca' Foscari de Venise (rapporteur)
professeur Eben Moglen, Université de Columbia à New York (rapporteur)

*À mes grand-mère et
tante*

REMERCIEMENTS

J'exprime mes remerciements les plus profonds à mon directeur de thèse, le professeur Camille Kuyu, sans qui l'approche critique et anthropologique de cette thèse deviendrait impossible. Pour son encouragement et pour sa dédicace à la culture juridique non-occidentale qui sert de source d'inspiration.

Je suis également reconnaissant à la professeure Gilda Nicolau pour son attitude ouverte et pour l'autorisation de poursuivre ce projet à la Sorbonne. Je remercie le professeur Duncan Kennedy de l'Université de Harvard, mon ancien directeur de mémoire au sein du programme de LL.M./DEA, pour sa provocation intellectuelle et pour l'encadrement initiale. Je suis reconnaissant à M. Vytautas Sviderskis, le meilleur avocat que j'ai l'honneur de connaître, pour sa vision pratique et pour sa sagesse relative à la manière dont il faut gérer les pratiques juridiques.

Je remercie le professeur Fabrizio Marrella de l'Université Ca' Foscari de Venise pour l'accueil en Italie, pour son optimisme et l'amitié, le professeur Mads Andenas de l'Université d'Oslo pour l'encouragement, pour l'accueil en Norvège et pour le bureau qu'il m'a organisé.

J'exprime mes remerciements au professeur Christian Calliess de l'Université Libre de Berlin pour l'intégration de la théorie du chamanisme judiciaire au sein de son cours sur le droit européen, pour le temps qu'il m'a consacré, pour son conseil et pour le bureau à l'université qu'il m'a réservé, et à la professeure Patricia Rodríguez-Patrón Rodríguez pour son amitié, son encouragement ainsi que pour le bureau à l'Université Autonome de Madrid.

J'exprime la reconnaissance profonde au professeur George Bermann de l'Université Columbia à New York pour ses conseils et sa contribution au développement de la thèse. Les discussions avec le juge Bostjan Zupancic à la Cour européenne des droits de l'homme et avec le professeur Frank Fleerackers ont apporté sans aucun doute une contribution très importante à cette thèse.

Je suis également très reconnaissant envers le professeur Gerhard Dannemann de l'Université d'Humboldt à Berlin pour l'accueil en Allemagne, la professeure María Jesús Ariza Colmenarejo de l'Université Autonome de Madrid pour l'accueil en Espagne et le professeur Adam Gearey de

l'Université de Londres pour l'accueil en Angleterre, ainsi qu'envers le docteur Reinhard Fössmeier de l'Académie Internationale des Sciences au Saint-Marin pour l'accueil à la République sérénissime. Cette expérience internationale m'a donné une perspective plus globale du fonctionnement des pratiques régulatrices.

Chamanisme de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme (techniques d'interprétation dans les domaines de droit des affaires, de droits de l'homme, de droit institutionnel), et sa publicité.

| | |
|--|------------|
| INTRODUCTION | 8 |
| PREMIÈRE PARTIE : LE CHAMANISME JUDICIAIRE SUR LE MARCHÉ DES PRATIQUES RÉGULATRICES..... | 37 |
| Introduction à la première partie..... | 37 |
| Titre 1. Genèse du chamanisme judiciaire au niveau théorique..... | 38 |
| Chapitre 1. Origines théoriques du chamanisme judiciaire | 38 |
| A) Le réalisme juridique et les idées similaires de l'époque..... | 38 |
| B) Le postmodernisme | 60 |
| B) Les études critiques du droit et les idées similaires..... | 68 |
| Chapitre 2. Notions académiques fondant la conception du chamanisme judiciaire..... | 102 |
| Complexe psychomental..... | 102 |
| Autres références au chamanisme | 111 |
| Magie juridique..... | 113 |
| Mystique juridique | 118 |
| Mythologie juridique | 120 |
| Théologie juridique | 121 |
| Liturgie juridique | 124 |
| Approches psychologiques à la sacralité du droit | 125 |
| Idolâtrie juridique | 126 |
| Religion civile | 131 |
| L'athéisme constitutionnel et la positivité..... | 135 |
| Chapitre 3. La reconnaissance de l'indétermination juridique dans la jurisprudence | 137 |
| Titre 2. Chamanisme judiciaire et sa place dans la perspective plus générale..... | 144 |
| Chapitre 1. Chamanisme judiciaire..... | 144 |
| Sous-chapitre. Rejet de la dichotomie activisme-passivisme..... | 150 |
| Chapitre 2. Chamanisme judiciaire dans une perspective plus générale..... | 152 |
| Sous-chapitre 1. Inexistence du droit | 152 |
| Sous-chapitre 2. Pratiques régulatrices | 154 |
| Sous-chapitre 3. Le marché juridique et la méthodologie pour les techniques publicitaires du juridisme..... | 159 |
| Sous-chapitre 4. Critique contre la critique | 163 |
| Conclusion de la première partie | 170 |
| DEUXIÈME PARTIE : LES TECHNIQUES CHAMANISMIQUES DE LA CEJ ET DE LA CEDH..... | 172 |
| Introduction à la deuxième partie | 172 |
| A) L'histoire de l'opérationnalisation de l'abus de déduction | 173 |
| B) Méthodologie pour les techniques d'interprétation employées par nos deux Cours...180 | 180 |
| Titre 1. Abus dans la construction du système (abus dans le choix de la planète)..... | 183 |
| 1. Le déni de juridicité..... | 184 |
| 2. L'abus dans le choix du standard d'évaluation spectrale | 185 |
| 3. L'abus dans la construction du standard d'évaluation spectrale | 187 |
| 4. La constitution des chambres d'épreuve | 188 |
| 5. Probatio diabolica..... | 195 |
| 6. L'argumentation stalinienne..... | 196 |
| 7. L'abus des niveaux argumentatifs | 198 |
| 8. L'esprit vainqueur dans la variante « 4e dimension » | 206 |
| 9. L'abus dans le choix de question | 207 |
| 10. La re-compétencialisat ion dans sa variante muette | 209 |
| 11. L'ignorance dans sa variante muette | 210 |
| 12. Le multichainisme contradictoire | 210 |
| 13. Déclaration d'une catégorie dans la comparaison aspectuelle jurisprudentielle..... | 212 |
| 14. La comparaison falsifiée..... | 215 |

| | |
|--|------------|
| 15. Les esprits ont changé leur opinion dans la variante implicite..... | 220 |
| 16. La mythologie chaotique | 221 |
| Titre 2. Abus de déduction..... | 229 |
| Section 1. Techniques principales..... | 230 |
| 17. Notre Planète Terre est vivante et Elle parle avec moi | 230 |
| 18. Le couronnement | 233 |
| 19. Inhérentisation..... | 239 |
| 20. Le découronnement..... | 241 |
| 21. Je vois le cœur | 243 |
| 22. L'esprit a choisi..... | 251 |
| 23. L'esprit vainqueur..... | 255 |
| 24. La vie de l'esprit est en danger | 261 |
| 25. La négation d'existence du sens..... | 262 |
| 26. Le don d'épée de feu | 263 |
| 27. Le changement de langue..... | 267 |
| 28. Le don des ailes | 268 |
| 29. La libération spirituelle par le don des ailes | 278 |
| 30. L'amputation des ailes | 282 |
| 31. La recompétencialisation | 289 |
| 32. L'abus des signes | 306 |
| 33. Cette idole est un bout de bois | 312 |
| 34. La réanimation d'une idole de bois | 316 |
| 35. La voix des ancêtres divins..... | 325 |
| 36. L'abus téléologique | 329 |
| 37. L'abus de conséquences..... | 337 |
| 38. L'abus historique | 343 |
| 39. Le renversement des circonstances | 345 |
| 40. Comparaison aspectuelle circonstancielle | 350 |
| 41. Comparaison aspectuelle jurisprudentielle..... | 352 |
| 42. Les esprits ont changé leur opinion dans la variation explicite ou quasi-explicite | 367 |
| Section 2. Techniques importantes | 368 |
| 43. La parade des esprits..... | 369 |
| 44. L' « éléphantisation »..... | 372 |
| 45. La mouchisation | 379 |
| 46. L'esprit est trop loin..... | 384 |
| 47. L'abus d'évaluation spectrale | 384 |
| 48. Une réponse supplémentaire | 389 |
| 49. Le déni du résultat..... | 390 |
| 50. Une tête de dragon dodécacéphale a été coupée..... | 391 |
| 51. La septicémie | 396 |
| 52. La rémission d'une violation | 397 |
| 53. La constitution des chambres d'épreuve dans sa variante de précision..... | 398 |
| 54. Le dédoublement d'un esprit..... | 398 |
| 55. La fusion des esprits | 405 |
| 56. L'esprit polycéphale classique..... | 408 |
| 57. L'esprit polycéphale vertical | 410 |
| 58. La recorèglisation | 411 |
| 59. La reritualisation..... | 412 |
| 60. « Quand le dieu du Soleil est absent, nous invitons l'esprit du feu »..... | 423 |
| 61. La réincarnation | 424 |
| 62. Le masque de la paix spirituelle | 425 |
| 63. La proclamation de la lutte éternelle | 426 |
| 64. Le loup-garou | 430 |
| 65. Le champ de mines | 432 |
| 66. Un personnage fort doit être bon..... | 433 |
| 67. « Vous vous êtes trompé d'esprit supérieur »..... | 434 |
| 68. L'esprit tué par le miroir..... | 435 |
| 69. L'abus des intérêts..... | 435 |
| 70. L'abus dans le calcul | 440 |
| 71. La sortie d'un mouvement du contexte | 440 |

| | |
|--|------------|
| 72. La sortie du contexte d'un mouvement..... | 442 |
| 73. La sortie des mots de leur contexte..... | 442 |
| 74. L'extraction du contexte des mots..... | 449 |
| 75. Le découpage de la structure argumentative..... | 451 |
| 76. Un voyage dans le passé réussi | 453 |
| 77. Un voyage dans le passé qui a échoué | 458 |
| 78. L'ignorance simple | 462 |
| 79. L'ignorance contextuelle générale..... | 465 |
| 80. L'ignorance contextuelle spécifique | 466 |
| 81. L'ignorance secondaire justifiée par l'ignorance primaire | 467 |
| 82. L'esprit m'a donné des raisons que je ne peux pas vous communiquer | 468 |
| 83. La faute de ancêtres..... | 468 |
| 84. Le bouc émissaire | 469 |
| 85. Un argument purement pratique | 474 |
| Section 3. Techniques secondaires | 476 |
| 86. Le Dieu est beau..... | 476 |
| 87. L'esprit-décoration | 477 |
| 88. La création du monde spirituel idéal | 477 |
| 89. Faire le feu | 480 |
| 90. L'esprit gardien a dormi | 480 |
| 91. L'esprit gardien s'est réveillé..... | 492 |
| 92. L'esprit ne le remarquerait pas | 499 |
| 93. Cet esprit n'est que pour nuire | 500 |
| 94. L'obsession par les démons | 501 |
| 95. La personne honnête a dit | 505 |
| 96. L'abus dans la construction de balance (d'équilibre) | 505 |
| 97. L'abus dans la construction d'ensemble des faits..... | 508 |
| 98. Les autres chamanes font la même chose | 509 |
| 99. L'esprit-assistant de la chamane | 510 |
| Le chamanisme en tant que technique indépendante | 513 |
| Conclusion de la deuxième partie : comment survivre sur le marché juridique ? | 514 |

INTRODUCTION

*Nous sommes trop occidentaux pour
aborder l'occidentalité froidement.*
Pierre Legendre.¹

Notre travail possède trois hypothèses principales :

1. « Le Droit » est une forme contemporaine et occidentale du chamanisme ;
2. le fonctionnement de la rationalité occidentale juridique peut être classifié en termes de techniques chamaniques d'entrée en contact avec les esprits ;
3. la philosophie du droit peut être vue comme une publicité commerciale du chamanisme judiciaire.

D'abord, je vous proposerais de voir ces hypothèses de manière détaillée, puis de passer à la méthodologie, et enfin d'aborder la question sur l'utilité et sur l'intérêt du présent travail pour la communauté académique, pour les praticiennes du droit, pour le public en général et pour moi personnellement. Nous terminerons l'introduction par une revue des parties de la thèse.

Première hypothèse principale : « Le Droit » comme une forme contemporaine, occidentale du chamanisme.

Regardons ces hypothèses et leurs relations mutuelles plus en détail. Les études critiques du droit² (les écd, les adhérentes de ce mouvement académique sont appelées « crites » ou « crits » pour la forme masculine), les réalistes juridiques états-uniennes³, les réalistes juridiques scandinaves⁴,

¹ Pierre Legendre, *Le désir politique de Dieu : étude sur les montages de l'État du Droit*, Paris : Fayard, 2^e éd. 2005 (1988), p. 255.

² Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," 19 *Nova Law Review* 909 (1995).

³ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers – A Reply to Dean Goodrich”, 84 *University of Pennsylvania Law Review* 815 (1936).

⁴ Axel Hägerstöm, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1953, p. 348.

l'anthropologue Sergey Shirokogoroff,⁵ l'anthropologie juridique depuis Michel Alliot⁶ et le juriste français Pierre Legendre⁷ ont affirmé à plusieurs reprises la similarité entre le droit et la religion. Cette conclusion est faite en raison de l'impossibilité de prévoir les décisions judiciaires et surtout celles des cours d'appel et de dernière instance sur la base de la compétence professionnelle ainsi qu'en raison de sa sacralité. La comparaison du droit à la religion présuppose qu'il est à la personne de croire en « Le Droit » ou de ne pas y croire. Fred Rodell a soulevé l'hypothèse que « Le Droit » est une forme occidentale du vodou.⁸ Duncan Kennedy⁹, Pierre Legendre¹⁰ et les autres auteurs¹¹ ont parlé du « Droit » comme d'une religion polythéiste. Principalement, il y a deux attitudes des critiques envers « Le Droit » :

1. l'athéisme constitutionnel niant l'existence du « Droit » comme l'existence de Dieu¹² ;
2. la *postness* (que je traduirais de l'anglais au français comme la « postité ») consistant en la croyance et l'absence de croyance en même temps¹³.

Ces deux attitudes sont conceptualisées par Duncan Kennedy et nous les décrirons plus bas.

D'un autre côté, Camille Kuyu décrit le vodou juridique en Haïti. Il analyse le vodou comme une alternative au droit, comme un système bien développé de la « justice invisible » qui accompagne la « justice étatique » et qui est souvent beaucoup plus efficace¹⁴. En fait, j'ajouterai juste que cette justice invisible peut être considérée comme analogue au droit naturel occidental. La recherche de Kuyu montre que le chamanisme traditionnel existe comme une pratique régulatrice autosuffisante, ce qui nous permet de le considérer comme tout à fait comparable au « Droit » occidental.

⁵ Sergey Shirokogoroff, *Psychomental Complex of the Tungus*, London : Kegan, Paul, Trench, Trubner, 1935, p. 266.

⁶ Gilda Nicolau, Geneviève Pignarre, Régis Lafargue, *Éthnologie juridique : autour de trois exercices*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 134, 135.

⁷ Pierre Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. 222.

⁸ Fred Rodell, *Woe unto you, Lawyers!*, New York : Pageant Press, 1939, p. 1.

⁹ Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," *op. cit.*, p. 909.

¹⁰ Pierre Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*

¹¹ David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue : Reassessing International Humanitarianism*, Princeton: Princeton University Press, 2004.

¹² Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," *op. cit.*, p. 909.

¹³ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997, p. 312-313.

¹⁴ Camille Kuyu, *Écrits d'anthropologie juridique et politique*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 229.

Il suit de ce patrimoine académique qu'on peut soutenir sans hésiter que la justice étatique est également une forme de la justice invisible. Dans cette perspective, mon hypothèse principale, à savoir que le droit est une forme du chamanisme, n'apporte rien d'original.

Une contribution importante est effectuée par Sergey Shirokogoroff avec sa conception du complexe psychomental¹⁵. Le complexe psychomental est l'ensemble des conceptions (des esprits) ainsi que l'ensemble de leurs interactions qui existent dans la conscience d'un individu. Deux individus peuvent avoir des complexes similaires ou très distincts. Les différences entre ces complexes dans les conceptions et dans la perception de leur interaction provoquent les conflits. La même conception peut être appelée différemment dans le complexe psychomental d'une tribu sibérienne et dans le complexe psychomental européen. Pour cette raison, la traduction des idées en provenance du complexe sibérien vers le complexe européen doit être effectuée en gardant le sens original. Shirokogoroff affirme que les systèmes philosophiques occidentaux sont des formes du chamanisme. Il traduit le mot sibérien « esprit » par « conception »¹⁶. Georges Gurvitch, en son tour, traduit le mot « esprit » par « symbole émotif-volitif » ou tout simplement « valeur »¹⁷.

Nous trouvons l'idée similaire consistant en la négation de profonde différence entre la rationalité occidentale et le chamanisme oriental chez un grand nombre des anthropologues. Henrietta L. Moore et Todd Seters parlent de la modernité comme du « projet profondément culturel » et refusent de reconnaître que les vérités de ce projet sont naturelles ou universelles.¹⁸ Les discours occultes africains sont des récits sur la moralité, sur la socialité et sur l'humanité – ils représentent la conscience historique et sociale.¹⁹ Selon ces anthropologues, les croyances occidentales en « progrès », en « développement », en « rationalité », en « modernité » et en « main invisible » d'Adam Smith sont équivalentes à la croyance que les forces occultes gouvernent le monde. Ils se prononcent pour l'abandon des « croyances occultes occidentales ».²⁰

¹⁵ Shirokogoroff, *Psychomental Complex...*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁶ *Ibid.* p. 2.

¹⁷ Georges Gurvitch, *La magie et le droit*, rééd., Paris : Dalloz, 2004 (1938) p. 11.

¹⁸ Henrietta L. Moore et Todd Seters, "Magical Interpretations et Material Realities: an Introduction", pp. 12-13, dans Henrietta L. Moore et Todd Seters (dir.), *Magical interpretations, Material Realities: Modernity, Witchcraft et Occult in Postcolonial Africa*, London: Routledge, 1997.

¹⁹ *Ibid.* p. 20.

²⁰ *Ibid.* p. 19.

D'ici vient mon hypothèse qu'il est possible d'exprimer les termes juridiques occidentaux par des termes chamaniques :²¹

- ❑ la « chamane » au lieu de la juge ;
- ❑ l' « esprit » au lieu du principe juridique, de la règle, du concept juridique, de la considération, etc. ;
- ❑ l' « amulette où les esprits habitent » au lieu de la loi, de l'article, du préambule, de l'acte juridique, du traité, de la convention, du document, de la recommandation, de la résolution, de la directive, du règlement, etc. ;
- ❑ la « technique de l'entrée en contact avec les esprits » au lieu de la technique d'interprétation juridique ;
- ❑ les « ailes » au lieu de la transposition, du transfert des concepts juridiques ;
- ❑ etc.

Qu'apporte cette vision ? Tout d'abord, c'est un approfondissement de la vision déjà établie que le droit occidental est une forme de religion polythéiste. Il faut maintenant tout simplement procéder à la précision de ce comment cette religion fonctionne, et de quoi elle est composée.

En même temps, la thèse que le droit est une forme du chamanisme nie l'existence même du droit comme il est traditionnellement imaginé par une personne ordinaire. Du moins, comme je rencontre cette personne dans mon expérience personnelle. Cette vision ainsi qu'un juridisme énonce que « Le Droit » gère réellement les relations entre les individus de manière tout à fait prévisible à la « personne rationnelle » et à la juriste. Tandis que selon notre vision sur le modèle chamanique, c'est plutôt la chamane qui le fait en communiquant la volonté des esprits aux gens mortels. Le mécanisme impersonnel, objectif et rationnel de solution des conflits qui s'appelle « Le Droit » n'existe souvent pas au niveau empirique.

Ici la question se pose : le mot même de « Droit » est-il nécessaire ? Et si nous abandonnions ce concept parce qu'il décrit de manière inadéquate ce qui se passe au niveau des cours, comment devrions nous décrire ce que nous y trouvons ? Qu'est-ce qu'il y a à la place du « Droit » ? Serait-il

²¹ Stanislovas Tomas, "Theory of Judicial Shamanism" in Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation et Interpretation: Proceedings of the 22nd IVR World Congress 2005*, vol. 5, Stuttgart: Franz Steiner, 2007, p. 139.

convaincant d'abandonner complètement le concept du « Droit » ? Rencontrons-nous le chamanisme judiciaire dans n'importe quelle affaire ? Je propose de remplacer le mot « droit » par le concept des « pratiques régulatrices ». Ce concept devrait englober les affaires où l'existence de ce qui est traditionnellement compris comme « Droit » est hors de la question – ce que qui peut être appelé « facticité juridique » (de l'allemand *Faktizität*), le chamanisme judiciaire ainsi que les cas qui sont entre la facticité juridique et le chamanisme judiciaire. Le mot « Droit » est maladroit au sens où si nous utilisons le même mot pour décrire la facticité juridique et le chamanisme judiciaire, les gens commencent à penser que les affaires du chamanisme judiciaire fonctionnent de la même manière que les affaires de la facticité juridique. Ce mot transfère la légitimité de la facticité juridique au chamanisme judiciaire. Ce transfert peut être considéré comme une fonction propagandiste du mot « Droit ».

Mon hypothèse supplémentaire est que la pratique régulatrice consiste en au moins 5 états :²²

1. la facticité juridique,
2. le *gedoogd* (le mot « gedoogd » vient du néerlandais et se traduit comme « pas légal, mais pas illégal » : une situation où toutes les parties sont d'accord que la loi exige un certain comportement, mais les gens violent de manière permanente cette exigence et les forces de l'ordre l'ignorent),
3. la solution de problème sans une tierce personne en possession du pouvoir contraignant (l'absence de la juge ou de la chamane et la solution de conflit par un accord libre entre les parties en conflit),
4. le chamanisme chaotique (l'absence de la juge où le rôle de la chamane est joué par chaque partie en conflit de manière indépendante et où le conflit reste irrésolu),
5. et le chamanisme unilatéral ou judiciaire.

Dans la présente thèse, ces états de la pratique régulatrice ne nous intéressent que brièvement et principalement pour répondre à la question de savoir comment l'on peut comprendre les faits empiriques qui sont d'habitude couverts par le concept du « Droit » dans le cas où on abandonne ce mot.

²² Stanislovas Tomas, "European Judicial Shamanism" choisi pour la publication dans Rūta Brūzgienė, Agnieška Juzefovič (dir.), *Metamorphoses of Ritual: From Archaic World Toward Postmodern*, Vilnius : Institute of Philosophy and Culture, 2010.

Donc le premier objet principal de notre recherche est de savoir si le « Droit » au niveau des cours d'appel fonctionne comme un chamanisme et, s'il y a lieu de parler de chamanisme judiciaire, en quoi ce dernier consiste. Une tâche supplémentaire est également de proposer une vision plus globale sur ce qui existe au lieu du « Droit », comment l'on doit appeler les procès empiriques couverts par le mot « Droit » dans la langue courante.

Il faut également remarquer qu'en principe on peut encore davantage élargir le terme du chamanisme et englober la bureaucrate, la policière, la professeure, le père dans la famille et les autres formes d'autorité. Dans ce cas, le mot « chamanisme » signifierait une prise de décision sur la base de communication avec certains esprits invisibles (avec certaines conceptions) dans une situation où une communication alternative amènerait à une conclusion contraire.

Deuxième hypothèse principale : la diversité des techniques d'interprétation juridique (des techniques de l'entrée en contact avec les esprits) montre l'indétermination juridique et le fonctionnement de la pratique régulatrice devant la juge (le fonctionnement du chamanisme judiciaire).

La deuxième hypothèse principale se déduit de la première. Comment puis-je contribuer à la défense de la vision « droit en tant que religion polythéiste » et à l'analyse de l'indétermination juridique ? L'indétermination juridique, est-elle vérifiable ? En raison du fait qu'au fond de l'attaque des postmodernistes, des critiques et des réalistes juridiques, se trouve l'idée de l'imprévisibilité du droit, de l'impossibilité de prévoir la conclusion judiciaire, et en raison du fait que les conclusions judiciaires sont construites au moyen des techniques d'interprétation judiciaire, je propose de passer à la recherche sur ces techniques d'interprétation.

Nous pouvons trouver de nombreuses réponses à cette question, mais je voudrais apporter ma contribution en me concentrant sur la diversité des techniques d'interprétation juridique (ou des techniques de l'entrée en contact avec les esprits). Ce type de vérification consiste en l'hypothèse que s'il y a beaucoup de techniques d'interprétation judiciaire, cela approfondit le scepticisme vis-à-vis de l'hypothèse que l'existence du Droit est objective et déterminée. Nous sommes surtout intéressés par les techniques d'interprétation applicables dans les impasses d'indécisionnabilité (le mot anglais « undecisionability » signifiant l'impossibilité de prendre une décision est introduit par

Duncan Kennedy²³ et je voudrais le transposer en français). L'indécisionnabilité est le contraire de la facticité où il n'y pas le moindre doute quant à ce que la juge doit faire, où le « droit » fonctionne de manière autonome et mécanique.

Bien évidemment qu'il est possible de présumer que même une diversité exceptionnelle des techniques d'interprétation ne signifie pas l'inexistence du droit – cette diversité peut être gérée par une juge intelligente. Cette hypothèse peut être vérifiée en considérant encore une fois ces techniques et en évaluant si on peut parler de la continuité entre plusieurs « juges intelligentes » partageant le même complexe psychomental.

Sur la base de cette hypothèse, je veux procéder à l'analyse empirique de comment cette conscience européenne fonctionne : nous allons aborder les techniques juridiques et voir comment les décisions judiciaires sont prises. Autrement dit, l'objet empirique de notre recherche est la technologie judiciaire – l'ensemble des techniques d'interprétation pratiquées par les cours suprêmes, les techniques de passage par des impasses d'indécisionnabilité. Je comprends une technique d'interprétation comme une transformation de la position (du complexe psychomental) de la partie perdante en position de la juge (en complexe psychomental de la chamane). Cette approche nous permet de voir plus clairement la lutte entre les conceptions (entre les esprits).

Mon approche du fonctionnement des techniques judiciaires est basée sur l'attitude que ces techniques sont la technologie de production des arguments juridiques. À leur tour, les arguments juridiques sont une marchandise sur le marché juridique. Les avocats reçoivent de l'argent exactement pour la vente d'arguments juridiques (en tant que marchandise) produits au moyen de ces techniques interprétatives (comme toute technologie industrielle).

Troisième hypothèse principale : la philosophie du droit accomplit le rôle de la publicité commerciale du chamanisme judiciaire.

Après une telle démarche, il est nécessaire d'établir une relation entre notre thèse sur le chamanisme judiciaire et la philosophie du droit ou la discipline normative du droit en général. La troisième hypothèse apparaît en répondant à la question suivant : quel est le rôle de la philosophie

²³ Débat avec le professeur Duncan Kennedy en avril 2008, l'Université de Harvard.

du droit, de la théorie du droit ou de la science normative du droit par rapport aux techniques de la production et de la transformation (de la technologie industrielle juridique) des arguments juridiques (des esprits qui sont des marchandises sur le marché juridique) ? Mon hypothèse est que l'objectif empirique de la philosophie du droit est de convaincre les juristes et le public général de commencer l'utilisation de certaines techniques interprétatives et de certaines conclusions juridiques ou, autrement dit, de faire la publicité pour ces techniques et conclusions.

Si la philosophie du droit est la publicité du chamanisme judiciaire, il doit être possible de l'analyser comme une publicité de boissons rafraîchissantes, de meubles, de préservatifs, de politiciennes et de sociétés anonymes. Cette approche nous mène à l'assimilation d'une théorie philosophique du droit à une campagne publicitaire.

Ici, il faut distinguer deux modes de pensée : la comparaison des objets (les arguments juridiques, les techniques d'interprétation, Coca Cola, les préservatifs, les meubles) et la comparaison des procédures pour créer la publicité de ces objets. Je n'ai pas l'intention de comparer un argument juridique à un préservatif - je suis dans le mode de pensée procédurale. Nous sommes intéressées par les techniques publicitaires, par comment dire que cet argument est bon, que cette boisson est bonne, que ce préservatif est bon, que cette table IKEA est bonne.

Mon hypothèse suivante consiste en ce que nous pouvons distinguer des stratégies publicitaires et des techniques publicitaires sur lesquelles la publicité du chamanisme ainsi que la publicité d'autres marchandises est construite. Nous pouvons considérer ces stratégies et ces techniques comme une preuve de l'hypothèse que la philosophie du droit est la publicité du chamanisme judiciaire ou nous pouvons les considérer comme des hypothèses supplémentaires. Comme le remarque Luc Wintgens, en philosophie les questions sont plus importantes que les réponses.²⁴

Méthodologie générale de la recherche

Notre approche se base sur le **patrimoine académique des études critiques du droit (écd), du réalisme juridique étatsunien, scandinave, allemand, français, du postmodernisme et de l'approche anthropologique de Sergey Shirokogoroff**. Il y a deux points de vue possibles sur ce

²⁴ Cour du professeur Luc Wintgens sur la jurisprudence donné en 2004/2005 à l'Université Catholique de Bruxelles.

qu'on peut faire après avoir retrouvé ce patrimoine. Le premier point de vue est que je dois orienter la thèse pour apporter une contribution aux affirmations basiques de ces mouvements académiques et les défendre contre les attaques des opposantes. Parfois il m'a été demandé de prouver de nouveau les anciennes attitudes, par exemple, des écd ou du postmodernisme. Le deuxième point de vue est présenté par Duncan Kennedy qui dit qu'il suffit de se demander si le droit est vraiment indéterminé et si les juges sont des politiciennes – il faut aller plus loin – il faut faire une recherche sur comment les abus judiciaires fonctionnent²⁵. S'il y a déjà une thèse que le droit est une religion polythéiste, il faut aller plus loin et commencer à analyser ce en quoi cette religion consiste. S'il y a déjà une thèse que le droit parfois n'existe pas et parfois existe, il faut aller plus loin et regarder comment il existe et n'existe pas. C'est la voie que je préfère. Il suffit de se limiter à une brève revue de ce patrimoine sans essayer le refonder. Autrement dit, contrairement à ce que pensent certaines critiques, ce patrimoine est notre point de départ. Nous ne sommes pas dans une situation qui existait avant sa création – nous sommes après cette situation. Ce patrimoine est déjà créé et je ne pense pas que je dois le créer ou recréer à nouveau. Autrement dit, je préfère d'aller plus en loin dans cette direction sceptique au lieu d'approfondir les idées basiques des écd et du postmodernisme qui sont déjà créées.

Un des principaux éléments de ce patrimoine est la distinction faite par Thurman Arnold entre la « science du droit » et la « **science sur le droit** »²⁶. La science du droit présuppose l'existence du droit et se construit au sein du droit – elle a un point de vue interne sur le droit. Tandis que la science sur le droit a un point de vue externe – elle ne présuppose pas la cohérence du « Droit » et la rationalité de tout ce qu'on trouve dans le « Droit ». La science du droit est normative. Elle a une fonction divinatoire, propagandiste ou, autrement dit, publicitaire. Au contraire, la science sur le droit est descriptive et indifférente vis-à-vis le succès du projet s'appelant le « Droit ».

Duncan Kennedy choisit la **jurisprudence des cours d'appel** comme l'objet de sa recherche²⁷. C'est exactement au niveau des cours d'appel que nous rencontrons l'indétermination juridique, toute la variété des techniques d'interprétation et le chamanisme judiciaire. Dans le présent travail nous allons encore plus loin dans l'appellation – nous prenons la jurisprudence des cours les plus

²⁵ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 23.

²⁶ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers – A Reply to Dean Goodrich”, 84 *University of Pennsylvania Law Review* 815 (1936).

²⁷ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 64-67.

hautes en Europe – la Cour européenne de justice et la Cour européenne des droits de l’homme. À ce niveau se rencontrent des cas de facticité juridique – que nous devons aborder également.

Le champ géographique de notre recherche est **l’Europe** ou plus précisément, l’Union européenne et le Conseil de l’Europe. Ce choix se justifie tout d’abord peut-être par le fait que je suis européen et, donc, notre propre région m’intéresse plus que les États-Unis, ou le Japon. De plus, les deux Cours européennes sont d’excellents forums de la pensée juridique globale : elles réunissent dans ses salles toute l’expérience juridique et toutes les écoles juridiques présentes dans la pratique régulatrice des 27-47 États de la culture occidentale. Contrairement, à l’expérience des Cours suprêmes des États-Unis avec 50 États, du Brésil (26 États), de l’Australie (6+2 États) ou du Canada (10+3 États), la majorité des États européens a sa propre langue, ce qui crée une culture assez originelle. Ces derniers ont également une longue histoire d’indépendance qui crée une vision du monde plus particulière – au moins comme je le sens. Pour cette raison, les deux Cours choisies représentent un forum des luttes juridiques très utile. Par contre, les cours et les tribunaux fonctionnant sous l’égide des Nations-Unis n’ont pas un tel pouvoir, à savoir influencer la vie quotidienne des citoyennes. Tandis que les Cours de dernière instance de l’Association européenne de libre-échange (3 États mais très indépendants se trouvant sous la juridiction de la Cour de l’AELE) et de Suisse (26 États-cantons), n’ont pas une telle influence sur la région européenne.

D’un autre côté, le choix des techniques de production de la jurisprudence européenne nous montre assez bien le fonctionnement de toutes les cours de la tradition occidentales employant les mêmes méthodes, y compris, bien évidemment, la Cour africaine de justice et la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples. Les deux Cours européennes choisies ne sont que des exemples empiriques du fonctionnement de l’occidentalité. Le mot « occidentalité » est introduit par Pierre Legendre pour décrire les modes de la pensée, les modes de la rationalité occidentale ainsi que de son fonctionnement.

Une autre particularité méthodologique de notre recherche est l’ouverture de l’occidentalité aux autres cultures. Dans *Sexy Dressing, etc.* Duncan Kennedy parle de la nécessité d’ouvrir la communauté académique occidentale aux visions non-occidentales, de la nécessité d’intégrer au sein de cette communauté les professeurs d’origine africaine, asiatique, etc. Selon Kennedy, les approches des personnes d’origine non-occidentale sont nécessaires afin de transformer la science

juridique.²⁸ Camille Kuyu parle de la nécessité de répondre à l'apparition des populations immigrées en Europe en adoptant la vision juridique occidentale à leurs perceptions du monde²⁹.

La perspective de Kennedy et de Kuyu que nous allons adopter est complètement opposée : par exemple, la propagande du professeur John **Finnis** de l'université d'Oxford qui insiste sur la différence fondamentale entre le « Droit » du monde occidental et ce qui existe dans la « tribu nègre ». Il est remarquable que Finnis est encore vif et continue à utiliser le mot « nègre » chez lui à Oxford pour décrire la primitivité des gens d'origine moins européenne ou pas du tout européenne. Comme le remarque Pierre Legendre de la Sorbonne, nous sommes souvent trop occidentales pour considérer l'occidentalité de manière froide. Le mot « chamanisme » est exactement ce qui nous permet de sortir de l'occidentalité.

Ensuite, je veux reprendre la méthodologie de Fred **Rodell** de l'université de Yale qui dit que la majorité des travaux scientifiques en droit ressemblent à une **éléphante qui veut écraser une mouche**.³⁰ Les phrases sont longues, les constructions inconfortables, les « mots fuzzy-wuzzys ».

La présentation des idées en science juridique pourrait donc être simplifiée. Les mots « scientifiques » ayant le but de donner l'impression que l'auteure est « intelligente » : ce ne sont que des simulacres qui peuvent tout simplement être abandonnés. Rodell proteste contre le style antédiluvien et artificiellement héroïque, contre la tradition de la « dignité triste et de la fausse érudition » (« *dumpy dignity and fake learnedness* ») qui interdit d'utiliser une **manière plus amusante** de présenter les idées. Il souligne quand même qu'un travail en science juridique ne doit pas ressembler à une nouvelle joueuse et sexy ou à une histoire de détective, mais il ne comprend pas pourquoi un travail juridique doit être similaire à un **hybride entre un sermon du XIX^e siècle et un traité de l'haute mathématique**. La science juridique a besoin de burlesque, de satire et de coups occasionnels. À cause de la méthodologie de « dignité » qui n'a pas, pour les réalistes, de valeur en soi, les revues académiques juridiques deviennent ennuyeuses – le public général les ignore. Un article scientifique normalement intéresse uniquement quelques collègues de l'auteur et quelques unes de ses étudiantes auxquelles cet article est imposé.

²⁸ Duncan Kennedy, *Sexy Dressing, etc.: Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993, p. 35.

²⁹ Camille Kuyu, *Écrits...*, op. cit., p. 234.

³⁰ Fred Rodell, "Goodbye to Law Reviews", rééd. 48 *Virginia Law Review* 280 1962 (1936).

Fred Rodell se prononce pour des conclusions académiques plus directes même au coût du passage à un jugement plus personnel. Il propose d'abandonner la logique de dignité quand nous voulons critiquer les pratiques judiciaires et de ne plus utiliser les « phrases chouchoutées du matriarcat » (« *matriarch of mollycoddle phrases* ») comme « il semblerait qu'une conclusion contraire serait, peut-être, mieux justifiée », car ces phrases passivent les gens. Quant à lui, il préfère l'expression « le juge Fussbudget, dans une opinion ennuyeuse et vide, est arrivé à enrouler sa logique et à mutiler l'histoire pour achever un résultat qui n'est pas seulement réactionnaire mais aussi ridicule » (« *Justice Fussbudget, in a long-winded and vacuous opinion, managed to twist his logic et mangle his history so as to reach a result which is not only reactionary but ridiculous* ») ou, au moins, « Elle était une décision complètement stupide » (« *It was a thoroughly stupid decision* »). Rodell est également contre le tabou sur le mot « je » ou « moi » dans les travaux académiques qui est exprimé dans la majorité des cas par « nous », contre les phrases « il est suggéré... », « il est proposé » ou « il semblerait » qui cachent « je » malgré le fait qu'il est facile de comprendre qui suggère, qui propose ou qui a cette impression.

Les **notes en bas de pages** sont également un objet de l'attaque de Rodell :

« *They also show the suspicious twist of the legal mind. The idea seems to be that a man can not be trusted to make a straight statement unless he takes his readers by the paw et leads them to chapter and verse. Every legal writer is presumed to be a liar until he proves himself otherwise with a flock of footnotes.* »

Comme toujours, dans l'approche réaliste, nous voyons ici également l'insistance sur les « affirmations directes » (« *straight statement* »). La politique des notes en bas de page mène « à une pensée mollassse, à une écriture lourde et aux yeux mauvais ».

Rodell conclut que la méthodologie de la science juridique classique est une « billevesée » (« *spinach* »). Sa méthodologie réaliste était également pratiquée par Thomas Reed Powell et par Thurman Arnold.

Notre réaliste juridique se prononce contre la recherche en science juridique qui est **faite afin d'être faite**.³¹

Duncan Kennedy et Peter Gabel dans leur article « **Roll over Beethoven** »³² publiée par la *Stanford Law Review* élargissent cette méthodologie. L'article est intitulé comme la chanson de Beatles « Roll over Beethoven » et commence par la citation de cette œuvre du rock'n'roll :

*« I'm gonna write a little letter,
Gonna mail it to my local DJ.
Yeah an' it's a jumpin' little record
I want my jockey to play.
Roll Over Beethoven, I gotta hear Italie again today.*

*You know, my temperature's risin'
The jukebox's blowin' a fuse.
My heart's beatin' rhythm
And my soul keeps a-singin' the blues.
Roll Over Beethoven and tell Tschaikowsky the news.*

*I got the rockin' pneumonia,
I need a shot of rhythm and blues.
I caught the rollin' arthiritis
Sittin' down at a rhythm review.
Roll Over Beethoven they're rockin' in two by two.*

*Well, if you feelin' like it
Go get your lover, then reel and rock it.
Roll it over and move on up just
A trifle further and reel and rock with it,
Roll Italie over,
Roll Over Beethoven, dig these rhythm and blues.*

³¹ Fred Rodell, "Goodbye to Law Reviews", ..., op. cit., p. 283.

³² Duncan Kennedy, Peter Gabel, « Roll over Beethoven », 36 *Stanford Law Review* 1 (1984).

*Well, early in the mornin' I'm a-givin' you a warnin'
Don't you step on my blue suede shoes.
Hey diddle diddle, I am playin' my fiddle,
Ain't got nothin' to lose.
Roll Over Beethoven and tell Tschaikowsky the news.*

*You know she wiggles like a glow worm,
Dance like a spinnin' top.
She got a crazy partner,
Ya oughta see 'em reel and rock.
Long as she got a dime the music wont never stop.*

*Roll Over Beethoven,
Roll Over Beethoven,
Roll Over Beethoven,
Roll Over Beethoven,
Roll Over Beethoven, dig these rhythm and blues. »*

La chanson exprime l'esprit libérateur, le désir de renverser les traditions académiques du juridisme classique qui est personnalisé ici par Ludwig van Beethoven et par Piotr Tchaïkovski. Il faut adopter les discours académiques juridiques aux besoins de la société contemporaine, à la culture vivante, et les rendre plus sexy.

Dans « Roll over Beethoven » la problématique est présentée comme un dialogue direct entre « Duncan » et « Peter » avec l'usage des mots comme « oh », « okay », « bêtise » (« *bullshit* »). Peter Gabel commence l'utilisation du mot « *fuck* » pour exprimer les tendances dans l'opinion publique sur le fonctionnement du juridisme.³³ Catharine MacKinnon³⁴ et Mary J. Frug³⁵ emploie les

³³ Peter Gabel, "Reification in Legal Reasoning", 3 *Research in Law and Sociology* 34 (1980).

³⁴ Catharine MacKinnon, *Toward Feminist Jurisprudence*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1989, p. 124.

³⁵ Mary J. Frug, « Commentary : A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft) », 105 *Harvard Law Review* 1045, 1045 (1992).

concepts « *fuck* », « *fucker* » et « *fuckee* » pour exprimer les inégalités juridiques entre l'homme et la femme dans la société.

Gilles Deleuze, professeur à l'université de Paris Saint-Denis, commence à comparer le flux de la pensée (y compris la pensée juridique) au « flux de sperme » qui passe par le « pénis » ou au « flux de merde » qui passe par l' « anus ». ³⁶ Il faut noter que Deleuze, la personne clé du postmodernisme, ne compare pas la pensée philosophique au « sperme » ou à la « merde ». Il s'intéresse aux techniques de la production de ces trois objets. Il ne dit pas que la pensée philosophique et juridique est une « merde », mais il affirme que cette forme de pensée est produite en moyen de techniques similaires à la production du « flux de merde ». Son approche semble, à certaines, vulgaire ou insultante, mais il est devenu en dehors de la France un symbole de la pensée contemporaine française. Ses livres sont traduits en anglais, en espagnol, en italien, en russe, en lituanien, en polonais, en allemand, en turc, en chinois ³⁷, en japonais ³⁸, en persan ³⁹ – cette liste n'est pas complète.

Regina Austin et David Kennedy ainsi que les mouvements académiques des fem-crites (la théorie féministe juridique – une partie des écd) et le *Droit et Littérature* entreprennent le projet de la **narration d'histoire** qui consiste en la présentation d'une idée juridique scientifique en racontant une histoire personnelle ou concernant une de ses proches afin de soulever le sentiment d'**empathie** chez ses lectrices. Par exemple, la professeure Jane Gallop dans son livre *Feminist Accused of Sexual Harassment* publié par les Presses Universitaires de Duke parle de comment elle a embrassé sur la bouche une de ses étudiantes. Cette étudiante et une autre ensuite l'ont accusé de harcèlement sexuel. Pour cette raison Gallop a créé la « théorie féministe de harcèlement sexuel » ayant, entre autres, l'objectif de démontrer que les féministes ne peuvent harceler, par définition-même.

Les études critiques du droit sentent l'influence des fem-crites sur la méthodologie et de leur style en général puisqu'il y a, par exemple, une tradition au sein de cette école du droit de féminiser le discours : de parler en termes généraux au féminin : ainsi, on parle de « la juge » au lieu de « le juge », « la chamane » au lieu de « le chaman », de « l'avocate » au lieu de « l'avocat », de « la

³⁶ Gilles Deleuze, Felix Guattari, *Capitalisme et schizophrénie: l'anti-oedipe*, Paris : Minuit, 1972, p. 44.

³⁷ 吉尔·德勒兹, 周颖 / 刘玉宇, 2001.

³⁸ ジル・ドゥルーズ, シネマ2-時間イメージ.

³⁹ کنترل و کنترل‌شدن، گفت‌وگو ی آنتونیو نگرى با ژیل دلوز

citoyenne » au lieu de « le citoyen », de « la crite » au lieu de « le crit », de « la lectrice » au lieu de « le lecteur », de « la professeuse » au lieu de « le professeur », etc. La forme féminine est destinée à englober les hommes et les femmes. Je reprends cette façon de parler à mon compte pour tout le reste du travail.

Une autre chose que je voudrais reprendre à mon compte est l'abréviation de « études critiques du droit », abrégée en minuscule « écd » au lieu des majuscules « ÉCD ». Ce style proposé par Duncan Kennedy⁴⁰ exprime une protestation contre le dogmatisme que les lettres majuscules symbolisent. Les adhérentes des écd utilisent également le mot « étatsunien » au lieu de « américain » pour résister à la dominance des États-Unis.

Encore, un élément méthodologique spécifique à l'approche scientifique des crites est l'utilisation de termes comme « CJVS » qui signifie « comment-je-veux-sortir » (« HIWTCO » or « *how-I-want-to-come-out* ») d'un litige.⁴¹

Duncan Kennedy écrit « H/K » au lieu de « Hart et Kelsen »⁴². Par analogie, j'ai l'intention d'écrire « F/H/D » au lieu de « Finnis, Hart, et Dworkin ». H/K et F/H/D sont les principaux représentants de la pensée juridique classique ou ce qui est appelé « juridisme » par Pierre Legendre⁴³.

Les écd ont une politique ouverte aux néologismes décrivant l'indétermination juridique. Par exemple, « *undecisionability* » que je traduis en français par « indécisionnabilité », « *unknowability* » par « inconnaisabilité », « thingisation » par chosification (qui existe en français), « *postness* » que je propose de traduire comme « postité », « *withness* » que je traduirais comme « avec-ité », « occidentalité ». J'ai l'intention d'introduire encore plusieurs néologismes afin de décrire plus précisément ce qui passe dans l'impasse de l'indétermination.

⁴⁰ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication.....*, op. cit., p. 7-8.

⁴¹ Duncan Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", 36 *Journal of Legal Education* 518 (1986).

⁴² Duncan Kennedy, « A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation » in Enrique Caceres et al. (dir.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, Mexico : Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 154.

⁴³ Pierre Legendre, *Le désir politique de Dieu....*, op. cit., p. 94.

Il y a lieu également de parler du mode de présentation des idées montrant la perspective intellectuelle **historique** dans notre thèse. Premièrement, je préfère présenter les idées des théoriciennes des pratiques régulatrices comme le flux de conscience : un paragraphe (plus ou moins) pour une théorie, pour une idée, pour une conception analytique, accompagné d'une brève vision de la pertinence de cette idée pour ma thèse (ou de la couleur de cette idée à la lumière de la présente thèse). Ce flux général et historique de conscience couvre davantage de visions mais de manière moins détaillée. Il est opposé à la présentation plus profonde et élaborée de moindre quantité des auteurs. Je donnerai la priorité au flux de conscience car c'est une des meilleures façons de faire face à l'inflation intellectuelle, à la production d'un trop grand nombre d'idées. Nous avons besoin de ce flux pour avoir une rétrospective plus générale d'évolution intellectuelle dans le domaine des pratiques régulatrices. Cette approche concerne le résumé que je ferai des travaux des théoriciennes réalistes ainsi que des auteures de la pensée juridique classique autres que F/H/D.

La thèse sera trilingue : la langue juridique classique et crite sera accompagné de la langue chamanique et de la langue des créatrices de publicité en ce qui concerne respectivement la deuxième et la troisième parties.

Méthodologie de la recherche sur les techniques d'interprétation

À la base de notre approche de l'analyse des techniques d'interprétation se trouve trois idées principales :

- ❑ La production automatique des contre-arguments en provenance des travaux de Duncan Kennedy : les contre-arguments juridiques sont créés de manière automatique et même sans réflexion.
- ❑ La théorie des machines désirantes et schizoéphrènes de Gilles Deleuze : nous produisons notre flux de pensée, notre flux de sperme ou notre flux de merde au moyen des machines désirantes et schizoéphrènes que nous créons nous-mêmes. Ces machines sont des techniques d'interprétation juridique.
- ❑ L'idée de Duncan Kennedy sur l'indécisionnabilité : nous nous sommes surtout intéressées aux impasses déductives – par les points où aucune décision ne peut

être prise sur la base de déduction ou être prévisible sur la base de compétence professionnelle.

Ensuite, la distinction des techniques et de ses variantes se déroulera sous plusieurs considérations méthodologiques :

1. Nous reprenons l'idée de Claude Lévi-Strauss que le raisonnement peut être divisé en petits morceaux, l'analyse desquels facilite la compréhension.
2. Les techniques d'interprétation juridique sont des techniques de la transformation de vision de la partie perdante en conclusion de la juge. Notre présomption générale est que la CJVS de la partie perdante est juridiquement valide et que la partie perdante croit en ce qu'elle dit. Cette approche nous permet de voir toute la longueur de la déduction judiciaire. Si un train part d'un point A à destination du point Z, vous pouvez choisir un point A ou B, ou C, ou F, ou K, ou Z pour mesurer la distance parcourue par le train. Si votre point de départ pour le calcul de cette distance correspond à la conclusion judiciaire ou, autrement dit, si vous mesurez la distance entre Z et Z, vous conclurez que le train n'a pas bougé. Mais seul le point A vous donne l'appréciation de toute la distance. Pour cette raison, nous allons choisir la CJVS de la partie perdante.
3. Nous allons effectuer la déconstruction en remplaçant le poids vers la CJVS de la partie perdante, ce qui donnera un sens alternatif au concept employé par la juge que je reconsidérerais.
4. Cette opération du passage vers la position de la partie perdante n'est pas en conflit avec l'approche générale des écd consistant en ce que toute analyse juridique doit commencer par la vision d'inconnaissabilité (l'absence du savoir si la pratique régulatrice est déterminée ou indéterminée – l'absence du nihilisme métaphysique). C'est seulement après l'analyse de la pratique régulatrice et des positions des parties au litige que nous pouvons passer soit vers la conclusion que cette situation est un cas de chamanisme judiciaire, soit que c'est une facticité. De toute façon nous devons revenir à la CJVS de la partie perdante pour constater la facticité.

5. Bostjan Zupancic décrit le droit comme une mixture étrange de la logique formelle, de la sémantique, de la grammaire et probablement de la rhétorique⁴⁴. Pour cette raison, je vais intégrer sous le terme « technique d'interprétation juridique » les différents mouvements intellectuels logiques, sémantiques, grammaticaux et rhétoriques. Il faut également remarquer que malgré le mot « technique », aucune technique de production des arguments juridiques ne signifie qu'en l'utilisant, un argument sera produit et accueilli par la cour. Souvent, il n'y a aucune relation logique inévitable entre la technique employée et la conclusion à laquelle cette technique est rattachée. Ce point peut également être vu comme une hypothèse à vérifier au cours de cette recherche.
6. Finalement comment est-ce que je vais distinguer les techniques d'interprétation et leurs variantes ? Comment je veux distinguer les techniques ? Je comparerais cette tâche à la distinction des langues et des dialectes. Chaque pays a sa propre politique linguistique. Par exemple, le limbourgeois est considéré comme une « langue » aux Pays-Bas, mais comme un « dialecte du néerlandais » en Belgique⁴⁵. En Allemagne il est un « dialecte de l'allemand ».⁴⁶ Si nous prenons la vision chinoise de distinction des langues et les dialectes dans l'Empire Céleste (天下), l'allemand, le néerlandais et même l'anglais deviendront des « dialectes » d'une seule langue.
7. Notre nouvelle classification des techniques interprétatives doit donner l'éclairage pratique et utile sur ce qu'une juriste sur le terrain doit dire devant la cour. J'appellerais cette approche *comment-faire* – elle est une expression de l'idéologie du partenariat entre l'université et l'entreprise, elle dévoile la technologie industrielle de production des arguments et des interprétations juridiques. Je suis très intéressé par le *comment-faire* car c'est la clé du fonctionnement du monde : comment construire votre position interprétative et mieux la vendre ? Une amie de mon enfance a abandonné ses études d'économie après la deuxième année à l'université ; je me souviens avoir entendu d'elle que

⁴⁴ Boštjan M. Zupančič, *The Owl Of Minerva: Essays On Human Rights*, Utrecht : Eleven International Publishing, 2008, p. 314

⁴⁵ Limburgs als steektaal: tien vragen. Universiteit van Amsterdam. <http://cf.hum.uva.nl/natlearn/limburgs/limbvrg.html>, 22 janvier 2010.

⁴⁶ Limburgs – Deutsche Dialekte. University of Portsmouth. <http://userweb.port.ac.uk/~joyce1/dialects/nllimburg.html>, 22 janvier 2010.

les diplômés universitaires ne donnent absolument rien d'utile. À 20 ans elle est devenue propriétaire de son propre magasin. Aujourd'hui elle a 28 ans et elle possède plus de 60 magasins. Elle sentait *comment-faire*. Elle a compris *comment-faire*. Le but de cette thèse est de développer le *comment-faire* sur le marché juridique. Il faut améliorer la technologie de production des interprétations judiciaires et la rendre prêt-à-porter.

Une autre question méthodologique concerne l'impression que le terme « chamanisme judiciaire » présuppose que ce que font les juges est en fait un mensonge. Pas du tout. Le chamanisme judiciaire présuppose qu'il y a un certain nombre de croyances à certains esprits (ou si l'on préfère la langue classique : à certaines conceptions juridiques) et à leur interaction qui s'organise d'une certaine manière. Dans un grand nombre de cas, ces esprits et leur interaction s'organise de façon différente et imprévisible. Par contre, le mensonge qui s'appelle « déshonnêteté intellectuelle » dans les travaux crits consiste en abus de déduction ou en présentation d'une déduction parmi plusieurs en tant que seule possible et indispensable – la solution « déductive » d'une affaire politique dans l'impasse d'indécisionnabilité déductive.

Méthodologie de la recherche sur les techniques de publicité du chamanisme judiciaire

À la base de la troisième partie de la thèse est l'idée méthodologique de la marchandise et du marché. Les consommatrices paient les avocates pour acheter un argument juridique. Pour cette raison l'argument juridique doit être considéré comme une marchandise sur le marché juridique. Ensuite, l'activité destinée à sa promotion, à la conviction que les consommatrices doivent l'acheter, devient une publicité commerciale. Sur le marché juridique cette activité est appelé « philosophie du droit », « théorie du droit » ou « science du droit » dans le sens normatif ou prescriptif de ces deux dernières expressions. Bien évidemment, on pourrait choisir une autre méthodologie mettant en exergue une autre particularité de la philosophie du droit, mais je veux orienter ma recherche exactement dans cette direction.

Ensuite, je veux reprendre la méthodologie d'analyse publicitaire de Jean Baudrillard : elle consiste à prendre les petits éléments composant la publicité et à expliquer comment elles servent à

l'intégration de la consommatrice au spectacle publicitaire, à la manipulation des simulacres, au rituel chamanique.

L'idée de Gilles Deleuze sur les machines désirantes produisant le flux de la publicité du chamanisme judiciaire ; le flux de philosophie du droit, est également pertinente pour cette partie.

Nous allons comparer la publicité commerciale de telles marchandises comme le Coca Cola, le Pepsi, les préservatifs Durex, Trust, ZaZoo, Silvio Berlusconi, la société anonyme russe MMM et IKEA. Encore une fois il faut préciser que je ne compare pas ces marchandises comme des objets similaires. Je compare les techniques publicitaires destinées à dire que cet argument juridique est bon, que cette boisson est bonne, que ce préservatif est bon, que cette table d'IKEA est bonne.

De même, comme dans la partie sur les techniques d'interprétation judiciaire, je veux faire de cette analyse des techniques publicitaires un instrument utile pour la construction automatique des publicités du chamanisme judiciaire en suivant l'approche *comment-faire*. Autrement dit, mon but est de donner une vision empirique de comment construire votre propre publicité.

Encore une fois, il faut faire face à la question de savoir si cette méthodologie présuppose que la philosophie du droit est un mensonge. Pas du tout. Si Finnis dit que le droit naturel vous aidera devant la cour, il ne ment pas plus que Pepsi qui dit que sa boisson vous apportera de la joie. Oui, pourquoi pas ? Le mot « publicité » ne présuppose pas nécessairement le mensonge. Il présuppose une description glorifiant son produit en ignorant les points forts possibles des concurrentes ou ses propres points faibles. En même temps, la publicité peut donner des précisions très vraies sur la marchandise elle-même.

Quel est la valeur et l'intérêt de cette thèse ?

Nous pouvons parler de la valeur et de l'intérêt de cette thèse à plusieurs niveaux. Quelle valeur ajoutée apporte-elle à la communauté scientifique, au public en général, aux praticiennes, à la communauté de mafia, aux « vrais esprits » et, finalement, à la communauté des elfes ?

Au niveau de la valeur pour la communauté scientifique je distinguerais deux attitudes : les écd et le postmodernisme d'un côté, et le juridisme de l'autre. La valeur ajoutée de cette recherche **pour l'école des écd et du postmodernisme** peut probablement se résumer en quelques points :

- ❑ La théorie du chamanisme judiciaire englobe deux idées principales de cette école : la sacralité du « Droit » et l'abus de déduction, ce qui représente un certain développement.
- ❑ Les techniques argumentatives des Cours européennes ne montrent pas seulement l'indétermination juridique mais contribuent également à la prévisibilité des décisions judiciaires en rendant ce qui se passe devant la cour davantage compréhensible.
- ❑ Nous pouvons également soutenir que cette thèse élargit la méthodologie des écd et du postmodernisme juridique, et montre le fonctionnement de cette méthodologie.
- ❑ Notre recherche aide les écd et le postmodernisme à faire face aux attaques de la part du juridisme classique, des « philosophes du droit » en les mettant dans la catégorie de la publicité du chamanisme judiciaire et en classifiant leur discours adversaire comme différents sortes de techniques publicitaires.
- ❑ Cette recherche contribue également à la promotion sexy du patrimoine des écd et du postmodernisme, à la conversion de nouvelles adhérentes, à notre prosélytisme.
- ❑ Ma thèse contribue également à la formation d'une vision juridique plus ouverte et antidogmatique.
- ❑ Finalement, la démonstration de l'indétermination juridique au moyen de 99 techniques d'interprétation renforce également la thèse des écd que la prise de décisions judiciaires est une forme de la politique et qu'on peut avancer l'agenda politique gauchiste dans les cours plus audacieusement – sans peur de violer quelque chose qui n'existe pas.

L'intérêt et la valeur de notre recherche **pour l'autre partie de la communauté scientifique** – pour le juridisme et les adhérentes de la pensée juridique classique ainsi que pour les juristes qui se trouvent au milieu – est un peu différent et se résume autrement :

- ❑ Je les informe de l'existence d'une certaine liste de problèmes juridiques : le chamanisme judiciaire, la sacralité du « Droit », l'inconnaissabilité juridique, l'indécisionnabilité juridique, l'indétermination juridique, l'abus de déduction.
- ❑ Je provoque le débat.

La promotion de cette attitude se résume par les avantages **pour le public général** :

- ❑ La reconnaissance du chamanisme judiciaire, de l'indétermination juridique et de l'abus de déduction renforce la responsabilité des juges pour ce qu'elles font, car cette reconnaissance détruit « Le Droit » au nom duquel elles pouvaient faire leurs propres choix politiques. L'absence de la croyance au « Droit » augmente également la transparence des décisions judiciaires.
- ❑ Comme le conceptualise Duncan Kennedy, la reconnaissance de l'abus de déduction va contribuer, d'une « meilleure » manière, à augmenter la qualité des décisions judiciaires. La transparence et la responsabilité personnelle mène à la promotion de l'agenda gauchiste dans les cours.
- ❑ J'ai l'hypothèse qu'une telle recherche niant l'existence du « Droit » et présentant les techniques d'interprétation sans l'arrogance classique, renforce la tendance « Faites-le vous-même », renforce la croyance des gens qu'ils peuvent faire des appels en justice eux-mêmes, et entrainera alors la baisse des prix des services juridiques.
- ❑ Un autre élément qui peut être promu par le développement des écd est l'esprit libérateur – les protestations et les pressions populaires sur les juges. Peut-être, même la création des mécanismes institutionnels pour cet objectif.
- ❑ La connaissance de ces techniques interprétatives rend la pratique régulatrice plus prévisible. Vous savez mieux comment et dans quelle direction les choses peuvent évoluer. Cette connaissance des techniques interprétatives que je décris facilite le choix.

Quel est l'intérêt **pour les praticiennes** ? Les 99 techniques d'interprétation judiciaire sont précisément la partie la plus importante pour les avocates luttant sur le terrain. Je les considère exactement comme la technologie industrielle qu'une juriste doit savoir gérer afin de devenir un terminator judiciaire, au moins dans la procédure écrite.

Ensuite, les stratégies et les techniques publicitaires sont également très pratiques et vous permettent de construire votre propre campagne publicitaire.

Quelle est valeur de la présente thèse **pour les personnes en réflexion sur comment agir pour tout rendre presque licite et pour la communauté de mafia** ? L'indétermination juridique peut avoir deux influences complètement opposées sur l'attitude de la personne en réflexion sur

comment agir pour tout rendre presque licite. D'un côté, l'état du chamanisme judiciaire signifie que la criminelle peut effectuer une action X considérée comme illicite par certaines personnes et, ensuite, employer des techniques interprétatives pour démontrer que cette action a été en accord avec le « Droit ». D'un autre côté, la connaissance de l'existence de l'indécisionnabilité peut mener à l'abstention de certaines actions. Donc, cette thèse doit montrer aux personnes en réflexion qu'il faut engager la juriste sachant manipuler toutes les variantes des techniques interprétatives, car elle produit une marchandise plus avancée technologiquement. Notre classification peut servir de modèle pour la comparaison de la qualité des services juridiques.

Quelle serait l'attitude des « **vrais esprits** » à l'égard de cette thèse ? J'intègre cette question pour faire face à la critique que les esprits vodou d'Haïti sont des êtres vivants et les esprits-conceptions juridiques ne sont que des constructions artificielles. Donc, l'idée même de mettre les esprits chamaniques sur le même niveau avec ces conceptions artificielles peut être insultante vis-à-vis de ces vrais esprits. D'un autre côté, si ces vrais esprits gèrent en réalité notre vie, nous pouvons maintenir qu'ils ont un certain plan que nous ne connaissons pas. Dans ce cas, le projet crit entre probablement dans le cadre de ce plan.

Quelle est la valeur de notre thèse **pour les elfes** ? Les elfes sont un des peuples habitant dans la Terre du Milieu. Elles peuvent être de 5 races :

1. Les hautes elfes (ou elfes dorés ou elfes de Lumière). Leur peau est de couleur bronze, ils ont les cheveux cuivrés, noirs ou blonds dorés. On les considère comme les plus civilisés de toutes les elfes.
2. Les elfes gris (ou elfes de Lune). Plus pâles que les hautes elfes, leur visage est blanc légèrement teinté de bleu, avec des cheveux blancs argentés, noirs ou bleus. Leurs yeux sont verts ou bleus, pailletés d'or.
3. Les elfes sylvains (ou elfes des bois). Elles vivent dans la forêt, repliées sur elles-mêmes et très méfiantes à l'égard d'autres races. Elles ont la peau cuivrée avec des reflets verts, les cheveux bruns, noirs, blonds ou roux et les yeux verts, marron ou noisette.
4. Les elfes aquatiques. Elles ont la faculté de respirer sous l'eau et leurs mains sont palmées pour faciliter la nage. Leur peau est brillante, bleue rayée de blanc ou verte tachetée de marron.

5. Les elfes noires. Ce sont les plus sinistres et les plus mauvaises de toutes les elfes. Elles ont la peau noire et les cheveux blancs. Leurs yeux sont généralement rouges, mais peuvent être pourpres, verts, bleus, jaunes.

Chaque ethnie d'elfes a sa propre langue et il y a deux formes principales d'écriture : les *tengwar* et les *cirth*.

Je suis triste que cette thèse n'ait aucune valeur pour les elfes. Les elfes représentent un fruit de l'imagination de J. R. R. Tolkien et, donc, elles n'existent pas. Je crois que c'est une raison suffisante pour qu'elles ne retirent rien de ma thèse.

Quel est mon intérêt personnel à poursuivre cette recherche ?

L'idée de comparer les pratiques judiciaires au chamanisme est apparue en 2004. J'étais un étudiant en DEA de droit. J'ai d'abord suivi le cours du Professeur Camille Kuyu de Paris sur les cultures juridiques non-occidentales ; puis le Professeur Duncan Kennedy de Harvard est devenu mon directeur du mémoire. Je voulais le diriger sur l'abus de déduction et sur les méthodes d'interprétation. Dans le même temps, j'étais un représentant juridique de M. Rolandas Paksas, l'ex-Président de Lituanie, devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ce président a été renversé par la Cour constitutionnelle lituanienne qui a conclu qu'il avait violé la Constitution. Je travaillais également au Parlement européen. Mon chef était malade – je suis venu dans le bureau du chef. J'ai lancé la musique chamanique, néo-celte et ai commencé à danser en lisant la décision de la Cour constitutionnelle lituanienne sur l'impeachment de Paksas. Là, j'ai remarqué que cette Cour a employé 7 fois le concept « esprit du droit ». Voilà comment est née l'idée de cette thèse.

Une fois j'ai obtenu 110 préservatifs gratuitement – plus que je n'étais capable d'en utiliser avant la fin du délai de péremption. J'ai décidé de les comparer et de regarder leur publicité commerciale pour pouvoir choisir les meilleurs parmi eux. C'est ainsi que mon intérêt pour la publicité et pour les techniques de présentation des marchandises est né. À cette époque, j'étais déjà un doctorant à Paris et cherchais un moyen industriel pour classifier les éléments composant les différentes philosophies juridiques.

En 2008 j'étais candidat au Parlement lituanien dans la ville de Klaipėda et j'ai obtenu 45 % des voix. Cette expérience m'a convaincu définitivement qu'il n'y a pas de différence entre une campagne publicitaire de Pepsi et une campagne électorale. Pepsi crée sa philosophie (publicité), le candidat crée sa publicité (philosophie) et le droit produit sa philosophie (la publicité du juridisme). Ma deuxième campagne électorale pour le Parlement européen a eu lieu en 2009. Après ces deux campagnes, j'ai commencé à me considérer comme un bon expert en publicité.

Au cours de cette recherche j'ai rencontré beaucoup des gens. Les unes étaient ouvertes, originales, critiques, intellectuelles et avaient un bon sens de l'humour. Les autres étaient fermées, conservatrices et trop arrogantes pour avoir le moindre sourire. Jerome Frank décrit les premières comme « personnes libres » et les secondes comme « personnes autoritaires ». Selon Frank, les personnes autoritaires ont été réprimées par leurs parents durant leur enfance. Les parents ont imposé à leur subconscient trop des tabous. Ils ont un besoin psychologique du « père » ou du juridisme, de l'occidentalisme. Roscoe Pound les appelle « moines juridiques »⁴⁷ mais, je préfère le terme de « zombie ». Il y a des zombies à Bruxelles, à Cambridge et à Paris où j'ai eu l'occasion de connaître les gens. En province comme en Lituanie d'où je viens, le nombre de zombies est beaucoup plus élevé. La zombie juridique s'oppose à l'idée même de la comparaison du juridisme au chamanisme sans donner de raisons. Elle n'explique pas sa position, mais utilise uniquement l'émotion de haine. Elle devient fâchée quand elle entend le mot « chamanisme » ou « zombie » et encore plus fâchée par rapport à l'idée de comparer la philosophie du droit à la publicité commerciale. Je trouve ce fait amusant.

Probablement j'ai moins d'attachement zombique au projet de la vérité universelle car j'ai passé mon enfance dans un environnement ethniquement, religieusement et linguistiquement mixte, ce qui a formé une identité assez multiple.

Revue de la première partie.

Nous allons commencer par le patrimoine théorique à la base du chamanisme judiciaire ; puis nous passerons à la présentation du chamanisme judiciaire même et nous terminerons par une vision plus générale.

⁴⁷ Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 44 *American Law Review* 36 (1910).

Les origines du chamanisme judiciaire se trouve dans :

1. le réalisme juridique avec des idées similaires (le réaliste français René Demogue, l'école sociologique russe, les réalistes allemandes, le réalisme scandinave, le réalisme étatsunien, le marxisme juridique, « Le Social » comme il est défini par Duncan Kennedy, l'indétermination chez Wittgenstein et chez Weisman) ;
2. le postmodernisme (Jean-Francois Lyotard, Guy Debord, Jean Baudrillard, Jacques Derrida, Gilles Deleuze, Jacques Lacan et Pierre Legendre) ;
3. les études critiques du droit et les idées similaires (Roberto Unger, Marta Minow, Mark Tushnet, Peter Gabel, Frances Olsen, Duncan Kennedy Walter Gallie, Hannah Arendt, Peter Gabel, Stanley Fish, Jacques Vergès, Mark Kelman, Robert Cover, Gary Peller, Jack Balkin, Dannis Patterson, Martti Koskenniemi, Richard Sainsbury, Brian Bix, Michel Troper, David Kennedy, Trevor C. Hartley, Ola Wiklund, Ami Barav, Jonah Goldberg, Kevin Gutzman, Boštjan Zupančič, le dépaquetage de la politique dans les décisions judiciaires, la théorie du comportement stratégique nié dans l'interprétation juridique, la théorie juridique féministe (Martha Minow, Carol Gilligan, Catharine MacKinnon, Kimberlé Crenshaw), William Eskridge, la théorie critique raciale (Mari Matsuda, Robert Williams), le *Droit et littérature* (James Boyd White, Richard Weisberg et Robert Weisberg), le néopragmatisme juridique (Richard Posner).

Après avoir considéré ces origines, nous aborderons les concepts comme le « complexe psychomental » créé par Sergey Shirokogoroff afin d'expliquer comment la conscience chamanique sibérienne et la conscience chamanique occidentale fonctionnent, les références similaires au chamanisme chez Rodell, chez Ross et chez Lévi-Strauss, les concepts « magie juridique », « mystique juridique », « théologie juridique », « liturgie juridique », « idolâtrie juridique », « religion civile ». Nous allons revoir les approches psychologiques à la sacralité du droit et nous allons terminer le chapitre par l'athéisme constitutionnel et par la postité.

Ce patrimoine académique nous mène à la formulation de la théorie du chamanisme.

Il faut également remarquer que l'idée du chamanisme judiciaire nie l'existence du « Droit », au moins dans les affaires lourdes. La question se pose : si « Le Droit » n'existe pas, que se passe-t-il alors ? Cette question nous mène au remplacement du mot « Droit » par « pratiques régulatrices ».

Finalement, la question se pose sur le rôle empirique de la philosophie du droit. Dans ce chapitre nous introduirons la vision empirique mercantiliste des pratiques régulatrices : la philosophie du droit est une publicité commerciale du chamanisme judiciaire.

Revue de la deuxième partie.

Après une brève revue de la conceptualisation de l'abus de déduction chez Karl Llewellyn, chez Duncan Kennedy, chez Olivier de Schutter et chez Mark van Hoecke, et une explication méthodologique, nous procéderons à l'introduction de notre classification des interprétations judiciaires.

Dans cette liste de 99 techniques, je veux rassembler chaque mouvement intellectuel qui renforce la légitimité de la décision judiciaire. Ces techniques sont divisées en deux groupes : l'abus dans la construction du système et l'abus de déduction. Notre but est de montrer ces techniques afin de donner à une juriste débutante tout l'assortiment des armes à employer devant la juge, afin de transformer cette juriste en Terminator.

Revue de la troisième partie.

Dans cette partie nous allons, d'abord, présenter brièvement les marchandises (les arguments juridiques et les techniques d'interprétation) de John Finnis, de Ronald Dworkin et de H.L.A. Hart, et, ensuite, passer aux techniques publicitaires qu'ils utilisent pour convaincre les consommatrices d'utiliser ces marchandises (autrement dit, à leur philosophie du droit).

Cette approche nous donnera 3 stratégies publicitaires et 21 techniques publicitaires. Après la revue de ces trois campagnes publicitaires par la structure de ces 21 techniques, nous allons aborder très brièvement quelques autres campagnes publicitaires : Hammourabi, Moïse, Beccaria, Pradel, Hans

Kelsen, Immanuel Kant, Fuller, Lyons, Joseph Raz, MacCormick, Patterson, Harris, Cover, Brian Bix, Moore, Spooner, Cardozo, Henry Hart, Sacks, von Savigny, Max Weber, Habermas, François Géný, Stammler, Deguit, von Jhering, Hauriou, Fish, Aquinas, Langdell, Roscoe Pound, Lasswell, McDougal, Fiss, Epstein, Bork, Rawls, Grotius, de Vattel, Antony Giddens, David Held, Martti Koskenniemi, Bobbio, Richard Posner, Aharon Barak, Hodson, Bengoetxea, Koopmans, Opocher, Puppo, Bell, Eskridge, Gotlieb, Summers, Wróblewski, Novak, Boente, Hobbes, Hollerbach, Kuznetsov, Sapargaliev, Villey, Maritain, Allen, Beyleveld et Brownsword, Nersesyants.

Par contre, aucune partie séparée ne sera consacrée à la vision politique des écd sur ce que les juges doivent faire et nous nous limiterons à Roscoe Pound, Jerome Frank, Redlich, Hale, Duncan Kennedy, Roberto Unger, Richard Posner, Fred Rodell et Gutzman.

PREMIÈRE PARTIE : LE CHAMANISME JUDICIAIRE SUR LE MARCHÉ DES PRATIQUES RÉGULATRICES

INTRODUCTION À LA PREMIÈRE PARTIE

Le but de la première partie est de montrer la perspective historique de la conceptualisation de l'indétermination juridique et d'aborder les termes principaux pour faire une synthèse consistant en ce que j'appelle « chamanisme judiciaire ».

La perspective historique peut être démontée par la présentation de l'école du réalisme juridique et des idées similaires de l'époque, du postmodernisme français et, finalement, de l'école des études critiques du droit. Cette dernière trouve son origine dans le réalisme et dans le postmodernisme.

Les termes basiques qui nous mènent à la synthèse que je présente sous le titre de chamanisme judiciaire sont le complexe psychomental, la magie juridique, la mystique juridique, la mythologie juridique, la théologie juridique, la liturgie juridique, l'idolâtrie juridique, la religion civile, l'athéisme constitutionnel et la postité.

Après avoir considéré ces termes, je voudrais aborder la manière dont l'indétermination est reconnue par la jurisprudence de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Après avoir formulé les points ou les affirmations de la théorie du chamanisme judiciaire, il faut traiter les questions existantes autour de cette idée. D'abord, la question de relation entre la distinction entre chamanisme et facticité d'un côté, et la division de ce que les juges font entre activisme et passivisme, d'un autre côté. Ensuite se pose la question de la nécessité-même du

concept de « Droit » quand nous parlons de l'indétermination juridique ou du chamanisme juridique. Si nous décidons d'abandonner le concept de « Droit », par quoi pouvons-nous le remplacer ? Finalement, il faut définir la relation entre la théorie du chamanisme judiciaire et la philosophie juridique : quel est le rôle de la philosophie dans le fonctionnement de ce que les juristes font ?

Nous terminerons la partie par la critique de l'approche que j'ai choisie et par une réponse possible.

TITRE 1. GENÈSE DU CHAMANISME JUDICIAIRE AU NIVEAU THÉORIQUE

CHAPITRE 1. ORIGINES THÉORIQUES DU CHAMANISME JUDICIAIRE

Dans ce chapitre nous allons aborder ce comment la problématique des ambiguïtés, des lacunes et des conflits dans les pratiques juridiques est déballée par les réalistes, par les postmodernistes et par les critiques.

A) LE RÉALISME JURIDIQUE ET LES IDÉES SIMILAIRES DE L'ÉPOQUE.

Est-il possible d'espérer que le cerveau humain soit un jour assez puissant pour réunir en un faisceau harmonieux les données sur lesquelles s'appuie le droit ? Je ne le crois pas.

René Demogue

Dans le présent titre nous allons faire une revue de la pensée réaliste et quasi-réaliste du début du 20^e siècle. Nous commencerons par le réaliste français René Demogue et l'école sociologique russe, puis passerons par les allemandes, verrons ensuite les réalistes scandinaves, puis le réalisme étatsunien, pour retourner à l'Europe chez les marxistes et terminerons le sous-chapitre avec Le Social (« *The Social* » comme Duncan Kennedy l'écrit) et avec la texture ouverte.

1) Réaliste français René Demogue.

René Demogue publie son ouvrage sur le droit privé en 1911 et devient sans doute la personne clé dans la pensée réaliste de son époque. Au début du 20^e siècle il y avait un nombre important d'académiciens critiquant l'abus de déduction, mais Demogue se distingue par son abstention de toutes les tentations de reconstruire la rationalité juridique.⁴⁸ Il se prononce contre toutes les modes de reconstruction et les évolutionnismes en clarifiant leur caractère exclusif et leur nature contradictoire.⁴⁹ Les notions régulatrices sont enracinées dans la vie sociale et non dans les projets rationalisant ni dans les textes juridiques. Il ne croit pas en la possibilité de transposer les intérêts et besoins sociaux dans le droit positif pour que leur application ne pose pas des problèmes dans l'avenir. Comme Demogue l'écrit : « conflits et des contradictions qui sans doute agiteront toujours le droit civil ».⁵⁰ Il ne fait pas non plus la distinction entre la juge et la législatrice.⁵¹

Ces traits du travail de Demogue le rapprochent beaucoup plus de la pensée critique contemporaine que certaines réalistes étatsuniennes ou allemandes. Les idées de notre juriste seront d'une grande influence sur Jerome Frank, Arthur Corbin, Morris Cohen, George Gardner, Karl Llewellyn et Lon Fuller.⁵² Par ailleurs, Duncan Kennedy et Marie-Claire Belleau le critiquent pour l'absence du défi envers la société capitaliste moderne dans ses recherches.⁵³

2) École sociologique russe.

Les membres de l'école sociologique russe de la fin du XIX^e siècle sont d'origine positiviste. Elles se concentrent sur la recherche du dynamisme juridique et des conditions de naissance et du développement des relations juridiques.⁵⁴ Nikolay Korzhunov affirmait l'impossibilité de distinguer

⁴⁸ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, "La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine", 56 *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* 171 (2006).

⁴⁹ *Ibid.* p. 173.

⁵⁰ René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris : Rousseau, 1911, p. vii.

⁵¹ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, "La place de René Demogue...", *op. cit.*, p. 180.

⁵² *Ibid.* p. 195.

⁵³ *Ibid.* p. 208.

⁵⁴ Andrey Poliakov, *Введение в общую теорию права и государства : Основные этапы развития общей теории права и государства в России*, <http://pravoznavec.com.ua/books/231/17350/17/#chapter>, 01 04 2010.

de manière absolue le droit et le *sans-droit*. Il définissait le droit comme la délimitation des intérêts afin de garantir la paix sociale et cherchait la base sous-jacente du droit dans la psychique humaine.

Sergey Muromtsev était un idéologue de la recherche empirique du droit en interaction avec les autres phénomènes sociaux. Il comprenait le droit comme les relations existantes au niveau factuel et la cour comme une institution législative. Muromtsev croyait que le rôle de la cour était de mettre l'ordre des relations en équivalence à la justice qui est définie comme l'ensemble des attitudes dominantes dans la société. Pour cet objectif, il soutenait la création de la science de la politique de droit qui devrait se préoccuper des questions de ce qui est désirable dans le développement du droit.⁵⁵

3) Réalistes allemandes.

Philipp von Heck produit sa théorie de l'*Interessenjurisprudenz* ou de l'équilibre des intérêts juridiques en 1912. Son défi au juridisme est beaucoup plus modéré que ce qu'on voit chez Demogue. Von Heck comprend les lois comme des « solutions aux conflits ». Il critique l'abus de déduction dans les décisions judiciaires, et la téléologie de Rudolf von Jhering car le contenu concret d'une disposition juridique dépend du poids des intérêts vaincus.⁵⁶ Chez ce réaliste allemand, la juriste reste soumise à la juge et cette dernière doit obéir à la législatrice. Donc on ne procède à l'interprétation que dans le cas d'une « lacune » ou d'un conflit. Dans une telle situation, la cour doit produire l'équilibre des intérêts tel que projeté par la législation.⁵⁷ Je conclurais que son réalisme se rapproche finalement d'un nouveau juridisme. Il ne s'éloigne pas de la rationalité téléologique mélangée au balancement des coûts et bénéfices de Max Weber.⁵⁸

⁵⁵ Sergey Muromtsev, *Определение и основное разделение права*, Saint-Pétersbourg : Издательский Дом Санкт-Петербургского государственного университета, réédition, 2004 (1879), p. 478.

⁵⁶ Philipp von Heck, « The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests », in M. Magdalena Schoch (dir. et traducteur), *The Jurisprudence of Interests: selected writings of Max Rümelin [et autres]*, Cambridge, Harvard University Press, 1948, p. 35-36.

⁵⁷ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, « La place de René Demogue... », op. cit., p. 183.

⁵⁸ Max Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society I*, Max Rheinstein (dir. et traducteur), New York: Free Press, 1954 (1925), p. 8-9.

Carl Schmitt crée une méthodologie beaucoup plus innovatrice. Il constate que tous les concepts de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés et dit que quiconque invoque l'humanité veut tricher. Sa critique de l'abus de déduction se base sur le fait qu'il est très difficile de prévoir l'application des exceptions par les cours. L'exception à la jurisprudence est un miracle contemporain.⁵⁹ Les juristes nazies réussissent quand même à établir la prévisibilité des décisions judiciaires par l'introduction de concepts théologiques sécularisés tels que l'esprit du national-socialisme et la Weltanschauung national-socialiste.⁶⁰

4) Réalisme scandinave.

Les réalistes scandinaves qualifient le système juridique structuré de hiérarchie des dispositions-devoirs de Hans Kelsen et de volonté du souverain de John Austin comme entités non-factuelles. Cependant, ce qui distingue les scandinaves de ses collègues étatsuniennes, c'est l'attention aux faits intouchables, c'est-à-dire aux états mentaux et aux conditions éprouvées par les gens, aux idées, aux croyances, aux sentiments.

Axel Hägerström déterre le fait que les romaines croyaient que leur système juridique était composé de pouvoirs magiques. Elles considéraient les droits et les devoirs comme des pouvoirs supranaturels et mystérieux. Hägerström explique que l'appartenance à la société produit un certain sentiment de pouvoir et de restriction. L'individu exprime ce sentiment de façon spontanée en disant qu'il a un droit ou qu'il est sous une obligation.⁶¹ Vilhelm Lundstedt pense que le sentiment de la restriction est une conséquence de punition permanente d'un certain comportement, mais non la cause de punition.⁶²

Pour Karl Olivecrona, les droits subjectifs sont des mots vides qui ont la fonction de créer ou de renforcer la conviction ou le sentiment de sa puissance envers une action. Un droit n'est qu'un

⁵⁹ Carl Schmitt, *Political Theology : Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trad. de George Schwab, Chicago: University of Chicago Press, réédition, 2005 (1922), p. 36.

⁶⁰ Bernd Rüthers, *Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen in Dritten Reich*, München: Beck, 2e éd., 1989, p. 110.

⁶¹ Axel Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. de C. D. Broad, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1953, p. 348.

⁶² Vilhelm Lundstedt, *Legal Thinking Revised : My Views on Law*, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956, p. 17.

pouvoir fictionnel, idéal et imaginaire. La foi dans les droits est dérivée de la foi primitive en magie.⁶³

Alf Ross distingue trois types des mots : indicatif, qui exprime une idée sur un sujet ou le décrivent ; directif, exprimant une idée sur une action ou un modèle (« *pattern* ») de comportement (par exemple, le code criminel) ; et émotifs, qui n'expriment ni direction, ni indication. Les mots émotifs sont des droits et des devoirs. Ils servent d'instrument de persuasion. Le mot droit symbolise un pouvoir invisible et mystique produit par la rationalisation du sentiment de pouvoir.⁶⁴ Alf Ross assimile les droits subjectifs ainsi que les autres concepts juridiques tels que la propriété ou la créance à « tû-tû » ou à la saucisse de Toulouse ou, autrement dit, à rien du tout. La tribu Noît-cif qui vit dans les îles Noisulli utilise le mot tû-tû pour décrire les situations où, par exemple, un homme a eu une relation sexuelle avec sa belle-mère ou a mangé la nourriture préparée pour le chef, et également pour nommer les transgresseurs de ces tabous. Le mot tû-tû n'a pas de référence factuelle et pour cette raison, un discours sur tû-tû est un pur non-sens. Si nous prenons les trois phrases « My father is dead », « Mein Vater ist gestorben » et « Mon père est mort », nous verrons clairement la référence factuelle qui ne dépend aucunement de ce que nous croyons sur la séparation de l'âme du corps. Par contre, une telle perception immédiate est impossible avec l'application de tû-tû. Ce mot n'a pas de sens que dans la proposition « NN est tû-tû », prise intégralement. Donc tû-tû présente un avantage technique puisqu'elle peut résumer une situation factuelle mais, dans certains contextes, elle produit des résultats irrationnels. Ross soutient que pour un tel résultat on peut, avec le même succès, employer le concept de la « saucisse de Toulouse » sans rien perdre au niveau empirique.⁶⁵

5) Réalisme étatsunien.

Les Etats-Unis ont probablement la tradition réaliste la plus ancienne, riche, diverse et forte. Le développement de ce mouvement à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle est lié à l'entrée des académiciennes jeunes et énergétiques dans les meilleures facultés juridiques de l'Amérique, et à

⁶³ Karl Olivecrona, « Legal Language and Reality », in R. A. Newman (dir.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1962, p. 173.

⁶⁴ Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen : E. Munksgaard, 1946, p. 189.

⁶⁵ Alf Ross, «Tû-tû», 7 *Enquêtes* 276 (1998), Eric Millard et Elsa Matzner (trad).

leur connaissance des évolutions dans les autres domaines scientifiques : le pragmatisme dans la philosophie, la géométrie non-euclidienne, la théorie d'Einstein en physique, les nouvelles approches dans la psychologie et l'anthropologie.⁶⁶

Ce mouvement se partage en plusieurs réalismes, certains sont plus proches des études critiques du droit, mais les autres deviendront les nouveaux juridismes. Il faut dire que le mot « réalisme » est également polysémique comme la majorité des concepts juridiques, mais on peut sans doute lier ce concept à l'affirmation que la réalité est trop complexe et fluide pour être gouvernée par des règles.⁶⁷ On doit peut-être mettre au centre de cette approche Oliver Holmes⁶⁸ écrivant que le droit est ce que les juges font, le droit n'est pas une logique mais une expérience. Par contre, je ne mettrais pas au cœur du mouvement la définition de Benjamin Cardozo qui comprend le réalisme comme le don de la priorité aux « considérations d'analogie, de la politique et de la justice » par rapport à la *Begriffsjurisprudenz* (la jurisprudence des conceptions)⁶⁹.

Pas à pas le mouvement se complexifie et s'enrichit par des clivages internes, ce qui est démontré, par exemple, par le débat entre Pound et Llewellyn. En 1931 Pound introduit la notion de la « jurisprudence réaliste » pour décrire notre mouvement,⁷⁰ mais Llewellyn qui entre en conflit intellectuel avec Pound sur la nature du réalisme, et parle plutôt de la « jurisprudence réaliste ».⁷¹

Pound qualifie Llewellyn et ses amis de « nouvelles réalistes » et les critique pour la réduction de la science juridique en une simple description.⁷² Il pense également que les néoréalistes ont leur propre préconception de ce qui est important avant le début de sa recherche. Elles substituent aux devoirs éthiques, politiques et historiques, le déterminisme psychologique.⁷³ Pound trouve que les « néoréalistes radicales » sont encore pires puisqu'elles déniaient toutes les règles, les principes, les

⁶⁶ Edward A. Purcell, Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, Lexington : University Press of Kentucky, 1973, p. 74-94.

⁶⁷ Gary Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York : New York University Press, 1995, p. 27.

⁶⁸ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston: Little, Brown, 1881, p. 1.

⁶⁹ *Hynes c. New York Central R. Co.*, 231 NY 229, 236 (1921).

⁷⁰ Roscoe Pound, "The Call for a Realist Jurisprudence", 44 *Harvard Law Review* 697 (1931).

⁷¹ Karl Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence – The Next Step", 30 *Columbia Law Review* 431 (1930).

⁷² Roscoe Pound, "The Call for a Realist Jurisprudence", *op. cit.*, p. 697-711.

⁷³ *Ibid.*

conceptions et les doctrines. Mais il n'y a rien de plus irréal.⁷⁴ Finalement, il vous propose son programme de la jurisprudence réaliste-relativiste⁷⁵ :

- 1 Attitude fonctionnelle : emploi des approches sociologiques pour montrer le fonctionnement du système juridique sans nier l'importance des principes juridiques et des institutions.
- 2 Reconnaissance des éléments alogiques, irrationnels et subjectifs dans les activités judiciaires et leur étude.
- 3 Reconnaissance de l'importance des cas individuels en s'opposant à l'universalisme absolu du siècle passé mais sans perdre de vue l'importance des généralisations et des conceptions comme des instruments de l'ordre juridique.
- 4 Abandon de l'idée de la solution nécessairement unique pour chaque problème.
- 5 Emploi des approches psychologiques sans dépendance dogmatique d'une branche particulière de la psychologie.
- 6 Emploi d'une théorie des valeurs sans dogmes d'une philosophie particulière.
- 7 Reconnaissance de la pluralité des approches à la vérité juridique et de l'importance de chaque approche envers un problème particulier.

Karl Llewellyn ne partage pas la vision de Pound quant aux « néoréalistes ». Il nous présente une analyse des travaux des 20 « réalistes indiscutables » et des 65 « réalistes réels » pour montrer que la notion des « néoréalistes » est sans référence concrète.⁷⁶ Llewellyn soutient que le réalisme est la tournure d'esprit, une attitude, une perspective qui n'est pas liée ni à une génération ni à la politique. Quelles que soient leurs visions philosophiques ou politiques, les réalistes se distinguent par la recherche sur le droit en action.⁷⁷ En réponse à Pound, Llewellyn écrit que les réalistes n'affirment pas (1) que les règles du droit substantiel sont sans importance, (2) qu'une analyse basée sur les droits-intérêts et sur les règles-recours ne peut jamais présenter la vision claire et utile du droit, (3) et qu'il faut exclure les droits substantifs et les règles du droit. Au lieu de ça, les réalistes insistent (1) sur le fait que les règles du droit substantiel sont de beaucoup moindre importance que ce que la majorité des juristes assument et qu'elles ne sont pas le centre de

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Karl N. Llewellyn, "Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound", 44 *Harvard Law Review* 1222 (1931).

⁷⁷ Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 44 *American Law Review* 15 (1910).

référence le plus utile, (2) que la présence du terme « droits et règle » dans la structure des intérêts dérange la discussion avec un bagage qui n'est pas fortement nécessaire, (3) et que les règles et droits substantiels ne doivent pas être étudiés en tant que tels mais toujours en relation avec le champ de comportement.⁷⁸

Llewellyn écrit que l'approche réaliste deviendrait irréaliste si elle ne faisait pas l'attention à ce que les gens pensent que le droit est.⁷⁹

Gary Minda divise les représentants de ce mouvement en deux branches : les réalistes radicales et les réalistes progressives. Les radicaux Felix Cohen, Walter Cook et Robert Hale ont commencé le développement de la jurisprudence anticonceptuelle afin d'exposer le contexte politique du droit public et privé, l'incohérence des catégories juridiques, la dépendance des syllogismes juridiques des jugements politiques sur le rôle du droit dans la société.⁸⁰ Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, Brandeis sont des représentants du réalisme progressif qui se fonde sur le pragmatisme et sur la thèse de l'abus de déduction d'Oliver Holmes.⁸¹ Ils voient le droit comme une science sociale qui a un projet constructif et politiquement neutre.⁸²

Duncan Kennedy classe les réalistes en trois branches⁸³ :

- 1) Frank et l'intuitionnisme, ou les radicales ;
- 2) Les behavioristes qui cherchent à découvrir les régularités de comportement sans permettre que les concepts juridiques jouent un rôle dans l'élaboration des hypothèses. Plus tard, cette branche deviendra la sociologie positiviste.
- 3) Les reconceptualistes Arthur Corbin, Morris Cohen, George Gardner, Karl Llewellyn et Lon Fuller qui considèrent les règles du droit

⁷⁸ Karl N. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence – The Next Step", 30 *Columbia Law Review* 431 (1930).

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 28.

⁸¹ *Ibid.* p. 29.

⁸² *Ibid.* p. 30.

⁸³ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, « La place de René Demogue... », p. 195-196.

comme des compromis entre les principes. Elles adhèrent à la rationalité des considérations conflictuelles.

Fisher, Hortwitz et Reed font la distinction entre un courant majoritaire modéré et un courant minoritaire radical. La majorité considérait que les « règles du papier » jouent un certain rôle dans la prise des décisions judiciaires mais ces dernières sont fortement influencées par les autres considérations. Selon elles, la doctrine n'a jamais eu la force impérative : la logique déductive et le raisonnement par analogie sont beaucoup plus flexibles et ouverts que le juridisme classique ne le croit. De plus, la doctrine est toujours intérieurement contradictoire. La minorité soutenait quand même que la doctrine n'avait aucun rôle du tout.⁸⁴

Après avoir fait une introduction à la méthodologie réaliste et à la classification de ce mouvement, nous allons passer brièvement par William Tilghman, Oliver Holmes, James Thayer, Roscoe Pound, Underhill Moore, Wesley Hohfeld, Arthur Corbin, Harold Laski, Robert Lee Hale, Morris Cohen, Felix Cohen, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Lon Fuller, Thurman Arnold et Fred Rodell. Je vais essayer de garder la présentation plus ou moins chronologique pour mieux voir l'évolution de ce courant de pensée.

Le président de la Cour suprême de Pennsylvanie **William Tilghman** utilisait, en fait, la conception de l'abus de déduction déjà en 1811 en écrivant que les actes de la législature ne doivent être déclarés anticonstitutionnels que dans le cas où la violation est manifeste sans laisser aucun doute raisonnable.⁸⁵ Robert Rantoul continuait la campagne sceptique contre la Raison par l'affirmation faite déjà en 1836 que le droit commun est la perfection de la raison humaine de la même façon que l'alcool est la perfection du sucre. La rationalité n'est douce que pour un intellect naïf.⁸⁶ Mieux votre cerveau fonctionne, plus des rationalités vous voyez.

Oliver Wendell Holmes est souvent considéré comme le père du réalisme étatsunien. Ses thèses sur « la vie du droit n'était pas logique, elle était une expérience »⁸⁷, « les propositions générales ne

⁸⁴ William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed (dir.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 164.

⁸⁵ *Commonwealth c. Smith*, 4 Binn.117 [Pennsylvania, 1881].

⁸⁶ Robert Rantoul, « Oration at Scituate » (1836), dans Kermit L. Hall et al., *American Legal History*, New York : Oxford University Press, 1991, p. 317-318.

⁸⁷ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston: Little, Brown, 1881, p. 1.

décident pas les cas concrets »⁸⁸ et que le droit est une prédiction de ce que les juges feront,⁸⁹ sont devenues des dogmes du réalisme. Jerome Frank a caractérisé Holmes comme un « juriste complètement adulte ».⁹⁰

Il affirme que les décisions judiciaires sont toujours influencées par les nécessités du temps, par les théories prédominantes morales et politiques, par l'intuition de la politique public et même par les clichés. Ces facteurs sont beaucoup plus importants que tous les axiomes, la logique et la mathématique.⁹¹ Holmes se réfère à Langdell, qui a consacré sa carrière juridique à la création d'un fondement axiomatique et cohérent du système juridique, comme étant le « plus grand théologien juridique vivant ».⁹² Holmes, quant à lui, a créé la théorie de l'homme mauvais. Si vous avez besoin de connaître le droit et ses exigences, adoptez la perspective de l'homme mauvais.⁹³ Vous pouvez penser que le droit est ce qui est décrit par Hobbes, par Bentham ou par Austin, que le droit émane du souverain, que le droit est la voix du *Zeitgeist* ou quelque chose comme ça, mais Holmes est intéressé par comment tout cela fonctionne dans la pratique régulatrice quotidienne.⁹⁴ Au niveau général, la diversité de toutes ces approches détruit la certitude.

Il continue en disant que la constitution est écrite et adoptée par des gens ayant des convictions fondamentalement différentes et que, pour cette raison, elle ne peut être considérée comme ne justifiant qu'une seule théorie économique.⁹⁵ Les « sympathies économiques » diverses des juges peuvent déterminer des résultats incompatibles.⁹⁶

Néanmoins, Holmes reste un reconstructeur. Il maintient sa foi dans les « principes fondamentaux comme ils ont été compris par les traditions de notre peuple et de notre pays ».⁹⁷ Selon lui,

⁸⁸ Opinion dissidente du juge Oliver Holmes dans *Lochner c. New York*, 198 US p. 76.

⁸⁹ Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

⁹⁰ Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick: Transaction Publishers, 2009 (1930), p. 270.

⁹¹ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, *op. cit.*, 1881, p. 1.

⁹² Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 37.

⁹³ Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Opinion dissidente du juge Oliver Holmes dans *Lochner c. New York*, 198 US p. 76.

⁹⁶ Oliver Wendell Holmes, « Privilege, Malice, and Intent » dans *Collected Legal Papers*, éd. Buffalo, New York: William S. Hein, 1985 (article publié pour la première fois en 1894), p. 128.

⁹⁷ Opinion dissidente du juge Oliver Holmes dans *Lochner c. New York*, 198 US p. 75.

l'incertitude est un dragon qui peut devenir un animal utile.⁹⁸ Il propose d'intégrer les études de l'histoire dans le programme universitaire du droit pour cultiver le scepticisme éclairé. Holmes veut reconstruire le droit en tant que science inductive de l'expérience et des faits⁹⁹ pour arriver, finalement, aux règles impersonnelles.¹⁰⁰ Il maintient la foi dans la capacité de la logique et de la raison à résoudre inductivement les problèmes juridiques et sociaux.¹⁰¹

James Thayer critique l'attitude selon laquelle le rôle principal et honorable du pouvoir judiciaire est la protection du peuple contre la violation de la constitution par la législature. Selon lui, si c'était le cas, le contrôle constitutionnel ne serait pas simplement accessoire et postérieur. Pour cette raison dans les cas où les juges ont l'opportunité d'agir, l'extension de leur contrôle doit également être étroite.¹⁰² Ce qui semble anticonstitutionnel à l'un, ne semble pas tel à l'autre. Les droits de l'homme peuvent même être mieux protégés par les législatures dans les pays sans constitution.¹⁰³

Roscoe Pound introduit une distinction importante entre le droit dans les livres et le droit dans l'action. Il cite Freund pour montrer que, en fait, le droit dans les livres n'est souvent qu'un moyen dans les mains des juges pour renverser n'importe quelle législation qui, selon eux, n'est pas sage.¹⁰⁴ Il regrette que le droit contrairement à toutes les autres sciences sociales et naturelles n'ait pas encore abandonné la déduction à partir des conceptions prédéterminées. La pensée philosophique, politique, économique et sociologique a déjà rejeté les méthodes du raisonnement *a priori* du XVIII^e siècle mais elles restent toujours dans les prémisses des juristes étatsuniennes.¹⁰⁵ Pound cite les idées de John Commons pour attirer l'attention que la justice n'est pas seulement un jeu honnête

⁹⁸ Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

⁹⁹ R. Retall Kelso, Charles D. Kelso, *Studying Law: An Introduction*, St. Paul, Minn. : West Publishing, 1984, p. 115.

¹⁰⁰ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* – Boston : Little, Brown & Co., 1881, p. 47-48.

¹⁰¹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993, p. 19.

¹⁰² James B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 7 *Harvard Law Review* 135 (1893).

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 44 *American Law Review* 15 (1910).

¹⁰⁵ *Ibid.*

entre individus mais aussi un jeu honnête entre classes sociales.¹⁰⁶ Frank fera la référence à Pound en tant que critique du juridisme ne promouvant que l'idéologie du laissez-faire.¹⁰⁷

Néanmoins, vers les années 30, Pound deviendra pas à pas chamanique et conservateur.¹⁰⁸ Il essaiera de renommer les réalistes qui seront en désaccord avec lui comme « néoréalistes » en leur attribuant des déclarations nihilistes qu'elles n'avaient jamais.¹⁰⁹ Pound commence son propre projet de reconstruction du droit.

Il essaye de se distancer des réalistes comme Llewellyn et surtout des radicaux comme **Underhill Moore** qui niait la croyance que l'expérience humaine peut montrer les choix ultimes pour la prise de décisions judiciaires rationnelles. Les ultimes ne sont que les fantômes d'un rêve journalier.¹¹⁰

Les recherches de **Wesley Hohfeld** montrent que « la propriété n'est qu'une liasse des droits » sans « cœur ». Il y a une variété infinie de régimes dans le droit privé où chaque régime produit sa propre allocation des ressources et a son modèle de distribution des revenus. En même temps, tout cela est parfaitement consistant avec n'importe quelle définition cohérente de la propriété privée.¹¹¹ Les mots peints au caméléon (*chameleon-hued words*) dérangent la pensée claire et la communication des idées.¹¹² Mais il faut remarquer que Hohfeld croyait en la possibilité de reconstitution des concepts juridiques dans des termes empiriques et promouvait la science inductive du droit.¹¹³

Arthur Corbin examine les conflits autour de l'interprétation des contrats. Il remarque qu'il y a une tension permanente entre ce que les parties ont écrit et le standard de la personne raisonnable sur ce qu'elles devaient penser. Par ailleurs, cela n'explique même pas le choix judiciaire. Ce dernier est motivé par les facteurs inarticulés et subconscients : les opinions politiques, les opinions

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Opinion dissidente du juge Jérôme Frank dans l'affaire *M. Witmark & Sons c. Fred Fisher Music Co*, 125 F.2d 949 (Cour d'Appel du 2^e arrondissement).

¹⁰⁸ Fisher et al. (dir.), *American Legal Realism*, p. 7.

¹⁰⁹ Roscoe Pound, "The Call for a Realist Jurisprudence", 44 *Harvard Law Review* 697 (1931).

¹¹⁰ Underhill Moore, "Rational Basis of Legal Institutions", 23 *Columbia Law Review* 612 (1923).

¹¹¹ Wesley Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", 23 *Yale Law Journal* 16 (1913).

¹¹² Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", 23 *Yale Law Journal* 28 (1913).

¹¹³ Fisher et al. (dir.), *American Legal Realism*, p. 216.

sur le bien-être, sur la justice, sur le correct et l'erroné.¹¹⁴ **Harold Laski** propose de réinterpréter le droit dans les termes de besoins collectifs.¹¹⁵

Robert Hale commence un projet très proche des études critiques du droit. Il consacre sa recherche à l'influence du droit à la distribution des revenus entre les classes sociales et trouve qu'au fond, la distribution des pouvoirs de négociation sur les fruits de la coopération en production est asymétrique. Il est tout à fait irréal de qualifier un tel accord de « liberté ». C'est plutôt une coercition : chacun est forcé de céder. Il faut remarquer que, selon Duncan Kennedy, Hale ce distingue du marxisme par sa reconnaissance de ce que les employées forcent également leur employeuse.¹¹⁶

Le pouvoir de négociation est affecté par deux catégories de règles¹¹⁷ :

- Les règles sur les grèves, sur les lock-outs, sur les manifestations, sur l'inscription sur une liste noire, et sur le licenciement pour activités syndicales.
- Les règles influençant la présence d'un emploi alternatif et la volonté de le prendre ou de commencer des activités économiques indépendantes.

Les règles constituent le background pour les négociations et ce background est un sujet des manipulations.¹¹⁸ Hale conclut que l'idéologie du laissez-faire n'est pas une lutte pour liberté mais un transfert du pouvoir étatique aux groupes privés.¹¹⁹

John Dewey attire l'attention sur le fait qu'aucun juriste ne réfléchit jamais sur le cas de son client en termes de syllogismes mais prend ce que la cliente veut comme point de départ.¹²⁰ Il dit que

¹¹⁴ Arthus Corbin, "Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations", 26 *Yale Law Journal* 204-206 (1917).

¹¹⁵ Harold Laski, "The Basis of Vicarious Liability", 26 *Yale Law Journal* 135.

¹¹⁶ Duncan Kennedy, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!", 15 *Legal Studies Forum* 327 (1991). Voyez également Robert Hale, "Prima Facie Torts, Combinations, and Non-Feasance", 46 *Columbia Law Review* 196 (1946).

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Robert Hale, "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State, 38 *Political Science Quarterly* 475 (1923).

¹²⁰ John Dewey, "Logical Method and Law", 10 *Cornell Law Quarterly* 17-27 (1924).

l'infiltration de la logique plus expérimentale et plus souple est une nécessité sociale et intellectuelle.¹²¹

Morris Cohen continue le thème en disant que la propriété est une forme de souveraineté.¹²² La propriété ne désigne pas la relation entre le propriétaire et une chose mais entre le propriétaire et les autres individus par une référence à cette chose.¹²³

Felix Cohen, en ce qui concerne l'abus de déduction, assimile le droit à la magie. Il renonce au mythe sur l'existence de la *presse hydraulique-dialectique-interprétative*.¹²⁴ Chaque mot juridique qui n'a pas de référence empirique claire, doit être déclaré banqueroute.¹²⁵ Walter Cook appelait ces mots « notions mécaniques enfantines du XIX^e siècle ». ¹²⁶ Llewellyn a montré la banqueroute du droit de propriété. Herman Oliphant vient avec les preuves de la banqueroute du contrat. Haines, Brown, T. R. Powell, Finkelstein et Cushman ont soumis la pétition pour la banqueroute du procès équitable, du pouvoir de la police et d'autres mots charmant du droit constitutionnel. Hale, Richberg, Bonbright sont pour la banqueroute du juste prix dans la régulation d'évaluation de propriété. Cook et Yntema sont des avocats de la banqueroute des droits inaliénables où les lois sont en conflit. Comme le dit Wittgenstein, les discussions sur ces mots ne sont pas erronées mais sont tout simplement sans sens.¹²⁷ La majorité des questions du juridisme sont des non-sens. Les seules questions importantes sont : « comment les cours décident ? » et « comment elles doivent décider ? ». ¹²⁸ Herman Oliphant appellera la recherche conduite dans cette direction d'*étude véritablement scientifique du droit*.¹²⁹ Felix Cohen se prononce contre le monde-fantôme des entités supranaturelles juridiques auquel les cours délèguent leur responsabilité morale¹³⁰, contre les

¹²¹ *Ibid.* p. 27.

¹²² Morris Cohen, "Property and Sovereignty", 13 *Cornell Law Quarterly* 14 (1927).

¹²³ *Ibid.* pp. 8-14.

¹²⁴ Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Columbia Law Review* 809 (1935).

¹²⁵ *Ibid.* pp. 821-824.

¹²⁶ Walter Cook, « Scientific Method and the Law », 13 *American Bar Association Journal* 303-309 (1927).

¹²⁷ Felix Cohen, "Transcendental Nonsense...", *op. cit.*, p. 821-824.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Herman Oliphant, « A Return to Stare Decisis », 14 *American Bar Association Journal* 159 (1928).

¹³⁰ Felix Cohen, "Transcendental Nonsense...", *op. cit.*, p. 821-824.

« problèmes juridiques » derrière lesquels les juges se réfugient face aux questions pratiques,¹³¹ ainsi que contre le projet de la reconstruction du droit étatsunien entrepris par l'Institut du droit américain.¹³²

Cohen dit que les juges dupent (*fool*) les gens, mais cela ne signifie pas qu'une juriste réaliste doit abandonner ces mots devant une cour irréaliste. Il faut continuer ce discours de hocus-pocus pour arriver à ses fins.¹³³

François Ost critique les réalistes pour le rôle mineur qu'elles attribuent au pouvoir de la législature en disant qu'on peut toujours être « encore plus réalistes que les réalistes » : on peut commencer à n'étudier que la manière dont les décisions de la cour sont implémentées.¹³⁴ Felix Cohen est exactement encore plus réaliste que les réalistes. Il soutient qu'il faut faire de la recherche sur l'implémentation des décisions judiciaires et sur leur interprétation consécutive par les forces de l'ordre.¹³⁵

Karl Llewellyn se trouve parmi les réalistes les plus importantes. Il soutient que le droit n'est pas un système, mais une *courtepointe juridique folle et non-systémique*.¹³⁶ Llewellyn élabore une critique de la doctrine du précédent en concluant qu'elle est *dicéphale*, comme Janus à deux visages. Il y aura toujours des raisons pour rejeter l'arrêt précédent et pour ne pas le rejeter.¹³⁷

Comme nous avons eu déjà l'occasion de le remarquer, Llewellyn est plus réaliste que Pound, mais il reste quand même assez reconstitutionnaliste. Il développe l'approche pragmatiste de la « maîtrise fine » (« skilled craftsmanship ») de Holmes à « ce que les juges et les bureaucrates font » pour créer une conception cohérente de l'intérêt public.¹³⁸ Karl Llewellyn croit que l'interprétation

¹³¹ *Ibid.* p. 820.

¹³² *Ibid.* p. 827.

¹³³ *Ibid.* pp. 838-849.

¹³⁴ François Ost, Cours sur la jurisprudence générale donné en 2004-2005 aux Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles.

¹³⁵ Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Columbia Law Review* 838-849 (1935).

¹³⁶ Karl N. Llewellyn, "What Price Contract? – An Essay in Perspective", 40 *Yale Law Journal*, 1931, p. 704.

¹³⁷ Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush, or, Our Law and Its Study*, New York: Oceana Publishing, 1960, p. 68.

¹³⁸ Karl N. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence – The Next Step", 30 *Columbia Law Review* 431 (1930).

téléologique peut stabiliser la pratique régulatrice. « La règle chantante avec un objectif et avec une raison claire » est « la plus juste et la plus belle sorte de règle juridique ».¹³⁹

Kennedy le critique pour deux raisons : premièrement, c'est sa foi en la téléologie, en la cohérence et en la logique inductive. Deuxièmement, c'est son abstention délibérée des questions politiques.¹⁴⁰ Il était pour la description de la loi dans l'action sans projets politiques sur la transformation.

Jerome Frank décrit les dogmes du juridisme comme *l'histoire du Père Noël* sur la certitude juridique complète, le conte de fée sur le pot du droit d'or qui existe déjà, lequel peut être trouver par une bonne juriste, et les légendes de Peter Pan sur la chasse juridique heureuse dans le pays des absolus juridiques.¹⁴¹ Il soutient que les juristes qui croient profondément en tout cela sont des victimes de la sur-protection du père durant l'enfance. Pour cette raison elles essaient de remplacer leur père par le Droit. Frank prépare un cours de *psychothérapie* pour les aider.¹⁴² Une enfant veut avoir un père tout-puissant et tout-savant,¹⁴³ mais grandir signifie devenir indépendant de l'autorité extérieure, compter sur soi et accepter la responsabilité.¹⁴⁴

Lon L. Fuller apporte sa contribution dans l'analyse de l'abus de déduction en disant que la « détermination » des relations causales est un procès de création de ces relations.¹⁴⁵ Il soutient que les juges seront toujours influencées par des considérations non-techniques et extra-juridiques.¹⁴⁶

Thurman Arnold fait la distinction entre la *science du droit* ou la théologie juridique et la *science sur le droit*.¹⁴⁷ Il critique la science de droit toute entière et particulièrement la reconstitution (*restatement* en anglais) du droit étatsunien parce que ce projet cherche la solution dans la

¹³⁹ Karl N. Llewellyn, "On the Good, the True, the Beautiful, in Law," 9 *University of Chicago Law Review* 224, 250 (1941-1942).

¹⁴⁰ Duncan Kennedy, *Critique of Adjudication...*, p. 90.

¹⁴¹ Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick: Transaction Publishers, 2009 (1930), p. 244.

¹⁴² Richard A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2008, p. 112.

¹⁴³ Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 265.

¹⁴⁴ *Ibid.* P. 261.

¹⁴⁵ Lon L. Fuller, William R. Perdue, Jr., "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale Law Journal* 52-53 (1936-1937).

¹⁴⁶ Lon L. Fuller, "American Legal Realism", 82 *University of Pennsylvania Law Review* 452 (1934).

¹⁴⁷ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers – A Reply to Dean Goodrich”, 84 *University of Pennsylvania Law Review* 815 (1936).

suppression autoritaire des faits et non dans un meilleur enseignement.¹⁴⁸ L'indétermination juridique se nourrit par *l'inflation juridique*. Un petit pays comme la Suède peut avoir plusieurs arrêts ; pour une petite île comme la Grande-Bretagne, il suffit d'avoir 800 volumes de précédents, mais aux Etats-Unis, il y a 25 000 arrêts qui paraissent chaque année.¹⁴⁹ Le projet de la reconstitution n'avait aucune chance d'aboutir, et n'est devenu qu'« un autre livre à consulter ».¹⁵⁰ Arnold lie l'élaboration de l'attitude réaliste à la révolution copernicienne. Elle a déplacé la Terre du centre de l'univers et a commencé l'analyse de notre planète de l'extérieur.¹⁵¹

Fred Rodell est sans doute un des réalistes les plus passionnantes. Il définit le droit comme le *mumbo-jumbo de haute classe* et la juge comme une guérisseuse¹⁵² ou comme une fournisseuse du vodou. Il appelle la classe des juristes l'aristocratie pseudo-intellectuelle qui vend Le Droit.¹⁵³ Après une analyse profonde de l'abus de déduction Rodell propose, d'abord, de simplifier la langue juridique,¹⁵⁴ de remplacer ensuite la Cour suprême par une Commission qui serait élue démocratiquement et, finalement, de supprimer toutes les cours ainsi que la profession de juriste. Il ne serait pas facile de réaliser un tel programme mais notre réaliste dit qu'il n'est pas facile de détruire le féodalisme.

Sa critique de l'abus de déduction commence par l'attaque contre les concepts de *mens rea*, du procès équitable etc. qui sont des choses sublimes, « Les Mots » (« The Words ») sont, en fait, *vides-de-sens (empty-of-meaning)*. L'indétermination juridique mène à la création de la *Cour d'appel-super-super (Super-super-appellate court)* qui doit se faire une expression de visage juste et doit abracadabrer avec « Ces Mots ». Il y a toujours un conflit entre les principes, les sous-principes, les sous-sous-principes et les *sous-sous-sous-principes (sub-sub-sub-principles)* qui ouvre un choix énorme. Dans ces conditions le « constitutionnel » et l'« anticonstitutionnel »

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 812.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 817-819.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 821-823.

¹⁵¹ *Ibid.* p. 824.

¹⁵² Fred Rodell, "Goodbye to Law Reviews – Revisited", 48 *Virginia Law Review* 283 1962 (1936).

¹⁵³ Rodell, *Woe unto you, Lawyers!*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁴ Rodell, "Goodbye to Law Reviews", *op. cit.*, p. 284.

deviennent aussi ambigus que le « bon » et le « mauvais ». Le Droit est une fraude qui cache les inégalités et les injustices.¹⁵⁵

Pour dérouler son analyse de l'abus de déduction, il fait une comparaison entre le raisonnement judiciaire et la logique d'une demoiselle. Hier elle s'est réveillé tôt donc aujourd'hui elle devrait se comporter de la même façon. Mais hier il y avait du soleil et aujourd'hui il pleut. Elle a un rendez-vous chez le coiffeur (principe), mais elle ne veut pas y aller ; mais le rendez-vous est fixé volontairement ce qui signifie qu'elle doit y aller (sous-principe), mais un rendez-vous fixé en hâte puis regretté n'a pas à être tenu (sous-sous principe). Doit-elle laver ses dents ? Oui, parce qu'il y a un principe général qui dit que tout ce qui est bien pour la santé doit être fait. Doit-elle utiliser de l'eau un peu plus froide sous la douche ? Non car ce qui est bien pour la santé est normalement indésirable. Doit-elle acheter ce chapeau ? Doit-elle manger ce dessert ? Il y a toujours une lutte profonde entre, au moins, le principe de ce qui est désirable et le principe de ce qui est bon pour la santé ou pour le budget familial.¹⁵⁶

Le discours construit par les juristes autour de la logique de la demoiselle ressemble à un éléphant qui essaie d'écraser une mouche. Rodell soutient qu'on peut parfois dire qu'une décision judiciaire est *complètement stupide (thoroughly stupid decision)*¹⁵⁷.

Duncan Kennedy critique les réalistes pour le fait qu'elles n'aient pas élargi leur succès dans la démonstration de l'abus de déduction aux revendications politiques plus profondes.¹⁵⁸ De plus, certaines réalistes ont entrepris le projet de la reconstitution ; elles essayaient de baser la rationalité sur la téléologie, sur la balance des principes ou des intérêts, et sur l'abus de l'induction.

6) Marxisme juridique.

Dans la pensée juridique marxiste, il est utile de se concentrer sur Antonio Gramsci et Evgeny Pashukanis.

¹⁵⁵ Rodell, *Woe unto you, Lawyers!*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁵⁶ Rodell, *Woe unto you, Lawyers!*, *op. cit.*, pp. 94-107.

¹⁵⁷ Rodell, "Goodbye to Law Reviews", *op. cit.*, p. 280.

¹⁵⁸ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, pp. 112-113.

Antonio Gramsci introduit la notion de *l'hégémonie* : le type de la domination la plus efficace, c'est quand la classe dominante et la classe dominée croient ensemble que l'ordre existant est satisfaisant ou, au moins, qu'il représente le maximum que les dominées puissent espérer. Le penseur marxiste nous invite à analyser les systèmes de croyances, les présuppositions sur la politique, sur l'économie, sur la hiérarchie, sur le gouvernement approprié, sur les rôles des sexes dans la famille qui sont profondément paralysant parce qu'il est presque impossible pour les gens d'imaginer que la vie peut devenir meilleure. L'objectif de l'idéologie hégémonique est de fermer l'imagination.¹⁵⁹

Eugeny Pashukanis écrit que la « société » n'existe que dans les fantasmes des juristes. Le droit n'est que la perspective ou la superstructure élaborée par une classe sur ce qu'il faut faire. La neutralité du droit est un mythe. De plus, le droit bourgeois crée le mythe de l'individu atomique et libre pour justifier le *laissez-faire*.¹⁶⁰ Je crois que Pashukanis devait savoir dans son cœur que le droit prolétaire se fonde également sur un certain nombre de mythes, mais il ne le disait pas. Plus tard, **Andrey Vyshinsky** liera la perspective de la classe prolétaire et associera le droit prolétaire aux procédures positivistes du Kremlin.¹⁶¹

Pashukanis comme ses collègues étatsuniens fait la distinction entre le *droit des normes* et le *droit fonctionnant*. Il critique les juristes-dogmatiques qui n'étudient que les normes iusnaturalistes ou bien positivistes et se prononce en faveur de la recherche sociologique et historique.¹⁶²

Les critiques entrent en désaccord avec les marxistes puisque dans la perspective des écrivains le droit n'est pas un simple instrument de la bourgeoisie mais peut servir à promouvoir des intérêts du subalterne. Je crois que cette remarque est dirigée plutôt contre Vyshinsky que contre Pashukanis. Quant à moi, je critiquerais la perspective marxiste pour la croyance en la possibilité de développer le droit cohérent de classe.

¹⁵⁹ Antonio Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks*, trad. de Quintin Hoare et Geoffrey Nowell-Smith, New York: International Publishers, 1971, p. 195-196, 246-247.

¹⁶⁰ Evgeny Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism*, trad. de Barbara Einhorn, New Brunswick: Transaction Publishers, 2007 (1924), pp. 73-85.

¹⁶¹ Andrey Vyshinsky, *Основные задачи науки советского социалистического права*, Moscou: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1938, p. 183.

¹⁶² Evgeny Pashukanis, *Избранные произведения по общей теории права и государства*, с. Kudryavtsev (dir.), Moscou: Nauka, 1980, p.79-81.

7) Le Social.

Duncan Kennedy définit Le Social comme un mouvement du début du 20^e siècle qui luttait contre le juridisme classique et formel pour la promotion des droits sociaux.¹⁶³ Le Social représente la deuxième mondialisation du droit après l'émergence de la mode de pensée juridique formelle, qui commence son développement autour de 1900 dans les travaux de Rudolf von Jhering, d'Otto von Gierke et d'Eugen Ehrlich¹⁶⁴.

Walter Ehrlich écrivait que la vraie fondation du droit est entièrement sociologique, ce qui signifie, selon lui, qu'il faut que les juges répondent aux « normes qui sont valides empiriquement dans la vie quotidienne et indépendamment de leur réaffirmation ou déclaration dans la procédure juridique... ». Les dispositions statutaires ne sont que de « simples symptômes » de la validité sociologique. Il critique également l'abus de déduction dans le droit du précédent : « aucun précédent ne doit être considéré comme contraignant au-delà de ses faits concrets ». Pour ces raisons, la juge doit balancer les valeurs dans chaque cas individuel.¹⁶⁵ Par contre, Max Weber ne pense pas qu'une telle approche informelle pourrait améliorer l'état de la protection sociale car les juges sont normalement recrutées dans la classe privilégiée et formées dans cet esprit dans les facultés de droit élitistes.¹⁶⁶

Une grande contribution dans le courant de la pensée sociale était apportée par les juristes français Raymond Saleilles, François Gény, Léon Duguit, Édouard Lambert, Louis Josserand, Emmanuel Gounod et Georges Gurvitch. Ils affirmaient tous que le droit formel se déroule inévitablement au moyen de l'abus de déduction comme une simple superstructure par rapport à la base et insistait sur la nécessité de mieux protéger les intérêts sociaux. Néanmoins, malgré ces affirmations, ils étaient antimarxistes.¹⁶⁷

¹⁶³ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, p. 93.

¹⁶⁴ Duncan Kennedy, "Two Globalisations of Law and Legal Thought: 1850-1968", 36 *Suffolk University Law Review* 648 (2003).

¹⁶⁵ Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology*, Guenther Roth et Claus Wittich (dir.), Los Angeles: University of California Press, 1978 (première publication en 1921-1922), p. 888.

¹⁶⁶ *Ibid.* 893.

¹⁶⁷ Duncan Kennedy, "Two Globalisations of Law...", *op. cit.*, p. 649.

Josserand écrivait que plus les droits sont abstraits, plus leur abus s'en trouve facilité.¹⁶⁸ Maurice Hauriou qualifiait la Cour suprême étatsunienne de variété de gouvernement aristocratique. En fondant ses décisions sur les principes iusnaturalistes, les juges de la cour se trouvent au dessus de la loi.¹⁶⁹ Lambert introduit la notion de *gouvernement des juges* qui désigne le fait, pour une juge, d'écarter la loi votée par le Parlement au profit d'une interprétation personnelle, ceci dans un but politique.¹⁷⁰

La critique de l'abus de déduction chez Le Social est accompagnée de la reconstitution : Géný et Rudolf Stammler développent la théorie du droit naturel situationnelle ou à contenu variable, Duguit conceptualise le droit social, Hauriou présente la théorie du solidarisme et l'institutionnalisme.¹⁷¹ Ils essayent de traduire les besoins et les intérêts sociaux en droit positif.

Kennedy critique Le Social pour que ce mouvement ait gagné plutôt un peu des droits sociaux pour le subalterne afin de le passiviser au lieu d'apporter une transformation plus profonde. En France et dans les autres pays de notre influence intellectuelle, Le Social achève le remplacement de la cour suprême ou constitutionnelle par une institution avec une responsabilité politique plus claire ou moins sacralisée : les conseils constitutionnels sont mis en place en France, en Liban, en Algérie, en Mauritanie, en Sénégal, au Côte d'Ivoire et en Kazakhstan. Les membres du conseil ne sont pas considérés comme des « juges » et souvent leur pouvoir est plus restreint que celui des cours suprêmes.

8) Indétermination chez Wittgenstein et Waismann.

La texture ouverte des positivistes qui est normalement comprise comme une tendance des règles à devenir indéterminées dans les cas frontaliers, a été introduite en tant que concept académique par

¹⁶⁸ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, « La place de René Demogue... », *op. cit.*, p. 178.

¹⁶⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 1929, p. 276.

¹⁷⁰ Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis ; l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris : Giard, 1921, p. 276.

¹⁷¹ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, « La place de René Demogue... », *op. cit.*, p. 172.

Friedrich Waismann,¹⁷² mais conceptualisée déjà par Ludwig Wittgenstein.¹⁷³ Selon ce dernier, l'affirmation qu'un jugement est correct ou erroné dépend du consensus dans la société.¹⁷⁴ Plus tard, cette thèse sera élargie par Mark Tushnet affirmant que la simplicité ou la complexité sont également des notions consensuelles.¹⁷⁵

Ludwig Wittgenstein se prononce contre le mot « lacune » puisqu'il présuppose que la langue peut être comprise en dehors de son application.¹⁷⁶ L'interprétation vient d'une *forme de vie* comme des pratiques, des coutumes, des attitudes et des valeurs d'un groupe social et fonctionnement des institutions.¹⁷⁷ D'ici il formule l'idée de l'« autonomie de la grammaire » : nos concepts classifient la réalité de manière arbitraire. Nous ne pouvons pas parler de « vrai », « plus vrai » ou « justifié » ou « plus justifié ». Il paraît absurde, à Wittgenstein, de parler du *vrai sens de boo*. Finalement, c'est l'interprétratrice qui définira la *boo*, mais non la *boo* elle-même.¹⁷⁸ La *boo* englobe ici les tentations de découvrir l'essence ou la vraie nature d'un concept abstrait.

La majorité des discussions sur la *boo* n'est que la *Sprachspiel* (jeu de langage)¹⁷⁹. Néanmoins, cela ne signifie pas que la grammaire est sans importance, capricieuse ou à 100 % personnelle. Il y a des cas où nous pouvons expliquer de manière rationnelle et convaincante notre emploi des concepts ou la raison pour laquelle nous migrons vers des concepts nouveaux.¹⁸⁰ Wittgenstein soutient de même que souvent il est impossible de dire si nous interprétons un concept ancien ou en appliquons un

¹⁷² Friedrich Waismann, « Verifiability », 19 *Proceedings of the Aristotelian Society* 119 (1945).

¹⁷³ Gordon P. Baker, « Defeasibility and Meaning » dans P. M. S. Hacker, J. Raz (dir.), *Law, Morality, and Society*, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 51.

¹⁷⁴ Saul Kipke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982, pp. 632-636.

¹⁷⁵ Mark Tushnet, *Red, White, and Blue*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988, pp. 60-69.

¹⁷⁶ David Pears, *The False Prison*, vol. 2., Oxford: Clarendon Press, 1987-1988, p. 468.

¹⁷⁷ Susan L. Hurley, *Natural Reasons: Personality and Polity*, Oxford: Oxford University Press, 1989, pp. 33-38.

¹⁷⁸ Ludwig Wittgenstein, *Wittgenstein's Lectures on the Foundations of Mathematics*, Cora Diamond (dir.), Sussex: Harvester Press, 1976, pp. 182-183.

¹⁷⁹ Anthony Kenny, *Wittgenstein*, Madrid: Revista de Occidente, 1974, p. 152.

¹⁸⁰ Peter Hacker, *Insight and Illusion : Wittgenstein on Philosophy and the Metaphysics of Experience*, Oxford : Clarendon Press, 1972, p. 193.

nouveau.¹⁸¹ La façon dont nous utilisons la langue est enracinée dans notre forme de vie mais elle est toujours en adéquation avec nos besoins.¹⁸²

Friedrich Waismann, le disciple de Wittgenstein, insiste sur l'absence de la raison *a priori* pour le choix de ce qui est « correct » dans la *Sprachspiel*. Selon lui, l'idée sur le système juridique clos est une fiction utopique. Aucun langage n'est préparé pour toutes les possibilités de la vie.¹⁸³ Les mots « vrai », « vérifiable » et « important » ont un sens différent dans des situations diverses. Il produit deux arguments sur la texture ouverte¹⁸⁴ :

1. Les affirmations sur un objet matériel ne peuvent pas être transformées en une collection d'affirmations sur le sens. Une affirmation sur un chat est une affirmation sur un chat et n'est pas une vraie fonction du sens, ou une classe infinie des perspectives, ou un groupe infini de la *sensibilia*, ou encore quelque chose.
2. La description d'un objet matériel n'est jamais complète. Il n'y a jamais de description maximale puisque tôt ou tard nous retrouverons une situation nouvelle qui ne sera pas en mesure de correspondre à notre description actuelle.

Donc, selon Waismann, la texture ouverte est le fait que le sens d'une règle est construit par ceux qui l'appliquent et qu'aucune règle ne peut être formulée de telle sorte que son application ne soit jamais en doute.¹⁸⁵

B) LE POSTMODERNISME

Le postmodernisme est un produit intellectuel dont la communauté académique parisienne doit être fière. Ce phénomène est lié indivisiblement à Jean-Francois Lyotard, à Guy Debord, à Jean Baudrillard, à Jacques Derrida, à Gilles Deleuze et à Pierre Legendre de la Sorbonne.

¹⁸¹ Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 175.

¹⁸² *Ibid.* p. 177.

¹⁸³ Friedrich Waismann, *The Principles of Linguistic Philosophy*, R. Harre (dir.), London: Macmillan, 1965, p. 76.

¹⁸⁴ Friedrich Waismann, « Language Strata » in A. Flew (dir.), *Logic and Language*, Oxford: Basil Blackwell, 1961, pp. 27, 29.

¹⁸⁵ Baker, « Defeasibility and Meaning », *op. cit.*, p. 37.

Le postmodernisme est une condition, un état de pensée, une esthétique, un style intellectuel, qui reconnaît les contradictions et les paradoxes inévitables dans la pensée, dans l'état et le style classique ou moderne. Il résiste à l'existence d'une identité stable et problématise la forme même du discours sans offrir aucune structure nouvelle pour la représentation de la réalité empirique.¹⁸⁶ Le projet de l'objectivité scientifique lancé par le siècle des Lumières et continué par la pensée moderne devait produire une « réponse correcte » au moyen d'une méthode rationnelle : la déduction, l'analogie, le précédent, l'interprétation, etc.¹⁸⁷ Je lierais la crise de rationalité ou la crise de la représentation de la réalité à *l'inflation intellectuelle*. Trop des gens produisent trop à partir de la raison.

Dans les années 70, cette inflation engendre la *génération X* qui n'a plus foi en Dieu, en la rationalité, en la beauté et au droit.¹⁸⁸

Souvent le postmodernisme est appelé poststructuralisme pour son rejet de la structure conceptuelle ou linguistique comme une forme d'organisation de la connaissance objective. Les poststructuralistes ne croient pas en la possibilité de représenter la réalité adéquatement et de la fonder au moyen du langage, une idée qui organisait la philosophie et le droit occidental depuis Platon.

On trouve les racines du postmodernisme déjà chez David Hume, qui écrivait que la moralité n'est qu'une simple matière du goût personnel ; chez de Saussure, qui parlait du caractère arbitraire du signe, mais aussi chez Friedrich Nietzsche, qui a contribué à la démonstration de l'inexistence de la vérité et à la thèse sur la fabrication de la vérité ; ou chez Willard Quine qui avança la thèse de la circularité globale : le langage est indéterminé car chaque terme est défini dans un autre terme. Kurt Gödel soutient que certains vrais théorèmes ne peuvent jamais être prouvés tandis que certains faux théorèmes ne peuvent pas être désapprouvés.¹⁸⁹ Martin Heidegger commence l'élaboration du concept de la *Destruktion* qui deviendra *déconstruction* chez Derrida.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, p. 2.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 5.

¹⁸⁸ Douglas Couplet, *Generation X: Tales for an Accelerated Culture*, New York, St. Martin's Press, 1991, p. 192.

¹⁸⁹ Eric Engle, *Critical Legal Studies in America*, disponible ici <http://www.gradnet.de/papers/pomo2.papers/engle00.htm>, 14 04 2010.

¹⁹⁰ Ur Carlshamre, *Language and Time*, Göteborg 1987, disponible ici <http://www.philosophy.su.se/kurser/Fakultetskurs/fktexter/intro3.pdf> 01 02 2010.

Comme nous l'avons déjà évoqué, **Lyotard** conceptualise la perte de la foi en *métarécits* et surtout en *grands-récits* comme le christianisme, les Lumières, l'Islam, le marxisme, le féminisme, etc. De plus, il introduit la notion du *différend* qui désigne le fait d'accepter une méthode ou un critère de règlement où la manœuvre est équivalente à accepter en premier lieu la position de son adversaire. Il explique plus loin : « Un cas de différend entre deux parties a lieu quand le « règlement » du conflit qui oppose se fait dans l'idiome de l'une d'elle alors que le tort dont l'autre souffre ne se signifie pas dans cet idiome ».¹⁹¹ Les techniques chamaniques que je regroupe plus bas sous le nom d' « abus dans la construction du système » sont exactement les cas du différend.

Selon **Michel Foucault**, la « vérité » est toujours construite et objectivée afin de ressembler à la « vérité ». Il rejette le mot « liberté » en tant qu'explication des relations entre les travailleurs et le patron. La « vérité » n'est pas seulement fabriquée au niveau historique global mais aussi dans les micro-procès du pouvoir : à la prison, dans la fabrique, etc.¹⁹² Par exemple, en 2008, le président de l'université de Maastricht, a ordonné que les étudiants puissent continuer à boire de l'eau minérale au sein de la bibliothèque, mais pas de boissons « colorées » (boissons énergisantes comprises) car ces dernières ne sont pas « sérieuses ». La sécurité fait un tour régulier du bâtiment afin de confisquer de manière assez brutale toutes les boissons « colorées » en possession des étudiantes¹⁹³.

Guy Debord élabore la thèse sur la *société du spectacle*. Le spectacle de la légitimation se présente à la fois comme la société même, comme une partie de la société et comme un instrument de l'unification.¹⁹⁴ Il est le cœur même de l'irréalisme de la société réelle et est le contraire du dialogue.¹⁹⁵ Son but est d'institutionnaliser la division sociale du travail en créant l'ordre mythique et l'ordonnance cosmique qui correspondraient aux intérêts de l'élite.¹⁹⁶ Debord remarque que le concept de spectacle a le potentiel d'être vulgarisé pour expliquer et dénoncer abstraitement tout, et

¹⁹¹ Jean-François Lyotard, *Le différend*, Paris : Les éditions de minuit, 1983, p. 24-25.

¹⁹² Michel Foucault, "Two Lectures" (1976) in Colin Gordon (dir. et trad.), *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977 / Michel Foucault*, New York: Pantheon, 1980, pp. 78-108.

¹⁹³ Expérience personnelle, janvier 2008.

¹⁹⁴ Guy Debord, *La Société du spectacle*, Paris : Gallimard, 1996 (1967), p. 3.

¹⁹⁵ *Ibid.* p. 6.

¹⁹⁶ *Ibid.* p. 25.

ainsi servir à défense du système spectaculaire.¹⁹⁷ Slavoj Žižek donne un exemple du spectacle : « les immigrés volent nos femmes et notre travail ».¹⁹⁸

Jean Baudrillard se concentre sur les *simulacres* qui forment *l'hyperréalité*. Un simulacre est une simulation de réalité, son renforcement illusoire ainsi qu'une simulation d'autres simulacres. L'hyperréalité rend la conscience incapable de distinguer la fiction de la réalité. La spectatrice du porno commence à vivre dans un monde inexistant. Malgré le fait que le porno n'est pas une représentation exacte du sexe, la réalité du sexe devient inexistante. Le « M » est un simulacre de l'hyperréalité de McDonald's. Dieu est un simulacre. Le Bonheur est achevé par la simulation et par l'imitation des simulacres et de l'hyperréalité au lieu de l'interaction avec la réalité « réelle ». L'hyperréalité est une simulation de quelque chose qui n'existait jamais.¹⁹⁹ J'ajouterais que les concepts juridiques sont des simulacres et le droit est une hyperréalité.

La vision du simulacre proposée par Gilles Deleuze est plus instrumentaliste et plus positive que celle de Baudrillard. Deleuze pense que les simulacres peuvent être employés pour renverser la position privilégiée.²⁰⁰

Baudrillard définit les manipulations avec des simulacres publicitaires comme un « rituel moderne d'opérations miraculeuses ».²⁰¹ La publicité convainc les gens que les esprits habitent dans les idoles ou dans les marchandises à acheter. Ce rituel est réalisé selon la logique du Père Noël : ce n'est pas une logique de la thèse et de la preuve, mais une logique d'une légende, de l'engagement et de la participation.²⁰²

Il décrit la plupart des techniques publicitaires que nous analyserons plus profondément dans la partie du présent travail consacrée à la philosophie de droit : publicité comparative et sans

¹⁹⁷ *Ibid.* p. 203.

¹⁹⁸ Slavoj Žižek, *Tarrying with the Negative: Kant, Hegel, and the critique of ideology*, Durham : Duke University Press, 1993, p. 205.

¹⁹⁹ Jean Baudrillard, *Amérique*, Paris: Grasset et Fasquelle, 1986, p. 32.

²⁰⁰ Gilles Deleuze, *Différence et Répétition*, Paris : Presses Universitaires de France, 1968, p. 416.

²⁰¹ Jean Baudrillard, *Le système des objets*, Paris : Gallimard, 1968, p. 78.

²⁰² *Ibid.* p. 232.

comparaison, l'esprit de la modernité, du bébé, d'un citoyen simple, l'élément « toi aussi », l'esprit de Brigitte Bardot/Britney Spears (la personne intelligente et respectée).

Baudrillard qualifie la condition postmoderne comme *l'état d'après-orgie*. Dans cet état tout est libéré et le jeu est fait. La libération sexuelle, la libération politique, la libération des forces productives, la libération des forces destructives, la libération de la femme, de l'enfant, la libération de l'art amènent à la situation où nos valeurs sont en dehors du bien et du mal, en dehors du vrai et de l'erroné.²⁰³ Il pose la question « que faire après l'orgie ? »

Jacques Derrida lance la *grammatologie*, la recherche sur les clichés et les altérations dans la pensée occidentale. La philosophie occidentale est structurée par un système de hiérarchies qui ferment à la lectrice la voie pour faire connaissance des conceptions et interprétations alternatives.²⁰⁴ Son projet a pour but le renversement du logocentrisme,²⁰⁵ de la raison théologique²⁰⁶ et de la foi en l'objectivité de la représentation du *signifié* par un *signifiant* d'un autre signifiant.²⁰⁷

La *déconstruction* est un mot essentiel pour le postmodernisme. Elle consiste dans le changement du contexte d'un concept afin de détruire les clichés et de découvrir ses sens alternatifs. La signification d'un texte (d'un acte juridique ou d'un article) est le résultat de la différence entre les mots employés, plutôt que de la référence relative aux choses qu'elle, en hypothèse, représente. Afin de marquer le caractère actif de cette différence, son état qui se change constamment, Derrida suggère le terme de *différance*, qui est formé de « différence » et le participe présent du verbe « différer » : « différant ». Ce dernier signifie qu'un concept ne peut jamais englober son sens entier qui est toujours différé ou remis pour le futur.

Le sens actuel d'un concept peut toujours être changé par un *supplément* : par une explication ou par un fait nouvel. Les suppléments qui viennent de manière permanente gardent les concepts en

²⁰³ Jean Baudrillard, *La transparence du mal : Essai sur les phénomènes extrêmes*, Paris : Galilée, 1990, p. 11.

²⁰⁴ Jacques Derrida, *De la grammatologie*, Paris : Minuit, 1967, p. 3.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 11.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 104.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 16.

différence. Le supplément n'est pas la chose même mais un simulacre qui nous touche plus profondément que la vérité.²⁰⁸

L'écriture alphabétique est un représentant d'un représentant, un supplément à un autre supplément, ce qui aggrave la puissance de la représentation.²⁰⁹ La société théâtrale crée un *théâtre sur le théâtre*, une comédie représentant la comédie de cette société.²¹⁰ L'assourdissement de la langue et *l'arché-écriture* ont pour effet l'éloignement du peuple de l'accès au pouvoir.²¹¹ Derrida précise qu'il n'y a pas de *hors-texte* – la connaissance est construite pendant la lecture.²¹² Il compare la croyance en hors-texte à la *masturbation* permettant de s'affecter soi-même en se donnant des présences, en convoquant des beautés absentes.²¹³

Certains sens sont démontrés comme présents (réels et objectifs) et les autres comme *non-présents*. La métaphysique cherche à exclure la non-présence des certains concepts choisis en déterminant un supplément particulier comme objectif, simple et extérieur.²¹⁴

Il y a deux pratiques déconstructivistes principales : l'inversion des hiérarchies et la libération du texte.²¹⁵ L'inversion des hiérarchies consiste en l'identification du cas général et de l'exception et puis dans le changement de leurs places hiérarchiques. Dans la pensée classique, l'exception est définie par rapport au concept général, mais la déconstruction est non-fondationaliste : aucun terme n'est fondateur et chacun est en dépendance mutuelle. Ils sont dans la relation de la poule et d'un œuf. La déconstruction ne nie pas totalement la légitimité des règles juridiques mais plutôt ouvre les possibilités infinies dans le développement empirique de la société.

La libération de la tutelle de l'auteur est la mise du texte dans un autre contexte. Cette approche vient de la constatation que l'histoire de la lecture est l'histoire de mésinterprétation. La

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 342.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 417.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 431.

²¹¹ *Ibid.*, pp. 426-427.

²¹² *Ibid.*, p. 227.

²¹³ *Ibid.*, pp. 220-221.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 283.

²¹⁵ Jack M. Balkin, "Deconstructive Practice and Legal Theory", 96 *Yale Law Journal* 743 (1987).

précondition structurale du signe est son *itérabilité*, sa capacité à être répétable dans les contextes différents en indépendance de son auteur. Mais comme Derrida le mit : « l'itérabilité altère ». Les nouveaux contextes transformeront les signifiants et apporteront de nouveaux suppléments.

Derrida conclut que la déconstruction est la justice. Le droit est fini, mais la justice est infinie : il y aura toujours un supplément à ajouter, chaque décision judiciaire importante peut être déconstruite.²¹⁶

Selon **Gilles Deleuze**, le fonctionnement de la société et surtout de la pensée moderne est un fonctionnement de *machines désirantes, productrices et schizophrènes*.²¹⁷ Les machines à parler, les machines anales, la machine de sperme, la machine de la jurisprudence – toutes fabriquent leur produit suivant le même modèle : il faut lancer le flux à couler et puis le couper, et puis lancer un peu plus, et puis couper, etc.²¹⁸ Il y a le *flux menstruel*, le *flux de sperme*, le *flux de merde*, le *flux de jurisprudence*, *de cheveu*, *de bave*, le *flux d'urine*. Un flux coupe un autre flux.²¹⁹ Le flux positiviste coupe le flux iusnaturaliste, Un parti politique A coupe le parti B pendant les élections, par exemple. La Cour européenne de justice coupe le flux d'une cour nationale. Une machine est une machine de coupures et fonctionne comme une machine à couper le jambon, comme l'anus qui coupe la merde, comme le pénis qui coupe le sperme ou l'urine.²²⁰ Toute machine est une machine de machine. Toute machine est coupure de flux par rapport à celle à laquelle elle est connectée.

Toutes ces machines et les flux sont installés sur un énorme objet non différencié, sur le *corps plein sans organes*. Ce corps est l'improductif, le stérile, l'inengendré, l'inconsommable.²²¹ Il est la masse à utiliser par les machines désirantes produisant les flux. La production sociale est la production désirante²²² et la théorie générale de la société est une théorie généralisée des flux.²²³

²¹⁶ Jacques Derrida, "Force of Law : The Mystical Fondation of Authority" 11 *Cardozo Law Review* 945 (1990).

²¹⁷ Deleuze, Guattari, *Capitalisme et schizophrénie...*, *op. cit.*, p. 8.

²¹⁸ *Ibid.* p. 11.

²¹⁹ *Ibid.* p. 12.

²²⁰ *Ibid.* p. 43.

²²¹ *Ibid.* p. 13.

²²² *Ibid.* p. 36.

²²³ *Ibid.* p. 312.

Chaque *machine-organe* interprète le monde entier d'après son propre flux. L'œil interprète tout en termes de voir – le parler, l'entendre, le chier, le baiser etc.²²⁴ Dans le processus de la coupure, chaque machine fait face aux questions fonctionnelles : quel flux couper ? Où couper ? Comment et sur quel mode ?²²⁵

La *schizophrène* passe d'une machine à l'autre, ne donnant pas d'un jour à l'autre la même explication, n'invoquant pas la même généalogie.²²⁶ Pour la recherche sur ce phénomène, Deleuze et Felix Guattari développent la *schizo-analyse*.²²⁷ La tâche positive de la schizo-analyse consiste à découvrir chez la schizophrène la nature, la formation ou le fonctionnement de *ses* machines désirantes, indépendamment de toute interprétation. Que sont ces machines désirantes, qu'est-ce qui entre dans ses machines, sort, et comment tout cela marche ? La schizo-analyste est une mécanicienne, et la schizo-analyse est uniquement fonctionnelle.²²⁸

Les pratiques régulatrices de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme sont schizophrènes. Martti Koskenniemi écrit que le Charte des Nations Unies est expressément pacifiste et simultanément militariste, et c'est grâce à cette schizophrénie qu'elle est acceptée.²²⁹ Olivier de Schutter précise que la rhétorique même du droit international et européen est schizophrène : le principe de la souveraineté englobe le consentement et le non-consentement.²³⁰

Jacques Lacan élabore une forme poststructuraliste de la psychanalyse. Selon lui, les gens sont dans l'impossibilité naturelle de vivre sans droit. Le droit ou *l'ordre symbolique* est nécessaire pour la femme afin de donner une structure à sa réalité psychique. La réalité est toujours encadrée par des fantasmes : il n'y a que des réalités imaginaires. Les gens commencent à aimer l'autorité au moyen d'un mécanisme complexe du déplacement de ses désirs sexuels vers l'autorité.²³¹

²²⁴ *Ibid.* p. 12.

²²⁵ *Ibid.* p. 46.

²²⁶ *Ibid.* p. 21.

²²⁷ *Ibid.* p. 324.

²²⁸ *Ibid.* p. 384-385.

²²⁹ Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris : A. Pedone, 2007, p. 336.

²³⁰ Olivier de Schutter, « Les Critical Legal Studies au pays du droit international public », 22 *Droit et Société* 585 (1992).

²³¹ George Ritzer (dir.), *Encyclopedia of social theory*, vol. 2, London: Sage Publications, 2005, p. 696.

B) LES ÉTUDES CRITIQUES DU DROIT ET LES IDÉES SIMILAIRES.

Introduction

Dans le présent sous-chapitre nous allons faire une brève revue des idées accumulées au sein des études critiques du droit, mais pour faire le tableau des approches critiques plus complet, il faut y ajouter absolument les regards développés par les gens qui ne sont pas d'habitude considérés comme des critiques : Hannah Arendt, Noursoultan Nazarbayev, plusieurs françaises et étatsuniennes critiques, Jacques Vergès, les idées réalistes de Ronald Dworkin, le droit et la littérature, le pragmatisme juridique. En ce qui concerne les critiques elles-mêmes, d'abord nous allons faire une revue des représentants de ce mouvement et, ensuite, passer chez le Jésus-Christ critique Roberto Unger et chez Duncan Kennedy appelé le Pape critique.

Le mouvement des études critiques est enraciné dans les mouvements pour les droits civils, contre le colonialisme et contre la guerre en Vietnam dans les années 60. On peut également le lier à la résistance des étudiantes de l'université de Yale contre le conservatisme et contre le dogmatisme des professeurs de son époque,²³² à la contre-culture,²³³ à Bob Dylan et à Joan Baez.²³⁴

Les études critiques s'établissent officiellement en conférence à l'université de Winsconsin-Madison en 1977. Le mouvement se trouve en vogue jusqu'à 1983. Cela se déroule sans relations remarquables avec les projets similaires en Europe continentale comme la revue *Kritische Justiz* en Allemagne, la revue française *Procès*, la revue italienne *Critica del Diritto* ou celle néerlandaise *Kritiek van Recht*,²³⁵ mais sous l'influence forte du postmodernisme parisien. À partir des années 90, les études critiques deviennent beaucoup plus silencieuses, ce qui est parfois lié à la prospérité économique de cette période.²³⁶ Les conférences annuelles des études critiques continuent d'être tenues dans différentes universités du monde.

²³² Interview avec Duncan Kennedy par Gerard J. Clark, "A Conversation with Duncan Kennedy", 24 *The Advocate* 54 (1994).

²³³ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 109.

²³⁴ Interview with Duncan Kennedy by Gerard J. Clark, "A Conversation with Duncan Kennedy", 24 *The Advocate* 54 (1994).

²³⁵ Mitchel Lasser, "Sur "Critical Legal Studies"" in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 134.

²³⁶ Eric Engle, *Critical Legal Studies in America*, disponible ici <http://www.gradnet.de/papers/pomo2.papers/engle00.htm>, 14 04 2010.

Le postmodernisme avec les écd sont, d'une certaine manière, un projet élitiste. Ses adeptes sont d'habitude venues de la classe moyenne supérieure ; elles rejettent le paradigme conventionnel en faveur d'une éthique supérieure. Souvent les crites sont marginalisées au sein de leurs groupes sociaux en eux-mêmes minoritaires,²³⁷ et leur vision du monde est gauchiste, élitiste, snobe et culturellement arrogante. Ce projet est également fondé sur l'originalité. Il propage le culte d'innovation.²³⁸

Le bagage des écd

Roberto Unger distingue deux thèmes dans le courant crite²³⁹ :

1. La critique du formalisme, de l'objectivisme, de la déduction, de la raison, etc.
2. L'emploi purement instrumental de la pratique judiciaire et de la doctrine juridique afin d'avancer l'agenda gauchiste.

N'importe quelle étudiante de droit intelligente peut aisément et facilement produire une réponse juridique que celle-ci soit positive ou négative, selon les préférences de la cliente, à un grand nombre des conflits. En raison de ce que tout peut être défendu, rien ne le peut.²⁴⁰ Duncan Kennedy attire notre attention sur trois objectifs des écd²⁴¹ :

- 1) délégitimer les conséquences produites par le système juridique en les exposant en tant que, d'abord, politiques et, ensuite, masquées comme neutres ;
- 2) démontrer que ces conséquences sont en quelque sorte injustes et que cette injustice contribue à l'injustice plus grande de toute la société ;
- 3) rendre le système moins injuste au moyen de l'action politique.

²³⁷ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 353.

²³⁸ *Ibid.* p. 355.

²³⁹ Roberto Unger, *Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1983, pp. 3-4.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 8.

²⁴¹ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 280.

Les crites introduisent des notions nouvelles pour leur analyse. La démonstration d'indétermination des catégories doctrinales, des règles et d'autres concepts s'appelle *trashing*. Mark Kelman résume la technique du *trashing* en quelques pas :

- (1) prendre un concept sérieusement dans ses propres termes,
- (2) découvrir qu'il est, en fait, idiot ou comique, ou bien tragicomique, et, puis,
- (3) chercher (du point de vue de l'observatrice externe) un ordre (mais pas un germe de la « vérité » métaphysique) dans ce chaos incohérent et contradictoire.²⁴²

Les crites *dépaquètent* la doctrine pour éclairer ses inconsistances et ses paradoxes intérieurs pour faire descendre du *monde sec* les chamanes et les zombies juridiques dans l'expérience de la vie quotidienne.²⁴³ Les écd cherchent à trouver les mécanismes dans les coulisses, à savoir comment le discours juridique traditionnel maintient le *statu quo*, la domination des intérêts des corporations et comment il ferme la voie à des alternatives progressives. Les gens ne se révoltent pas s'ils ne voient pas comment remplacer ce qui existe.²⁴⁴

Les règles juridiques, le discours juridique, le comportement des institutions juridiques et le comportement social en général sont pénétrés par des lacunes, par des conflits, par des ambiguïtés²⁴⁵ par des théories naïves sur la prééminence-du-droit²⁴⁶ etc. Cette masse chaotique de données²⁴⁷ permet aux juges de faire un travail motivé idéologiquement ou politiquement.²⁴⁸

À ce propos, l'indétermination n'est pas un trait uniquement juridique, on l'observe également dans la culture, dans la langue, dans l'art et dans la musique.²⁴⁹

²⁴² Mark Kelman, "Trashing", 36 *Stanford Law Review* 293 (1984).

²⁴³ Garry Minda, "Phenomenology, Tina Turner and the Law", 16 *New Mexico Law Review* 479 (1986).

²⁴⁴ Robert Gordon, "Some Critical Theories of Law and their Critics" in David Kairys (dir.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 3e éd., New York: Basic Books, 1998, p. 641.

²⁴⁵ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, pp. 14-15.

²⁴⁶ *Ibid.* p. 18.

²⁴⁷ *Ibid.* p. 14-15.

²⁴⁸ *Ibid.* p. 2.

²⁴⁹ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 112.

Martha Minow indique les activités principales des crites dans les années 80²⁵⁰ :

- 1) la démonstration de l'indétermination de la doctrine juridique ;
- 2) l'analyse socioéconomique et historique afin d'identifier comment des groupes d'intérêt particulier bénéficient des décisions judiciaires dans les conditions d'indétermination ;
- 3) l'exposition de ce comment l'analyse juridique et la culture juridique mystifient ce que les juges font du point de vue des outsiders et légitiment ces résultats ;
- 4) la présentation des visions sociales antérieurement marginalisées ou des visions nouvelles et leur soutien, par leur intégration dans le discours juridique, ainsi que dans les pratiques politiques et judiciaires.

Les crits Mark Tushnet, Peter Gabel, Frances Olsen et Duncan Kennedy développent la critique des droits de l'homme et arrive à *perspective post-droits*²⁵¹ qui se résume de façon suivante :

- Souvent les droits ne sont qu'un moyen pour formuler ses revendications.
- Un argument sur les droits dans le raisonnement juridique se réduit au balancement et donc à un argument sur la politique.
- Les droits de l'homme sont des mots intermédiaires entre le droit et la politique.
- Parfois les « droits » signifient un privilège de faire un tort à quelqu'un sans payer et parfois ils signifient une revendication à être dédommée après avoir subi un tort.
- La rhétorique gauchiste sur les droits est désintégrée : les uns sont en faveur du traitement égalitaire et les autres sont pour un traitement spécial.
- Chaque droit a un contre-droit.
- La définition des droits est analogue à la définition de n'importe quel autre concept juridique et pour cette raison les droits doivent également faire face aux lacunes, aux contradictions et aux ambiguïtés.
- Les gens utilisent le langage des droits pour sacraliser leurs revendications.

²⁵⁰ Martha Minow, "Law Turning Outward", 73 *Telos* 84-85 (1986).

²⁵¹ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 303.

Les critiques ne disent pas qu'il faudrait mettre tout le discours sur les droits à la poubelle, mais plutôt démontrent comment on doit se sentir au sein de ce discours. Selon Robert Gordon, les « droits » sont quand même utiles en tant qu'étiquettes ou en tant que symboles²⁵² de pratiques sociales. Peter Gabel précise que les gens n'ont pas besoin des droits de l'homme. Ce qu'ils veulent c'est une forme factuelle de la vie sociale.²⁵³

Duncan Kennedy explique que cette critique des droits ne doit pas être considérée comme une contre-machine. Un discours sur les droits de l'homme n'est pas une mauvaise chose. Ce discours n'est pas pire qu'un récit sur une liaison non-aliénée entre les gens ou sur une autre *bêtise abstraite* (*abstract bullshit*).²⁵⁴

Par contre, Bill Bowring regarde les droits comme des projets politiques substantiels, successeurs des trois grandes révolutions : la révolution française de 1789, la révolution russe de 1917 et la révolution anticoloniale qui se passait entre 1945 et les années 60. Ils sont plus qu'une simple rhétorique vide, plus qu'un assortiment des procédures éthiquement neutres. Bowring les voit comme des moyens gauchistes pour le changement substantiel et pour l'amélioration de la vie.²⁵⁵

On distingue deux générations de critiques. La première génération dominait jusqu'au début des années 80. Les critiques de cette génération sont plutôt des nihilistes modernes : indétermination, aucune cohérence, il n'y a pas des valeurs rationnelles communes, il n'y a pas de manière neutre de parler sur le droit puisque sa logique interne est basée sur les *contradictions fondamentales*.²⁵⁶ Cette génération attaque la philosophie juridique conventionnelle²⁵⁷ mais elle est une philosophie elle-même.

À partir du milieu des années 80, la deuxième génération émerge. Elle devient postmoderne. Suivant Derrida, les critiques déconstruisent les concepts juridiques et démontrent comment

²⁵² Gordon, "Some Critical Theories...", *op. cit.*, p. 644.

²⁵³ Duncan Kennedy et Peter Gabel, "Roll over Beethoven", *op. cit.*, p. 33.

²⁵⁴ *Ibid.* pp. 37-38.

²⁵⁵ Bill Bowring, *The Degradation of the International Legal Order? The Rehabilitation of Law and the Possibility of Politics*, Abingdon: Routledge, 2008, p. 122.

²⁵⁶ Duncan Kennedy, "The Structure of Blackstone's Commentaries", 28 *Buffalo Law Review* 209 (1978).

²⁵⁷ *Ibid.*

l'interprétation privilégie un principe envers un autre.²⁵⁸ Duncan Kennedy lui-même rejette l'idée sur la contradiction fondamentale en disant qu'elle est métaphysique et peut être facilement déconstruite.²⁵⁹ Les critiques reprennent la thèse postmoderne sur la discontinuité entre celui qui parle et la parole.

De plus, les *écéd* contribue à l'accélération de la transformation de la culture traditionnelle en culture postmoderne, en culture de transformation permanente. Elles font de l'innovation pour faire de l'innovation.²⁶⁰ L'attitude postmoderne vis-à-vis les projets de la reconstitution du droit ne consiste pas du nihilisme, mais en la perte de la foi par rapport au succès d'un tel projet et en la reconnaissance de l'impossibilité de prouver l'impossibilité de la reconstitution.²⁶¹

Malgré cette méthodologie, les représentantes des *écéd* savent toujours où elles veulent arriver au niveau empirique. Elles ont un programme gauchiste, elles emploient toutes les manipulations qu'elles découvrent pour promouvoir ce programme et, de plus, elles provoquent le remplacement du discours. Par exemple, le remplacement de l'« avancement sexuel » par « harcèlement sexuel ».²⁶²

Les différences par rapport au réalisme juridique.

David Kairys écrit que ni Felix Cohen, ni les autres réalistes ne s'étaient jamais intéressés autant que les critiques au rôle que joue le non-sens juridique transcendantal dans le maintien de l'image du

²⁵⁸ Gerald E. Frug, "The Ideology of Bureaucracy in American Law", 97 *Harvard Law Review* 1276 (1984). Clare Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", 84 *Yale Law Journal* 997 (1985). Drucilla Cornell, "Toward a Modern/Postmodern Reconstruction of Ethics", 133 *University of Pennsylvania Law Review* 291 (1985). Jack Balkin, "The Crystalline Structure of Legal Thought", 39 *Rutgers Law Review* 1 (1986).

²⁵⁹ Duncan Kennedy et Peter Gabel, "Roll over Beethoven", *op. cit.*, p. 14.

²⁶⁰ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 351.

²⁶¹ *Ibid.* p. 361.

²⁶² Gordon, "Some Critical Theories...", *op. cit.*, p. 641.

« gouvernement par la loi et non par les hommes », et donc par le renversement de la légitimité de l'État libéral.²⁶³ James Boyle nomme les trois différences les plus importantes²⁶⁴ :

- 1) Les critiques vont plus loin dans l'analyse socio-théorique de la politique de droit. On retrouve ici deux directions : l'analyse du rôle que joue le mythe sur le « droit neutre » dans la légitimation du discours juridique et l'examen de comment le système juridique traduit la réalité politique en signes opérationnels dépolitisés.
- 2) Les critiques rejettent les tentations de la reconstruction du droit sur la base du balancement, de la téléologie, de l'expertise objective de la science politique, ainsi que sur la base de la maximisation du bien-être proposé par le mouvement du *Droit et économie*.
- 3) Les critiques, contrairement à la majorité d'autres réalistes, sont beaucoup plus préoccupées par la problématique de la raison même ou, autrement dit, par l'absence fréquente du critère pour définir la rationalité.

Les différences par rapport au marxisme juridique.

James Boyle nomme le déterminisme économique du marxisme comme ce qui distingue de façon la plus nette les deux écoles.²⁶⁵ Le « moteur de l'histoire » n'est qu'une tentation nouvelle de nier le hasard et le choix en possession des gens.²⁶⁶ Les critiques croient dans le pouvoir transformatif des juges. Kennedy donne trois points pour clarifier la différence entre les écoles et n'importe quelle forme de déterminisme extérieur²⁶⁷ :

²⁶³ David Kairys, "Law and Politics", 52 *George Washington Law Review* 243, 248-249 (1984).

²⁶⁴ James Boyle, "The Politics of reason: critical legal theory and local social thought", 133 *University of Pennsylvania Law Review* 685, 706-707 (1985).

²⁶⁵ *Ibid.* p. 723

²⁶⁶ *Ibid.* p. 725

²⁶⁷ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 279.

- 1) écd ne soutient pas que le droit est globalement indéterminé, mais que seulement parfois les juges font le travail juridique en poursuivant des objectifs idéologiques ;
- 2) ces choix produisent des résultats distributifs radicalement différents de ce qu'on pourrait avoir dans le cas d'une série des choix différents ;
- 3) la législation judiciaire accompagnée de la négation d'influence idéologique engendre des effets légitimant et modérant.

Duncan Kennedy nomme deux points distincts dans la pensée crite et celle des marxistes²⁶⁸ :

- 1) Le droit fait une influence sur la société. Il légitime davantage le *statu quo* que le capitalisme ou les relations de production. Le *statu quo* est incohérent et n'a pas de logique systémique. Les discours juridiques apportent une grande contribution à la construction de la réalité.²⁶⁹ Robert Gordon précise qu'il ne faut pas attendre la crise du système pour changer l'ordre : on travaille chaque jour devant les cours.²⁷⁰
- 2) La société fait son influence sur le droit. Il n'est pas influencé seulement par la structure profonde du capitalisme.

Gordon continue à énumérer les « différences » en disant que les écd attaquent également les hiérarchies illégitimes au sein des races, au sein des classes et au sein des sexes, ce qui n'existe pas chez les marxistes. De plus, les crites se concentrent vivement sur les interactions les plus petites, les plus routinières et les plus ordinaires de la vie quotidienne au lieu de ne parler que du changement de l'ordre mondial.²⁷¹

Les marxistes entrent également en désaccord avec les écd.²⁷² Premièrement, les écd détruisent l'objectivité, la rationalité, la représentation, la subjectivité, la justesse juridique, les droits de l'homme et la dignité précisément au moment où les groupes dominés peuvent prendre tout cela

²⁶⁸ *Ibid.* p. 293.

²⁶⁹ Gordon, "Some Critical Theories...", *op. cit.*, p. 654.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 356.

pour le jeter contre le discours dominant. Deuxièmement, la destruction de la capacité à prendre une décision objective effectuée par les crites mène au totalitarisme.

En même temps, il est possible de trouver des crites qui vont dire qu'elles sont marxistes ou même léninistes.

Sous-mouvements et mouvements similaires.

Les écd se différencient. Elles se divisent en théorie juridique féministe, en études juridiques raciales, en théorie postcoloniale et en études du droit, de la culture et des sciences humaines. Certaines distinguent aussi la théorie juridique des minorités sexuelles.

À côté de l'approche crite on voit d'autres mouvements avec la perspective plus ou moins anti-fondatrice : le *Droit et littérature* (droit éclairé par les interprétations littéraires) et le pragmatisme juridique (abandonnons les grandes théories et soyons pratiques. Nous allons les considérer plus bas. Par ailleurs, je classifierai le mouvement du *Droit et économie* ensemble avec la pensée juridique traditionnelle/reconstitutionnaliste.

Les écd ont également donné naissance au *courant dialogique* au sein de la pensée juridique traditionnelle. Par exemple, dans les travaux de Pierre Schlag.

Le flux de la pensée critique.

De manière plus ou moins chronologique nous allons maintenant passer par un certain nombre d'auteurs critiques pour avoir une idée plus claire sur comment le criticisme juridique évolue.

En 1955 Walter Gallie introduit la notion du *concept contesté essentiellement*, concept qui est composé de plusieurs critères, et où les conflits tournent autour de la question suivante : quels critères sont nécessaires et suffisants pour l'application dudit concept.²⁷³ Susan L. Hurley

²⁷³ Walter Gallie, « Essentially Contested Concepts », *56 Proceedings of the Aristotelian Society* 180-181 (1956).

développera cette approche pour démontrer comment les conflits politiques, juridiques et moraux sont des désaccords substantiels et non seulement conceptuels.²⁷⁴

Hannah Arendt est une des principales théoriciennes du *procès-spectacle*. Elle définit en tant que tel le procès contre Adolf Eichmann, ancien Obersturmbannführer de la SS, en 1961-62. Il a été initié par le premier ministre israélien David Ben Gourion (דָּוִד בֶּן-גּוּרִיּוֹן) afin de promouvoir des objectifs politiques qui n'avaient rien à voir avec les procès pénaux. Arendt introduit également le concept de la *banalité du mal* pour décrire le fait qu'une criminelle commet parfois ses délits en raison de sa triste banalité, du niveau intellectuel inférieur et de sa grisaille spirituelle, plutôt que le fait d'être un monstre ou un psychopathe.²⁷⁵ De plus, dans le livre sur le procès d'Eichmann l'auteure adresse le problème du début : qu'est-ce qu'il y avait avant le début du droit ? Dans ce cas, avant le droit israélien. Nir Kedar essaie de répondre en disant qu'il n'y a pas de légitimation juridique du droit en tant que « droit » parce qu'il y a le *non-droit* avant le droit.²⁷⁶

En 1965 Patrick Devlin écrit que le droit vague est un transfert du pouvoir législatif à la juge.²⁷⁷ Par ailleurs, George Fletcher le conceptualise plutôt comme un cas d'application rétroactive des règles.²⁷⁸

Peter Gabel, un des fondatrices des *écd*, se concentre sur l'artifice de la langue juridique qui, en fait, ne représente rien de préexistant à cette langue même.²⁷⁹ Autrement dit, il n'y a pas de sens préexistant. Ensuite, les catégories juridiques artificielles deviennent même une religion,²⁸⁰ tellement la croyance en quelque chose représentée par ces signes est forte. Selon Gabel, le raisonnement juridique est une forme de la pensée décevant répressive parce qu'elle limite notre compréhension du monde sociale et de ses possibilités.

²⁷⁴ Susan L. Hurley, *Natural Reasons...*, *op. cit.*, pp. 46-47.

²⁷⁵ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, New York: Penguin, 1963, p. 4-5.

²⁷⁶ Nir Kedar, "The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes" dans Oren Perez et Gunther Tuebner (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 102.

²⁷⁷ Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, London: Oxford University Press, 1965, p. 100.

²⁷⁸ George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston: Little, Brown and Co., 1978, p. 574.

²⁷⁹ Peter Gabel, "Reification in Legal Reasoning", 3 *Research in Law and Sociology* 27 (1980).

²⁸⁰ *Ibid.* p. 25.

Il continue en analysant la *réification* dans la pratique judiciaire. Pendant la communication la réification produit une distorsion du sens. Il appelle cette distorsion la *tromperie de la concrétude mal placée* (*fallacy of misplaced concreteness*) parce que, quand on réifie, on commence par erreur à se référer à une abstraction au lieu de se référer à quelque chose de concret.²⁸¹ La communication réifiée se caractérise par les points suivants :

- ☑ Celui qui parle mécomprend ce qu'il dit car il présuppose que l'abstraction est concrète.
- ☑ Celui qui parle comprend que ce qu'il dit est une faute.
- ☑ Celui qui parle nie à lui-même et aux spectatrices que l'abstraction est concrète et la présente comme « vrai ».

Mais ce que j'aime le plus chez Gabel, c'est son explication de la *fonction judiciaire passivisante*. La totalité des conflits et la réflexion sur notre impotence collective-individuelle créent le danger de formation de la *conscience oppositionnelle et libératoire* ou de l'attitude « *niquer cette bêtise* » (« *fuck this bullshit* »). Pour réaliser sa fonction passivisante, le juge doit envisager le conflit comme un déséquilibre factuel, puis, revivre ce déséquilibre en relation à la tendance équilibrative du système et, ensuite, passer à l'état d'équilibre dans la forme « le droit contrôle la fin » du procès.²⁸² Le mot « concept » signifie « saisir avec ».²⁸³ Cette fonction engendre le sentiment imaginaire de *l'avec-ité* (*with-ness*) en mettant les spectatrices dans l'état imaginaire d'*être-dans-le-groupe*, d'être une partie de la société des « citoyens libres et égaux ». L'avec-ité aide à imaginer le monde où tous ont des « obligations morales » et où tous sont libres de la domination personnelle.²⁸⁴

En 1980 Stanley Fish propose de chercher la clé du comportement judiciaire dans les *communautés interprétatives*.²⁸⁵ Par ailleurs, Duncan Kennedy pense que le fonctionnement de ces communautés est trop complexe pour être utile.

²⁸¹ *Ibid.* p. 26.

²⁸² *Ibid.* p. 34.

²⁸³ *Ibid.* p. 36.

²⁸⁴ *Ibid.* p. 44.

²⁸⁵ Stanley Fish, *Is There a Text in This Class ? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980, pp. 272-292.

Jacques Vergès, ancien avocat de Klaus Barbie, de Slobodan Milosevic et de Saddam Hussein, introduit la distinction entre un *procès de rupture* et un *procès de connivence*. Dans la première variante, la défense et la procureure se trouvent dans les systèmes de pensée totalement incompatibles. Si la procureure et la juge sont dans le même système, l'avocate ne joue pas pour convaincre les juges mais plutôt pour lancer un appel à la société. Il continue à lutter pour profiter de l'opportunité de raconter sa vision de l'histoire. L'opinion publique est considérée comme la « vraie juge ». Par exemple, dans l'affaire de Klaus Barbie, Vergès fait appel à ce que les françaises faisaient sans aucune responsabilité durant l'ère coloniale. Les autres exemples sont les procès de Socrate, de Louis XVI, de Georgi Dimitroff accusé de l'incendie du Reichstag,²⁸⁶ du président lituanien Rolandas Paksas accusé de russophilie devant la Cour constitutionnelle lituanienne composée des juges profondément russophobes.

La Cour européenne des droits de l'homme est souvent accusée d'appliquer les standards plus élevés à l'encontre de la Turquie que dans les affaires contre les grandes puissances européennes.²⁸⁷

Par contre, dans un procès de connivence, la défense ne fait que soumettre des faits en réponse à une question sans aucune nécessité de renverser tout le système.

Mark Kelman continue l'analyse critique en disant que quand les *déchets conceptualistes injustifiés* (*unwarranted conceptualist garbage*) sont *nettoyés*, la pensée juridique dominante n'est rien de plus que des *banalités de la sagesse commune*, des superficialités et des généralités.²⁸⁸ Sa critique est tournée non pas contre le juridisme seul dans le sens traditionnel mais aussi contre le *Droit et économie*, une école qualifiée par lui d'« idéologie libérale juridique la plus élaborée et la plus consommée ».²⁸⁹

Robert Cover veut sortir de ces banalités car une concentration sur un accord ou sur un consensus complique inutilement la compréhension des raisons pour lesquelles les gens sont en désaccord. Le

²⁸⁶ Jacques Vergès, *De la stratégie judiciaire*, Paris : Minuit, 1968, p. 217.

²⁸⁷ Koskeniemi, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 310.

²⁸⁸ Mark Kelman, "Interpretative Construction in the Substantive Criminal Law", 33 *Stanford Law Review* 591, 671 (1981).

²⁸⁹ Mark Kelman, *A guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987, p. 114.

consensus cache le chemin vers la substance.²⁹⁰ Robert Gordon écrit que la classe dirigeante démobilise l'opposition en masquant les règles dans des normes utopiques et largement partagées,²⁹¹ dans une sphère sacrée des idéaux.²⁹² Ensuite, l'élite fait suffisamment de bonnes choses en direction de ses promesses utopiques afin de convaincre l'opposition potentielle.²⁹³

Gerald Frug lance sa théorie bureaucratique en 1984. Selon lui, il n'y a pas de ligne de démarcation entre le subjectif et l'objectif. L'objectif est directement ou indirectement construit par le consensus qui n'est que la somme des subjectifs. Une faute répétée pas à pas devient acceptable ou même un standard.²⁹⁴ Anthony D. Woosley critique Ronald Dworkin en affirmant que la « réponse correcte » n'apparaît qu'après que la cour se prononce sur l'affaire.²⁹⁵

Gary Peller attaque les mythes historiques comme le contrat social selon lequel le gouvernement a été créé par un groupe d'individus libres et atomisés.²⁹⁶ L'anthropologue Grace Goodell dit que les sociétés essaient de façon générale surcompenser dans le langage ce dont elles manquent en réalité.²⁹⁷

En 1984, Paul Carrington de l'université de Duke a proposé aux professeurs crites de quitter les universités et de chercher un autre job.²⁹⁸ Dans la première moitié des années 80, l'université de Harvard refuse d'employer Claire Dalton, Daniel Tarullo et David Trubek en raison de leur vision crite. Trubek appelle Harvard « *le Beyrouth de l'enseignement juridique* ». ²⁹⁹ En même temps,

²⁹⁰ Robert Cover, « Violence and the Word », 95 *Yale Law Journal* 1625 (1986).

²⁹¹ Robert Gordon, « Critical Legal Histories », 36 *Stanford Law Review* 93 (1984).

²⁹² *Ibid.* 95.

²⁹³ *Ibid.* 94.

²⁹⁴ Gerald Frug, « The Ideology of Bureaucracy in American Law », 97 *Harvard Law Review* 1276, 1286-92 (1984).

²⁹⁵ Anthony D. Woosley, « No Right Answer » dans M. Cohen (dir.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London: Duckworth, 1984, p. 180.

²⁹⁶ Gary Peller, « The Metaphysics of American Law », 73 *California Law Review*, 1208-1209 (1985).

²⁹⁷ Grace Goodell, *The Elementary Structures of Political Life: Rural Development in Pahlavi Iran*, Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 344.

²⁹⁸ Paul Carrington, « Of Law and the River », 34 *Journal of Legal Education* 222 (1984).

²⁹⁹ Jennifer A. Kingston, *Harvard Tenure Battle puts „Critical Legal Studies“ on Trial*, New York Times, 30 08 1987.

Duncan Kennedy précise que les critiques ne nient pas complètement l'existence du droit dans le sens conventionnel.³⁰⁰

Jack Balkin consacre sa recherche à la transposition de la déconstruction dans la science juridique étatsunienne. La déconstruction renverse le « cœur » des concepts pour affirmer les possibilités infinies de l'expérience humaine.³⁰¹ Il utilise la technique de trashing pour démontrer la contradiction intérieure des doctrines, ses tendances à promouvoir des idéologies et son indétermination.³⁰² David Pears affirme dans la même direction l'impossibilité de remédier à toutes les lacunes en créant la définition plus détaillée d'un concept car tôt ou tard il y aura un dérangement provoqué soit par la communication, soit par une nouvelle situation factuelle.³⁰³ John Gardner décrit deux types de lacune : les affaires où le droit ne donne pas de réponse complète et les cas où il ne donne pas de réponse nécessaire mais plutôt plusieurs réponses de même poids. N'importe quel choix dans ces cas sera soit motivé par la vision politique de la juge, soit, au moins, par des considérations extra-juridiques.³⁰⁴

En 1988 Kathy Stone et Karl Klare explorent les possibilités dans le domaine du droit de travail et de la gouvernance corporative pour des formes participatives de la gouvernance au lieu de travail.³⁰⁵

Dannis Patterson critique les limites et la circularité des juristes traditionnelles. Il dit que si nous cherchons des croyances qui entrent de manière cohérente au sein de nos autres croyances et observations et si le critère pour accepter ou ne pas accepter une croyance est sa cohérence avec ce que nous pensons sur la réalité, nos notions sur la vérité et sur le sens sont des *concepts vides*.³⁰⁶

Martti Koskenniemi qui parfois est classifié comme un crit, mais qui à mon avis est un reconstitutionnaliste, parle de la *foi inconditionnelle* dans le droit de Vitoria et de Suarez qui

³⁰⁰ Interview de Vicki Quade avec Duncan Kennedy, "Are lawyers really necessary?" dans *Barrister*, automne 1987, p. 10.

³⁰¹ Jack Balkin, "Deconstructive Practice and Legal Theory", 96 *Yale Law Journal* 764 (1987).

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ David Pears, *The False Prison*, vol. 2, Oxford: Clarendon Press, 1987-1988, p. 432.

³⁰⁴ John Gardner, « Concerning Permissive Sources and Gaps », 8 *Oxford Journal of Legal Studies* 457-460 (1988).

³⁰⁵ Kathy Stone, "Labor and Corporate Structure", 55 *University of Chicago Law Review* 73 (1988). Voyez également Karl Klare, "Workplace Democracy and Market Reconstruction: An Agenda for Legal Reform", 38 *Catholic University Law Review* 1 (1988).

³⁰⁶ Dannis Patterson, « What Was Realism ? », 2 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 193-195 (1989).

n'existe plus.³⁰⁷ Il remarque que les juristes du Conseil de sécurité de l'ONU n'ont ni l'intérêt, ni le temps, ni les ressources nécessaires pour effectuer leur travail correctement.³⁰⁸ Elles préfèrent favoriser leur intérêt immédiat au lieu de l'intérêt commun qui est, de plus, incertain et fragile.³⁰⁹ Dans ces cas le juridisme n'est qu'une *façade*.³¹⁰ Pour cette raison il soutient un débat public plus large sur la « politique sécuritaire » afin d'augmenter la responsabilité des institutions gouvernementales.³¹¹

Richard Sainsbury présente sa théorie des concepts vagues en 1991. Il nous donne un exemple avec les couleurs rouge et jaune : elles n'ont pas de frontière claire. Les concepts vagues sont complètement *sans-frontières* (*boundaryless*). Leur cœur ne dit rien sur la pratique.³¹² Dans une même période, Bill Simon fait de la recherche sur les pratiques coopératives dans la production et dans le domaine d'hébergement coopératif pour voir comment une communauté d'égalité peut être construite sans sacrifice de l'efficacité. Il appelle cette coopération la *propriété sociale-républicaine*.³¹³

Brian Bix critique l'intégralisme ou, autrement dit, l'approche holiste de Dworkin pour trois raisons³¹⁴ :

- 1) le droit comme la cohérence ignore l'importance de l'autorité ;
- 2) il ignore l'importance du consensus ;
- 3) il dérogerait au droit et aux institutions de réaliser un grand nombre des tâches qu'on veut voir faites.

³⁰⁷ Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris : Éditions A. Pedone, 2007, p. 95.

³⁰⁸ *Ibid.* 107.

³⁰⁹ *Ibid.* 109.

³¹⁰ *Ibid.* 124.

³¹¹ *Ibid.* 142.

³¹² Richard M. Sainsbury, *Concepts Without Boundaries*, London: King's College London, 1991, pp. 16-17, 22.

³¹³ Bill Simon, "Social-Republican Property", 33 *University of California in Los Angeles Law Review* 1335 (1991). Bill Simon, "The Invention and Reinvention of Welfare Rights", 44 *Maryland Law Review* 1 (1985).

³¹⁴ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, pp. 131-132.

Bix reconnaît aussi que la langue n'est pas liée directement à un système d'objets stables et indépendants de nous.³¹⁵ Probablement, toutes les tentations de diviser la réalité sociale sont arbitraires : A peut être classé avec B et sans C ainsi que le contraire.³¹⁶ Les concepts sous-jacents de la détermination sont complexes et ambigües. Il est difficile d'évaluer si nous avons rencontré une « faute juridique », mais Bix pense qu'il est utile d'en parler. Il est difficile de démarquer le « juridique » et l' « extra-juridique », de définir le sens de la revue judiciaire et de la nature ainsi que le fonctionnement du précédent.³¹⁷ En parlant des objectifs de la législature, il y aura toujours des buts cachés et bien des buts sur lesquels les législateurs n'auront pas eu une connaissance complète. Au niveau psychologique, la personne elle-même ne peut parfois expliquer son intention mais elle ne ment pas. Selon, J. B. White, notre vue sur ce que les législateurs avaient en tête est spéculative parce que quand elles ont agi, les faits actuels n'existaient tout simplement pas.³¹⁸ Bix conclut que le concept d'intention fonctionne en parlant d'individus mais non des groupes.³¹⁹

Michel Troper conceptualise la juge comme le *pouvoir co-constituant* qui détermine le contenu des principes supra-constitutionnels et devient ainsi une autorité supérieure à celle du pouvoir constituant dérivé de la constitution, c'est-à-dire, à celle de la législation et du gouvernement.³²⁰ Troper dénonce le fait que le peuple n'a pas de volonté psychologique réelle³²¹ et admet que le Conseil constitutionnel français est guidé par sa propre perception du juste.³²² Il dit que le Conseil pourrait facilement se proclamer représentant du peuple mais un tel pas serait difficile du point de vue politique.³²³ Troper fait un pas vers Legendre et vers Kennedy en écrivant que l'État est un concept juridique,³²⁴ ce qui permet à ces derniers de nier l'existence de l' « État ».

³¹⁵ *Ibid.* p. 176.

³¹⁶ *Ibid.* p. 192

³¹⁷ *Ibid.* p. 180.

³¹⁸ James B. White, "What Can a Lawyer Learn from Literature?", 102 *Harvard Law Review* 2022, 2034-2035 (1989).

³¹⁹ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 189.

³²⁰ Michel Troper, « La théorie de l'Interprétation et le problème de la supra-légalité constitutionnelle », *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris : Cujas, 1974, p. 133.

³²¹ Michel Troper, « La juge constitutionnel et la volonté générale » dans P. Cometucci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1999, Turin : G. Giappichelli, 1999, p. 133.

³²² *Ibid.* 135.

³²³ *Ibid.* 139.

³²⁴ Michel Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsennienne de l'État », 17 *Cahiers de Philosophie juridique et politique* 11 (1990).

En 1995, le président du Kazakhstan Noursoultan Nazarbayev prend la décision de passer de la division en trois pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire) à quatre pouvoirs en distinguant le pouvoir du contrôle constitutionnel suivant le modèle français afin d'éviter le gouvernement des juges. Le quatrième pouvoir est géré par le Conseil constitutionnel et non par une cour. Selon Nazarbayev, ce pouvoir englobe les traits législatifs, judiciaires et exécutifs. Les membres du Conseil constitutionnel sont nommés politiquement et les anciennes présidentes de la République deviennent ses membres à vie.³²⁵

Bernard Chantebout écrit que le contrôle de la constitutionnalité pose le problème de sa compatibilité avec la démocratie.³²⁶ Jean Gicquel qualifie les cours suprêmes d'authentique pouvoir politique, mais il ajoute que ce pouvoir législatif n'est que négatif ce qui contribue à l'équilibre du régime constitutionnel.³²⁷ Marcel Gaucher soutient que le peuple perpétuel et souverain toujours présent dans les décisions judiciaires a perdu sa propre identité à travers la succession des générations.³²⁸

David Kennedy approche le scandale de Monica Lewinsky et Bill Clinton comme un spectacle. Il parle du *monde entier de démystification et du récit critique*.³²⁹ Ce monde affirme que le spectacle passivise les gens, il montre comment les institutions fonctionnent, et que Monica était une agente israélienne envoyée pour décréditer les efforts de Clinton en Palestine.³³⁰ David Kennedy soutient que le vrai scandale est le SIDA, la pauvreté et l'addiction narcotique à la télé.³³¹

Dans son ouvrage publié en 2004, David Kennedy attribut le mot idolâtrie au discours humanitaire.³³² Les droits de l'homme n'existent pas. Ils sont tout simplement un produit des efforts

³²⁵ Gairat Sapargaliev, *Komentariy k Konstitutsii Respubliki Kazakhstan*, Almaty: Zhety Tharhy, 2004, p. 380.

³²⁶ Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris : A. Colin, 14^e édition, 1997, p. 60-62.

³²⁷ Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris : Montchrestien, 15^e édition, 1997, p. 306.

³²⁸ Marcel Gaucher, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Paris : Gallimard, 1995, p. 45.

³²⁹ David Kennedy, "The Spectacle and the Libertine", in L.V. Kaplan, B.I. Moran (dir.), *Aftermath: The Clinton Impeachment and the Presidency in the Age of Political Spectacle*, New York : New York University Press, 2001, p. 286.

³³⁰ *Ibid.* p. 292.

³³¹ *Ibid.* p. 287

³³² David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue : Reassessing International Humanitarianism*, Princeton: Princeton University Press, 2004, p. xviii.

destinés à les articuler et à les utiliser.³³³ De plus, c'est un produit de la culture et de l'histoire occidentale comme, par exemple, le christianisme.³³⁴ Il dit que les droits de l'homme soignent les symptômes au lieu des maladies : ils pardonnent et justifient trop. Actuellement, ils sont devenus un standard pour la légitimation d'une guerre.³³⁵ Les juristes croyantes en droits sont idéalistes.³³⁶ Les juristes européennes parlent de manière routinière du commerce international dans la langue des droits de l'homme.³³⁷ L'idolâtrie européenne présente les capitalistes occidentales non comme des gens avec un objectif d'accroître leur profit et d'établir leur domination sur le marché, mais comme des personnes neutres et objectives venues afin d'évaluer la normalité de l'économie de l'Est et de l'aider. Les réformatrices introduisent une telle version extrême de laissez-faire qui ressemble davantage au rêve des libéraux occidentaux qu'à la pratique occidentale.³³⁸

Trevor C. Hartley écrit que la Cour européenne de justice ne se considère pas liée par les Traités où ils sont en conflit avec ce qui est vu comme désirable dans les intérêts du développement constitutionnel de l'Union. Hartley pense que l'interprétation téléologique « excède l'interprétation dans le sens propre du mot » et devient une politique judiciaire. Le raisonnement de la cour de Luxembourg prend la forme suivante : d'abord, les juges disent que le droit *devrait* prévoir X et après elles proclament qu'il *est* prévu. Donc, la cour effectue la substitution de *devrait* par *est*. Selon Hartley, cette distinction est fondamentale pour le concept du droit occidental.³³⁹ Par ailleurs, Ola Wiklund trouve que même si nous admettons que la pratique juridique européenne est politique, il est difficile de comprendre en quoi cette politique du droit consiste, tellement il y a de chaos.³⁴⁰ Ami Barav découvre les antinomies dans la jurisprudence européenne : l'application contradictoire des concepts par la Cour de Luxembourg est manifeste.³⁴¹ Plus bas, je détaillerai ces antinomies

³³³ *Ibid.* p. 7.

³³⁴ *Ibid.* p. 18.

³³⁵ *Ibid.* p. 24.

³³⁶ *Ibid.* p. 124.

³³⁷ *Ibid.* p. 170.

³³⁸ *Ibid.* p. 191.

³³⁹ Trevor C. Hartley, *The Foundations of European Community Law: an Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, 3e éd., New York: Oxford University Press, 1994, p. 87.

³⁴⁰ Ola Wiklund, « Taking the World View of the European Judge Seriously – some reflections on the role of ideology in adjudication. » dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 48.

³⁴¹ Ami Barav, «The European Court of Justice and the Use of Judicial Discretion» dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 134.

sous le titre de la mythologie chaotique. Marc Fallon écrit que les règles d'applicabilité du droit européen ne se laissent pas déterminer aisément.³⁴²

Jonah Goldberg pense qu'il est impossible de comprendre l'obligation de protéger, de maintenir et de défendre la constitution de même qu'il est impossible de comprendre l'obligation de protéger, de maintenir et de défendre la *framfra des Etats-Unis*. Le poste consacré à *l'exécution fidèle du queenestray du pays* est un non-sens.³⁴³ Kevin Gutzman appelle le régime politique étatsunien *l'usurpation judiciaire*³⁴⁴ et la *jugecracie antirépublicaine*³⁴⁵. Elle est enracinée dans le remplacement du polythéisme par le christianisme en Europe et du christianisme par la Raison en France.³⁴⁶ Les neuf oracles non-élus dans les robes sont exactement représentantes de l'ordre que les colonisatrices américaines voulaient renverser quand elles ont commencé leur lutte contre la grande-Bretagne.³⁴⁷ Il conclut que le droit constitutionnel étatsunien n'est pas constitutionnel du tout.³⁴⁸

Boštjan Zupančič appelle la négation de l'abus de déduction la *malhonnêteté intellectuelle*.³⁴⁹ Les concepts mêmes du conflit et de la cour présupposent l'incertitude quant à la partie qui est juste.³⁵⁰ Il n'est pas découragé par la croyance générale en juridisme. Durant l'époque de la Sainte Inquisition de nombreuses femmes ont été conduites à croire qu'elles étaient des sorcières.³⁵¹

³⁴² Marc Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de loi », dans Angelika Fuchs, Horatia Watt, Étienne Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris : Dalloz, 2004, p. 79.

³⁴³ Jonah Goldberg, Justice Kennedy's Mind : Where the Constitution resides, 09 03 2005, <http://old.nationalreview.com/goldberg/goldberg200503090749.asp>, 14 04 2010.

³⁴⁴ Kevin Gutzman, *The Politically Incorrect Guide to the Constitution*, Washington: Regnery Publishing, 2007, p. 148.

³⁴⁵ *Ibid.* 220

³⁴⁶ *Ibid.* 62.

³⁴⁷ *Ibid.* p. 1.

³⁴⁸ *Ibid.* xiii.

³⁴⁹ Boštjan M. Zupančič, *The Owl Of Minerva: Essays On Human Rights*, Utrecht : Eleven International Publishing, 2008, p. 65.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 87.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 106.

Zupančič doute beaucoup de l'utilité des rationalisations juridiques comme celle de Beccaria ou d'autres. La rationalisation est une attitude qui a le potentiel de commencer à déranger la conscience sociale à réagir aux changements dans la réalité.³⁵²

La légalité n'est qu'une tentation de déterminer en avance les conséquences de certains événements.³⁵³ Malgré le fait que le principe de la légalité est une illusion, Zupančič insiste que ce mythe est nécessaire.³⁵⁴ Ce dernier se trouve tellement profondément dans notre conscience qu'il est impossible de l'abandonner sans détruire tout le contexte formaliste du droit.³⁵⁵ Nous devons comprendre l'importance de l'existence de l'ordre symbolique.

Zupančič distingue entre *réalité virtuelle commune et séparée*. Il donne un exemple des différences dans la compréhension de « hors de tout doute raisonnable » dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et dans le paradigme juridique classique.³⁵⁶

Zupančič va plus profondément dans l'analyse du marché juridique. Il considère que le droit commun étatsunien exige beaucoup plus d'efforts intellectuels que le droit civil européen. La *facilité intellectuelle* ouvre la porte à un bien plus grand nombre de juristes en Europe. Le surplus des juristes réduit le prix des services. Les juristes avec un moindre engagement conduisent à la simplification ultérieure du système.³⁵⁷ En Europe les textes législatifs principaux sont créés par le Parlement, soit, en réalité, par une partie d'une Commission parlementaire accompagnée de quelques assistantes, ce qui représente au total environ 20 personnes. Les législatrices étatsuniennes ou, autrement dit, les juges accompagnées des avocats et des procureurs, au contraire, sont beaucoup plus nombreuses qu'en Europe et plus proches des citoyennes. Par ailleurs, les étatsuniennes surchargées par les précédents, sont toujours pressées et ne peuvent passer trop du temps sur un sujet³⁵⁸.

³⁵² *Ibid.*, p. 205.

³⁵³ *Ibid.*, p. 338.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 181.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 286.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 393.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 345.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 346-347.

Roberto Unger est sans doute un patriarche des études critiques du droit. Il enrichit nos instruments analytiques par le concept d'*antinomie* qui désigne les conclusions contradictoires et également convaincantes déduites à partir des mêmes prémisses.³⁵⁹ Unger dit que nous ne sommes ni des fonctionnaires de l'État, ni ses assistantes techniques, donc nous n'avons pas d'intérêt à chercher l'harmonie préétablie dans le droit.³⁶⁰

Unger démontre comment le juridisme libérale masque le subjectif et les choix politiques en désignant la connaissance et la vérité comme séparées de la politique, de la passion, et des désirs subjectifs. Les droits et les autres concepts juridiques mystifient les résultats de la prise de décisions judiciaires et contribuent à l'hégémonie du système libéral.³⁶¹ Cette idéologie nie les contradictions inhérentes dans l'emphase du libéralisme sur l'autonomie individuelle et sur la peur de la communauté. Unger dépaquette que les mots « neutre », « objectif » et « volonté libre » n'ont pas de sens essentiel. Ces mots ont le potentiel d'être attachés à n'importe quelle position politique choisie par celle-ci qui le rattache.³⁶²

Roberto Unger élabore la *doctrine déviationniste* qui consiste à prendre des pratiques respectées et positives dans un domaine ou dans un contexte bien connu pour les transférer dans un autre afin d'améliorer ce dernier. Par exemple, on peut prendre la démocratie du domaine politique pour la transposer dans l'économie afin de créer l'économie démocratique. Les travailleuses et les consommatrices doivent avoir le pouvoir d'élaborer les pratiques économiques dans lesquelles elles vivent.³⁶³

De la contradiction fondamentale à l'inconnaissabilité.

³⁵⁹ Roberto Unger, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press, 1975, pp. 5-7.

³⁶⁰ Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, p. 19.

³⁶¹ Roberto Unger, *Knowledge and Politics*, New York,, Free Press, 1975, p. 5-7.

³⁶² James Boyle, "Introduction" dans James Boyle (dir.), *Critical Legal Studies*, Dartmouth : New York University Press, 1994, p. xiv-xv.

³⁶³ Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*

Le deuxième patriarche des études critiques du droit est Duncan Kennedy. Il se concentre sur la jurisprudence d'appel parce que, premièrement, les décisions sur l'appel ne sont pas prévisibles en avance sur base de connaissance professionnelle. Deuxièmement, le choix dans une affaire d'appel démontre des enjeux idéologiques importants. Troisièmement, les appels sont importants du point de vue social, et sont rarement aléatoires. Un appel est une opportunité de rendre hégémonique sa solution idéologique.³⁶⁴

Kennedy élabore la *théorie rose* qui se compose de trois parties³⁶⁵ :

- 1) Analyse distributive des enjeux idéologiques dans la prise des décisions judiciaires.
- 2) Considération que la prise des décisions judiciaires est un forum idéologique.
- 3) Théorie du comportement stratégique nié dans l'interprétation juridique.

La théorie de Kennedy sur les contradictions fondamentales était essentielle pour la première génération des crites : les conflits se développent autour des valeurs profondément opposées et non réconciliables.³⁶⁶ Les tensions dans le droit privé sont structurées par la contradiction fondamentale.³⁶⁷ Les catégories comme le contrat, la propriété, le tort etc. ont été créés afin de servir d'intermédiaire entre ces contradictions, mais ce projet a échoué.³⁶⁸

Mais il abandonne³⁶⁹ la contradiction fondamentale quand les écd passent au postmodernisme ou à sa deuxième génération parce que cette idée elle-même pouvait être déconstruite. L'affirmation que le droit est toujours indéterminé et politique est aussi métaphysique que l'affirmation qu'il est toujours déterminé et neutre.³⁷⁰

³⁶⁴ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 67.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 265.

³⁶⁶ Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", 89 *Harvard Law Review* 1685 (1976).

³⁶⁷ Duncan Kennedy, "The Structure of Blackstone's Commentaries", 28 *Buffalo Law Review* 209 (1978).

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Duncan Kennedy, Peter Gabel, « Roll over Beethoven », *op. cit.*, p. 14.

³⁷⁰ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 194.

Au début d'un conflit juridique nous nous trouvons dans *l'inconnaissabilité (unknowability)* quant à l'indétermination ou à la détermination de la pratique régulatrice.³⁷¹ Ce n'est qu'après avoir regardé toutes les amulettes et appris tout sur les esprits intéressés par la décision judiciaire qu'on est en mesure de conclure sur l'indétermination. Les matériaux juridiques sont indéterminés dans le sens qu'il est possible qu'ils soient déstabilisés. Nous pouvons, soit prévoir les résultats d'un procès judiciaire dans le sens qu'aucun travail ne sera réalisé afin de déstabiliser l'appréhension initiale de l'état de la pratique régulatrice, soit que ce travail échouera.³⁷²

Kennedy se rapproche également à la vision de Wittgenstein en ce qui concerne les lacunes et les conflits : ils sont construits officiellement par la juge dans sa décision ou/et apparaissent durant la communication, mais ils n'existent pas comme des entités stables avant le début de l'interaction comme il est présupposé par le positivisme légitimant la législation judiciaire.³⁷³ C'est la juge qui décide si elle a discrétion. Un autre patrimoine moderne rejeté par la génération postmoderne des crites, c'est la distinction entre dispositions « hautement abstraites » et autrement abstraites.³⁷⁴

Néanmoins, les écd gardent le point de vue que les concepts généraux, la « fidélité au droit », la communauté, l'État, les droits de l'homme, la vivacité intersubjective, la liaison non-aliénée, etc. sont des *non-sens*,³⁷⁵ une bêtise abstraite (*abstract bullshit*),³⁷⁶ ou une hallucination collective.³⁷⁷ Tous ces concepts peuvent être remplacés avec le même succès par le concept du *bouillage de la bouilloire*, ou par *avoir le bon temps*, ou bien par *amour*.³⁷⁸ Il est amusant de voir que plus tard Martti Koskenniemi reprendra cette idée d'amour pour dire dans son projet reconstitutionnaliste qu'il est en faveur du droit comme l'amour.³⁷⁹ Kennedy parle du *méli-mélo* au lieu du système.³⁸⁰ Du point de vue méthodologique, il propose l'évocation *microphénoménologique à petite échelle des*

³⁷¹ Duncan Kennedy, « A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation », *op. cit.*, p. 376.

³⁷² *Ibid.* p. 381.

³⁷³ *Ibid.* p. 373.

³⁷⁴ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 348.

³⁷⁵ Duncan Kennedy, Peter Gabel, « Roll over Beethoven », *op. cit.*, pp., 3, 4, 6.

³⁷⁶ *Ibid.* p. 3.

³⁷⁷ *Ibid.* p. 28.

³⁷⁸ *Ibid.* p. 6.

³⁷⁹ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 164.

³⁸⁰ Duncan Kennedy, Peter Gabel, « Roll over Beethoven », *op. cit.*, p. 4.

*expériences réelles de façon complexe et contextualisée.*³⁸¹ À la fin d'une telle analyse vous pouvez conclure que la contradiction est fondamentale ou non.³⁸²

Les droits de l'homme et les autres concepts sont une manière d'imaginer le monde. Pour cette raison, il faut reformuler la problématique en remplaçant la thèse « ton problème est que tes concepts sont des hallucinations » par la question « pourquoi est-ce que tu choisis d'halluciner de cette façon ? »³⁸³

Kennedy précise cinq choses mécomprises par la pensée traditionnelle sur les écd³⁸⁴ :

- 1) Les écd ne disent pas que les matériaux juridiques ne déterminent jamais les résultats d'un procès judiciaire, mais plutôt que leur influence est méditée et leur détermination ou indétermination est inconnaissable.
- 2) En raison du fait que les règles sont des compromis plutôt qu'un chef-d'œuvre cohérent d'un certain super-principe-arc, elles sont beaucoup plus ouvertes aux déstabilisations de différentes sortes que les juristes traditionnelles ne l'imaginent.
- 3) Les inclinations des juges sont très importantes mais ne sont jamais connues à l'avance.
- 4) Ècd n'insistent pas que les cours de dernière instance sont toujours motivées par la « base » comme le misent les marxistes.
- 5) Dès que nous comprenons que la détermination est une fonction de l'interaction entre les matériaux juridiques et les interprétrices, la choséité des matériaux juridique perd son sens.

Dépaquetage de la politique dans les décisions judiciaires.

³⁸¹ *Ibid.* p. 3.

³⁸² *Ibid.* p. 24.

³⁸³ *Ibid.* p. 40.

³⁸⁴ Duncan Kennedy, « A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation », *op. cit.*, p. 381.

Le discours juridique coïncide avec le discours idéologique. La poursuite des projets idéologiques au moyen du droit structurait le discours juridique. Même si un juge n'a pas de projet politique propre, elle sera quand même une agente idéologique parce qu'elle écrit dans la langue juridique. Un choix judiciaire a une influence importante sur les résultats d'un conflit entre des groupes politiques. Eu égard à l'indétermination juridique et à l'absence de standards communs de persuasion, la seule base pour une décision rationnelle reste l'évaluation des effets politiques, ce qui rend cette décision inévitablement politique.³⁸⁵

Kennedy distingue trois modes d'argumentation³⁸⁶ :

- 1) Mode déductif. C'est une argumentation à partir de principes généraux jusqu'à quelque chose de concret ou de particulier. La réponse correcte est universellement valide ou, au moins, est reconnue généralement en tant que standard de la vérité.
- 2) Mode politique. Ce mode est différent en trois façons. Premièrement, la déduction à partir d'une norme valide ne solutionne pas la question de droit. Deuxièmement, un argument politique est un argument sur la désirabilité d'une sous-règle. Troisièmement, cet argument se développe dans le champ de forces où plusieurs politiques sont applicables et les règles générales représentent des compromis. Si quelqu'un essaie de résoudre une question politique déductivement, elle fait une erreur parce qu'ici il est tout simplement impossible de donner une réponse déductive correcte.
- 3) Déduction guidée par le mode politique. Ici, un argument politique est présenté dans une forme déductive. Selon ce mode, les conséquences distributives sont légitimées en tant que « effet collatéral ».³⁸⁷

L'histoire de la lutte idéologique donne un riche assortiment d'arguments prêts à être engagés dans le récit judiciaire.³⁸⁸

³⁸⁵ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, p. 85.

³⁸⁶ *Ibid.* pp. 97-100.

³⁸⁷ *Ibid.* p. 106.

³⁸⁸ *Ibid.*

Tout cela s'ajoute bien évidemment au fait que les juges sont souvent nommées par les politiciennes. En même temps, Kennedy précise que les idéologies eux-mêmes sont des textes à interpréter.³⁸⁹

Théorie du comportement stratégique nié dans l'interprétation juridique.

L'attitude générale au sein des écd est que la négation de la présence de la politique dans les arrêts amène des résultats différents de ceux produits dans le cas de transparence. Les crites soutiennent que la transparence les aurait, d'une certaine manière, « améliorés ». ³⁹⁰ La jurisprudence traditionnelle théorise la négation en construisant les modèles au moyen desquels les cours peuvent devenir non-idéologiques.³⁹¹ Kennedy propose de passer de la question « les juges sont-elles « vraiment » liées par le droit ? » à la question « qu'est-ce qui découle du fait que les juges, souvent, se font l'expérience [s'imaginent] d'être liées ? »³⁹²

Il distingue trois types des juges négatrices (niant la présence du choix idéologique)³⁹³ :

- 1) Destructrice de différence – activiste centriste. Elle est activiste centriste : elle détruit les extrêmes idéologiques dans la jurisprudence ainsi que dans la pratique régulatrice de sa cour.
- 2) Destructrice de différence – passiviste. Elle se prononce contre n'importe quelle forme d'activisme et prend des décisions pour lesquelles elle ne voterait jamais en tant que membre du Parlement.
- 3) Juge bipolaire ou schizophrène qui est activiste sur les deux côtés, sur la gauche et sur la droite, dans des procès différents.

Souvent l'arrêt de la juge qui se fait l'expérience d'être liée par les matériaux juridiques est un résultat de la tension entre l'appréhension initiale de la pratique régulatrice et la *comment-je-veux-*

³⁸⁹ *Ibid.* p. 183.

³⁹⁰ *Ibid.* p. 19.

³⁹¹ *Ibid.* p. 23.

³⁹² *Ibid.* p. 171.

³⁹³ *Ibid.* pp. 192-193.

sortir ou, autrement dit, la *CJVS* (*how-I-want-to-come-out, HIWTCO*). La considération peut transformer l'appréhension initiale en la *CJVS* ou bien la *CJVS* en l'appréhension initiale. Ou peut-être la juge adoptera une position intermédiaire.³⁹⁴

Autre des juges négatrices plus ou moins sincères, il y a encore deux groupes de juges réalistes :

- Les juges intellectuellement malhonnêtes qui sont des politiciennes conscientes. Elles mentent tout simplement sur l'existence du droit neutre et objectif et sur la nature non-politique de leurs arrêts.
- Les juges réalistes. Elles sont également des politiciennes conscientes, mais elles reconnaissent la nature subjective des décisions judiciaires et sont prêtes de prendre la responsabilité plus transparente pour ce qu'elles font. Par exemple, les juges Oliver Holmes, Jerome Frank, Richard Posner et Boštjan Zupančič. Zupančič soutient que, si plus de juges de la Cour de Strasbourg comprenaient comment la pratique régulatrice fonctionne, cette institution pourrait devenir beaucoup plus utile pour les citoyennes dans sa lutte contre les gouvernements nationaux.

Théorie juridique féministe.

La phrase « jurisprudence féministe » est introduite en 1976 par Ann Scales.³⁹⁵ Aujourd'hui la théorie juridique féministe est considérée comme une partie de l'école des écd. Linda J. Lacey résume les propositions féministes en deux points : (1) la société est encadrée et dominée par les hommes et pour cette raison est patriarcale ; (2) la société subordonne les femmes aux hommes.³⁹⁶ Elles développent la jurisprudence qui met en lumière les expériences de la femme opprimée, dominée et dévaluée afin de la protéger. Le genre de ce courant couvre l'antidiscrimination dans les relations d'emploi, dans l'enseignement, les garanties sociales, la politique du logement, la politique de la prostitution et l'industrie pornographique, le divorce, la division de la propriété, les

³⁹⁴ Duncan Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", 36 *Journal of Legal Education* 526 (1986).

³⁹⁵ Ann Scales, « Towards a Feminist Jurisprudence », 56 *Indiana Law Journal* 375 (1981).

³⁹⁶ Linda J. Lacey, « Introducing Feminist Jurisprudence : An Analysis of Oklahoma's Seduction Statute », 25 *Tulsa Law journal* 777 (1990).

histoires de vie sur le viol, sur l'adultère, sur la violence domestique, la défense légitime.³⁹⁷ Elles décodent la *langue de domesticité*.³⁹⁸ Les féministes restent quand même assez divisées : traitement égal ou traitement spécial pour la femme ?³⁹⁹

Il y a quatre sous-courants dans la pensée juridique féministe : le féminisme libéral, le féminisme culturel, le féminisme radical et le féminisme sexe-positif. Je mettrais également à côté de cette approche le criticisme féministe Noir et les études juridiques homosexuelles et lesbiennes.

Martha Minow en tant que représentante du féminisme libéral développe le projet du *nouveau discours compréhensif* afin de considérer la perspective féminine qui est souvent minoritaire.⁴⁰⁰

Carol Gilligan en tant qu'adepte du féminisme culturel se concentre sur la *voix différente* afin de libérer la femme par le développement de la *contreculture femme-centrée*. Elle soutient qu'il y a une manière distinctivement féminine d'approcher les questions morales et juridiques. Cette voix différente est d'habitude ignorée dans la doctrine juridique ainsi que dans les travaux académiques. Les hommes et les femmes ont des perspectives distinctes sur la hiérarchisation des valeurs. Gilligan donne en exemple sa recherche sur des enfants. Elle pose la question de savoir si un homme doit voler le médicament dans le cas où sa femme meurt et qu'il n'a pas d'argent pour l'acheter. Le petit garçon Heinz dit qu'il faut voler le médicament. Par ailleurs, la petite fille Amy répond qu'il ne faut pas voler, mais qu'il ne faut pas non plus que sa femme meure.⁴⁰¹

Catharine MacKinnon représente le féminisme radical. Les femmes sont la *sexe-classe dominée*, les relations hétérosexuelles et surtout la pornographie sont une subordination de la femme à l'homme.⁴⁰² Néanmoins, MacKinnon elle-même couchait avec des hommes. En général, dans la vie

³⁹⁷ F.C. de Coste et al. (dir.), *Feminist Legal Literature: A Selected Annotated Bibliography*, New York: Garland Publishers, 1991. Paul M. George, Susan McGlamery, "Women et Legal Scholarship: A Bibliography", 77 *Iowa Law Review* 87 (1991). Leslie Bender, „An Overview of Feminist Tort Scholarship“, 78 *Cornell Law Review* 575 (1993).

³⁹⁸ Joan C. Williams, "Deconstructing Gender", 87 *Michigan Law Review* 828 (1989).

³⁹⁹ Susan Moller Okin, "Sexual Difference, Feminism, and the Law", 16 *Law and Social Inquiry* 553, 554 (1991).

⁴⁰⁰ Martha Minow, « Forward : Justice Engendered », 101 *Harvard Law Review* 10 (1987).

⁴⁰¹ Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982, pp. 25, 26, 32, 33.

⁴⁰² Catharine MacKinnon, "Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence", 8 *Signs* 635 (1983).

sociale, « les femmes sont niquées et les hommes niquent ». ⁴⁰³ Joan Williams décode l'idéologie de domesticité basée sur les valeurs masculines et crée les standards pour l'évaluation des valeurs féminines. ⁴⁰⁴

En même temps, on peut ajouter que toutes les féministes ne sont pas antipornographiques comme le féminisme radical. Dans la théorie juridique féministe se trouve également un sous-courant de féministes sexe-positives. Jane Gallop se prononce pour la légalisation des relations sexuelles entre la professeure et l'étudiante, au moins dans les cas où la professeure est une féministe. ⁴⁰⁵ Judith Butler pense que l'interdiction de la pornographie sert sa publicité. ⁴⁰⁶

Kimberlé Crenshaw développe le *criticisme féministe Noir*. Elle conteste le droit des féministes blanches de parler au nom de toutes les femmes. ⁴⁰⁷ Regina Austin, également femme Noire, écrit que les *mauvais jobs* ne produisent pas tout simplement les *mauvaises travailleuses*, ces jobs et les patrons éprouvent le besoin psychologique et économique d'avoir de mauvaises travailleuses qui sont assez souvent des femmes Noires. Le comportement déviant des mauvaises travailleuses cultivé par les mauvais jobs et par les patrons justifie le statu de ces travailleuses. Cette lutte n'est pas une lutte pour des salaires plus élevés ou pour la régulation des heures du travail ainsi que pour les autres conditions, elle est une *lutte culturelle*. ⁴⁰⁸

William Eskridge commence les *études juridiques homosexuelles et lesbiennes*. Il parle de l'*agenda homojuridique (gaylegal agenda)* et lutte pour la *citoyenneté égale* pour tous les homosexuels afin de protéger la *moralité de leur intimité*. ⁴⁰⁹

⁴⁰³ Marion Smiley, "Gender Justice without Foundations", 89, *Michigan Law Review*, 1574, 1578 (1991).

⁴⁰⁴ Joan Williams, « Gender Wars : Selfless Women in the Republic of Choice », 66 *New York University Law Review* 1567 (1991).

⁴⁰⁵ Jane Gallop, *Feminist Accused of Sexual Harassment*, Durham: Duke University Press, 1997, p. 81.

⁴⁰⁶ Judith Butler, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, New York: Routledge, 1997, p. 85.

⁴⁰⁷ Kimberlé Crenshaw, "Whose Story Is It, Anyway ? Feminist and Antiracist Appropriations of Anita Hill" dans Toni Morrison (dir.), *Race-ing Justice, En-gendering Power: Essays on Anita Hill, Clarence Thomas, and the Construction of Social Reality*, New York: Pantheon Books, 1992, p. 402.

⁴⁰⁸ Regina Austin, "Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of emotional distress", 41 *Stanford Law Review* 44 (1988).

⁴⁰⁹ William Eskridge, « A Social Constructionist Critique of Posner's Sex and Reason : Steps toward a Gaylegal Agenda », 102 *Yale Law Journal* 333, 335-336 (1992).

Théorie critique raciale.

La théorie critique raciale cherche à présenter la *voix différente plus Noire*. Les évaluations méritocratiques doivent être faites sur la base des *standards de la conscience raciale*. Kimberlé Crenshaw soutient que la couleur de la pigmentation de peau comme symbole d'identité culturelle et personnelle est une construction de la société blanche. La dichotomie blanche/noire est assimilée à compétente/ignorante, industrieuse/paresseuse, morale/amorale et supérieure/inférieure.⁴¹⁰ Elle propose de commencer à écrire le mot « Noire » avec une majuscule.⁴¹¹ Richard Delgado critique la tradition scolaire pour l'absence des académiciennes Noires dans le développement des idées centrales du droit des droits civils et les cours étatsuniennes pour l'absence de citation adéquate des académiciennes Noires.⁴¹² Duncan Kennedy considère qu'il faut intégrer plus de Noires dans le milieu scientifique afin de relancer l'originalité dans la recherche juridique. Il se prononce contre Retall L. Kennedy et contre le fondamentalisme méritocratique aveugle envers la couleur.⁴¹³ Mari Matsuda développe sa thèse sur l'exclusion des Noires. La théorie critique raciale raconte *l'histoire de la victime*.⁴¹⁴

Robert A. Williams, Jr., commence le développement de la *perspective juridique des amérindiennes*. Il défend la préservation et la protection des discours juridiques de la justice amérindienne contre le *discours assimilationniste*.⁴¹⁵

Les études critiques du droit insistent sur l'idée que des valeurs communes niant la valeur de la différence est en elle-même dangereuse pour celles qui sont opprimées et marginalisées.⁴¹⁶ Martha

⁴¹⁰ Kimberlé Crenshaw, « Race, Reform and Retrenchment : Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », 101 *Harvard Law Review* 1372 (1988).

⁴¹¹ *Ibid.* 1332.

⁴¹² Richard Delgado, « The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature », 132 *University of Pennsylvania Law Review* 561 (1982).

⁴¹³ Duncan Kennedy, *Sexy Dressing, etc., op. cit.*

⁴¹⁴ Mari Matsuda, « Looking to the Bottom : Critical Legal Studies and Reparations », 22 *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 324 (1987).

⁴¹⁵ Robert A. Williams, Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: the Discourses of Conquest*, Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 88.

⁴¹⁶ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 215.

Minow propose néanmoins la création d'un discours compréhensible afin de faciliter la communication académique et de croiser les expériences.⁴¹⁷

Le droit et littérature.

Les années 70 ont donné naissance à plusieurs écoles « *le droit et* ». Les écd pouvaient être appelées « *droit et politique* ». L'école moderne et postmoderne suivante qu'on doit revoir, est *droit et littérature*. Ces écoles ont en commun le renversement de l'idée centrale du juridisme traditionnel sur l'objectivité et sur l'autonomie du droit.

Parmi les adhérentes du *Droit et littérature* on trouve les reconstitutionnalistes comme son fondateur James Boyd White, les crites et aussi les pragmatistes. Contrairement aux écd, *Droit et littérature* n'a pas de programme idéologique fort. White pense que les techniques littéraires permettent de découvrir la compréhension idéale d'une lectrice idéale.⁴¹⁸ Ronald Dworkin reprend cette idée pour affirmer qu'une juge est une novelliste qui doit continuer à écrire le scénario du soap opéra après le départ de la novelliste précédente.⁴¹⁹

On distingue deux courants au sein du Droit et littérature : le *droit-en-littérature*, c'est-à-dire la recherche sur les questions juridiques dans la littérature, et le *droit-comme-littérature* ou, autrement dit, l'emploi des méthodes et pratiques théoriques du criticisme littéraire comme moyen pour l'analyse des textes juridiques et pour l'exploration de leur nature.⁴²⁰

⁴¹⁷ Martha Minow, "Law Turning Outward", 73 *Telos* 79, 95 (1986).

⁴¹⁸ James Boyd White, « Law as Language : Reading Law and Reading Literature », 60 *Texas Law Review* 415, 417 (1982).

⁴¹⁹ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 55.

⁴²⁰ Robert Weisberg, « Law-Literature Enterprise », 1 *Yale Journal of Law and Human* 1 (1988).

Richard Weisberg et Robert Weisberg analysent les travaux de Franz Kafka, d'Albert Camus, de Fyodor Dostoyevsky et de Charles Dickens.⁴²¹ François Ost englobe les tragédies grecques, la Bible, William Shakespeare, Johann von Goethe, Robinson Crusoë etc.⁴²²

Les fem-crites (Catharine MacKinnon, Jane Gallop, etc.) et les race-crites (Regina Austin) ainsi que des crites en général (Robin West, Allan Hutchinson, David Kennedy, Duncan Kennedy et Peter Gabel) utilisent largement la narration d'histoire (*storytelling*) comme méthode pour présenter une analyse juridique. Il y a trois formes de narration d'histoire :

- Narration d'histoire personnelle comme chez Catharine MacKinnon, chez Jane Gallop⁴²³ et chez Regina Austin⁴²⁴, où l'on parle de sa vie, de situations autobiographiques.
- « Une narration d'histoire sur quelqu'un que je connais » comme chez David Kennedy.⁴²⁵
- Narration dialogique d'histoire. Duncan Kennedy et Peter Gabel ont écrit un dialogue scientifique théâtralisé afin de présenter leur recherche juridique.⁴²⁶

Robin West part de l'approche des Weisbergs et de White en affirmant qu'il faut se concentrer sur la critique véritablement radicale du pouvoir.⁴²⁷ Allan Hutchinson emploie les techniques littéraires pour examiner l'incapacité du droit de former une fondation ou bien de donner une méthode interprétative centrale ou primaire. Il conclue que le droit est la politique.⁴²⁸

Stanley Fish et Richard Rorty sont des néopragmatistes et des antifondationnalistes. Le trait de ce genre de postmodernistes est qu'elles ne croient pas en la possibilité de trouver un vocabulaire supérieur pour solutionner les conflits.

⁴²¹ Richard Weisberg, « Family Feud: A Response to Robert Weisberg on Law and Literature », 1 *Yale Journal of Law and the Humanities* 69 (1988).

⁴²² François Ost, « Le droit au miroir de la littérature », *Le Monde*, 21 10 2002, http://www.lemonde.fr/savoirs-et-connaissances/article/2002/10/21/francois-ost-le-droit-au-miroir-de-la-litterature_295009_3328.html, 14 04 2010.

⁴²³ Gallop, *Feminist Accused of Sexual Harassment*, *op. cit.*

⁴²⁴ Regina Austin, "Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of emotional distress", 41 *Stanford Law Review* 58 (1988).

⁴²⁵ David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue...*, *op. cit.*, pp. 37-83.

⁴²⁶ Duncan Kennedy, Peter Gabel, « Roll over Beethoven », *op. cit.*

⁴²⁷ Robert West, "Authority Autonomy and Choice: The Role Of Consent In The Moral and Political Visions Of Franz Kafka and Richard Posner", 99 *Harvard Law Review*, 384, 424 (1985).

⁴²⁸ Allan C. Hutchinson, *Its All in the Game: A Nonfoundationalist Account of Law and Adjudication*, Durham: Duke University Press, 2000, p. 323.

Fish élabore une thèse sur la *réponse de la lectrice* qui peut être résumée comme l'affirmation que le texte est créé par la communauté interprétative. Les textes et les cultures sont suffisamment ambigus pour permettre à la lectrice d'inventer n'importe quel sens qu'elle aime.⁴²⁹ Fish élabore une forme spéciale de conversation : la *pratique délibérative* qui donne la possibilité de présenter plusieurs discours contradictoires et leurs liaisons.⁴³⁰ Rorty critique l'enseignement juridique pour son style scientifique car ce style ferme la voie à de nouvelles formes de vie intellectuelle.⁴³¹

D'un autre côté, le néopragmatisme peut être lié au reconstitutionnisme pour l'idée qu'on voit chez Rorty sur la « personne pratique »⁴³² qui trouve la « meilleure réponse » basée sur son expérience, son contexte et le sens commun.⁴³³

Finalement, Jack Balkin pense que les *autres arts performants* comme la *musique* et le *drame* sont mieux placés pour analyser le droit que la littérature.⁴³⁴ Nathan Moore de Londres et Anne Bottomley de Kent passent vers l'approche *Droit et cinéma*.⁴³⁵ Par contre, un nombre important des juges diraient qu'elles ne puissent pas son inspiration dans la littérature ni, je suppose, dans les arts pour prendre des décisions judiciaires.

Néopragmatisme juridique.

Il faut distinguer deux Posners : d'abord comme un des fondatrices de l'école *Droit et économie* ; ensuite, plus tard, comme néopragmatiste. Le Posner postérieur reconnaît *droit et économie* comme une théorie normative et controversée.⁴³⁶

⁴²⁹ Fish, *Is There a Text in This Class?*, *op. cit.*

⁴³⁰ Thomas Morawetz, « Understating Disagreement, the Root Issue of Jurisprudence : Applying Wintgenstein to Positivism, Critical Theory and Judging », 141 *University of Pennsylvania Law Review* 371 (1992).

⁴³¹ Richard Rorty, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis: University of Minneapolis Press, 1982, p. 220-221.

⁴³² Richard Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton: Princeton University Press, 1979, p. 6, 11.

⁴³³ Thomas Grey, "Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory", 63 *Southern California Law Review* 1569, 1591 (1990).

⁴³⁴ Jack Balkin, Stanford Levinson, "Law, Music, and Other Performing Arts", 139 *University of Pennsylvania Law Review* 1597 (1991).

⁴³⁵ Anne Bottomley et Nathan Moore, *City, Cinema, Control*, le livre n'est pas encore publié.

⁴³⁶ Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 237.

Richard Posner nomme Oliver Holmes en tant que pionnier de l'approche pragmatiste dans la jurisprudence. Au niveau philosophique le pragmatisme a été lancé par Charles Sanders Peirce, William James et John Dewey aux années 1860.⁴³⁷ Ses racines peuvent être prolongées jusqu'aux sophistes et à Aristote. Dewey appelait son pragmatisme l'« expérimentalisme ».⁴³⁸

Le néopragmatisme juridique a beaucoup de points communs avec les écd. Posner compare l'image traditionnelle de la juge à *Titan moral et intellectuel*,⁴³⁹ à *Moïse sécularisé*.⁴⁴⁰ Il appelle le droit la religion. Il écrit que Henry Hart de l'école du procès juridique et les autres représentantes du juridisme sont « naïves presque jusqu'au point de l'absence totale d'indice ». ⁴⁴¹ Posner se prononce en faveur de la recherche empirique et contre les *sylogismes mystifiants*.⁴⁴²

Mais le néopragmatisme conserve certains traits du juridisme et du projet reconstitutionnaliste. Premièrement, Posner insiste sur ce que la méthode d'interprétation cosmopolite, par exemple, quand une juge étatsunienne cite une juge européenne, est absolument inacceptable en raison des différences dans la culture, dans l'histoire et dans le contexte général, ainsi qu'en raison de l'impossibilité de connaître de manière adéquate la jurisprudence européenne.⁴⁴³ Deuxièmement, Posner croit qu'on peut distinguer de façon rationnelle une décision pragmatique d'une décision non-pragmatique. Par exemple, il dit que la décision de la Cour suprême d'autoriser le procès judiciaire contre Bill Clinton n'a pas été pragmatique puisque cette décision a paralysé la Maison Blanche. Au contraire, une académicienne républicaine pourrait dire facilement que cette décision a été pragmatique car il était nécessaire de freiner la politique de Clinton.⁴⁴⁴

⁴³⁷ *Ibid.*, p.23.

⁴³⁸ John Dewey, "Logical Method and Law", 10 *Cornell Law Quarterly* 17 (1924).

⁴³⁹ Richard Posner, "Foreword: A Political Court", 119 *Harvard Law Review* 63 (2005).

⁴⁴⁰ *Ibid.* p. 91.

⁴⁴¹ *Ibid.* p. 32.

⁴⁴² Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁴³ *Ibid.* p. 351.

⁴⁴⁴ Richard Posner, "Foreword: A Political Court", *op. cit.*, p. 92.

CHAPITRE 2. NOTIONS ACADÉMIQUES FONDANT LA CONCEPTION DU CHAMANISME JUDICIAIRE

Les notions basiques menant à la synthèse que j'appelle « chamanisme judiciaire » sont le complexe psychomental, la magie juridique, la mystique juridique, la mythologie juridique, la théologie juridique, la liturgie juridique, l'idolâtrie juridique, la religion civile, l'athéisme constitutionnel et la postité.

COMPLEXE PSYCHOMENTAL

L'anthropologue Sergey Shrokoroff, diplômé de la Sorbonne, a passé plusieurs années en habitant en Sibérie chez les evenkes. Ses recherches ont été financées encore par l'Empire russe. Après la Révolution soviétique il a émigré en Grande-Bretagne.

Il définit un complexe psychomental comme les réactions de nature relativement permanente et définitive, ainsi que les idées à la base de certaines attitudes mentales qui peuvent être vues comme un système théorique d'unité (ou même d'une personne).⁴⁴⁵

Shirokoroff critique la manière dont les européennes et en particulier l'anthropologie de l'époque victorienne « traduisent » les notions de telles ethnies comme les evenkes. La traduction d'un complexe psychomental en un autre doit faire attention aux chaînes de réflexes différentes que peut produire le même mot. Il faut toujours essayer de garder le sens que donne à une conception le complexe psychomental originel.⁴⁴⁶ Les complexes européen et evenk sont beaucoup plus proches que ce que les européennes le pensent en général. De plus, les complexes comme ce des evenkes doit être étudiés afin de mieux comprendre le fonctionnement du complexe européen. Georges Gurvitch arrive à la conclusion similaire en affirmant que l'esprit est un « symbole émotif-volitif », ce qui s'appelle « valeur » dans la philosophie moderne.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Shirokoroff, *Psychomental Complex*, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁴⁶ *Ibid.* p. 2.

⁴⁴⁷ Gurvitch, *La magie et le droit*, *op. cit.*, p. 11.

Les conflits ethniques autour de la question « qui est leader ici ? » se rencontrent assez souvent en Sibérie. Chaque nouveau leader apporte sa phraséologie, sa justification pour l'agression et sa nouvelle rationalisation.⁴⁴⁸ L'unité ethnique puissante croit habituellement en sa supériorité parfaite, en son « droit » de diriger les autres unités et de décider quand il est nécessaire de détruire les autres unités au nom du « progrès », de la « justice », du Dieu ou bien au nom d'autres justifications. Le choix de la justification dépend exclusivement du complexe psychomental dominant.⁴⁴⁹ Les sibériennes créent les esprits pour mieux s'adapter au milieu dans lequel elles habitent et pour définir leurs rapports avec leurs voisines.

Shirokogoroff décrit également les mandchoues qui ont une écriture bien développée. Leur différence avec les evenkes réside dans le qu'elles formalisent leurs pratiques chamaniques dans les textes. L'écriture fixe le chamanisme, lequel perd sa plasticité.⁴⁵⁰ La constitution des mandchoues s'appelle *Večeku čolo bitxe* ou un « livre avec la liste des esprits ». Pour cette raison, les mandchoues ont plus d'esprits que les evenkes car sans écriture ces dernières oublient leurs dieux les moins importants. Dans le complexe européen juridique, l'approche mandchoue est plus proche du positivisme et les pratiques evenkes sont plus proches de l'iusnaturalisme. John Finnis de l'école du droit naturel n'a que sept esprits principaux.

Quand les evenkes-nomades choisissent un lieu pour l'arrêt, elles disent que cet endroit est choisi puisqu' « il n'a pas de mauvais esprits » ce qui est, en fait, conceptualisé comme l'absence de vent, un lieu près de la rivière (mais pas trop) et une protection suffisante contre les bêtes sauvages. Le mot « esprit » est un raccourci (*shortcut*) pour la connaissance accumulée de la région.⁴⁵¹ Les tabous imposés par les esprits sur la chasse excessive sont plutôt de l'ordre des considérations économiques de la nécessité de préserver son exploitation.⁴⁵² Pour cette raison, l'évocation des esprits est équivalente à la rationalisation.⁴⁵³

⁴⁴⁸ Shirokogoroff, *Psychomental Complex*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴⁹ *Ibid.* p. 22.

⁴⁵⁰ *Ibid.* p. 116.

⁴⁵¹ *Ibid.* p. 88.

⁴⁵² *Ibid.* p. 90.

⁴⁵³ *Ibid.* p. 101.

Dans le chamanisme on retrouve la création permanente de nouveaux esprits ainsi que l'adaptation des esprits étrangers. Quand les soldats chinois ont apporté les maladies vénériennes, les evenkes ont créé les esprits des maladies vénériennes.⁴⁵⁴

Les evenkes intègrent dans leur chamanisme les esprits chinois, mandchous, dahurs, mongoles et russes⁴⁵⁵ mais souvent les mésinterprètent.⁴⁵⁶ Chaque fois qu'un evenk prend une femme d'une autre tribu, elle apporte ses esprits.⁴⁵⁷ Il reste quand même difficile de définir comment ce mécanisme fonctionne. Aucune chamane n'accepterait que cette pratique soit chaotique mais parfois un esprit étranger est admis et parfois il ne l'est pas. Les mandchous n'acceptent pas l'esprit chinois de commerce mais ont leur propre esprit d'or.⁴⁵⁸

Les evenkes ont intégré dans leur chamanisme St. Nicolas [la prononciation russe : Nikolaï ou Nikolaïouchka] de l'Église orthodoxe russe sous le nom « Nikola Ugodan Burkan ». St. Nicolas est normalement adoré par le subalterne russe. Il a pour mission la protection des gens pauvres contre le pouvoir.⁴⁵⁹ Autrement dit, St. Nicolas est l'esprit de gauche. Les nganasannes l'ont également intégré sous le nom « le cheval de fer Mikulushka, le dieu russe ». Bien évidemment que St. Nicolas est défini comme le dieu russe au lieu de Jésus-Christ car les evenkes et les nganasannes ont eu la majorité de leurs contacts avec la classe inférieure russe. Il est également appelé « cheval de fer » pour symboliser l'industrie et la technique occidentale. Comme le dit le chaman Tubyaku Kosterkin: « Le cheval de fer détermine ce que les milles des russes de fer font, il efforce le droit ». Dans les années 1980 ce chaman a expliqué que Mikulushka est « Lénine, Tout le Pouvoir Soviétique » et que la chamane est la représentante directe de Lénine. Mikulushka est également l'ancêtre de toutes les nganasannes.⁴⁶⁰

Les esprits sont créés pour renforcer une conception importante pour la société. L'Église orthodoxe catacombe russe a canonisé Nicolas II, le dernier tsar tué par les communistes, en 1928 ; l'Église

⁴⁵⁴ *Ibid.* p. 119.

⁴⁵⁵ *Ibid.* p. 285.

⁴⁵⁶ *Ibid.* p. 120.

⁴⁵⁷ *Ibid.* p. 151.

⁴⁵⁸ *Ibid.* p. 130.

⁴⁵⁹ *Ibid.* p. 157.

⁴⁶⁰ Aado Lintrop, The incantations of Tubyaku Kosterkin, <http://www.folklore.ee/Folklore/vol2/tubinc.htm>, 14 04 2010.

orthodoxe russe étrangère l'a canonisé en 1981 et en 2000 il a été proclamé saint par le patriarcat de Moscou. Mais les chamanes de Bouriatie l'adoraient déjà comme un dieu quand il était encore vivant.

L'échange chamanique des concepts est un phénomène global. Ché Guévara est sacralisé en Bolivie par les catholiques locaux en tant que St. Ernesto de La Higuera (San Ernesto de La Higuera. Ché aide les gens dans leurs travaux quotidiens, y compris dans la plantation agricole. Il peut également aider à retrouver une vache perdue. Remi Calzadilla habitant à Pucara témoigne que Ché l'a aidé à retrouver la capacité physique de marcher.

La canonisation de Ché a commencé presque immédiatement après son exécution. Les catholiques boliviennes remarquent la ressemblance extraordinaire de Ché et de Jésus-Christ : des yeux forts, une barbe, des cheveux longs⁴⁶¹ ; ce qui a bien évidemment une signification mythique.

Isabel Santos a produit le film « San Ernesto de La Higuera » qui a, ensuite, gagné le titre du meilleur documentaire court au Cinquième Festival International des Films sur les Droits de l'Homme. Aujourd'hui on trouve les images de Ché sur des murs avec Jésus-Christ, la Vierge Marie ou Jean-Paul II. Des centaines des catholiques font le pèlerinage à Higuera où le héros révolutionnaire a perdu la vie.

Dans certains cas les chamanes evenkes peuvent reconnaître l'équivalence des chamanes d'autres ethnies et leur transférer une partie de leurs fonctions. Par exemple, les evenkes ont abandonné les sacrifices réguliers pour les ancêtres puisque ces rituels étaient repris et bien conduits par l'Église orthodoxe russe.⁴⁶²

D'habitude, les evenkes ne nient pas la compétence des chamanes mandchoues à communiquer avec leurs esprits mais elles sont convaincues que les chamanes étrangères le feront de manière primitive et incohérente.⁴⁶³

⁴⁶¹ Jon Lee Anderson, *Che Guevara: A Revolutionary Life*, New York: Grove Press, p. 624, 1997.

⁴⁶² Shirokogoroff, *Psychomental Complex*, *op. cit.*, p. 225.

⁴⁶³ *Ibid.* p. 272.

En même temps, il y a un rejet permanent des esprits dans les situations où les chamanes découvrent que la conception représentée par l'esprit est erronée. Les evenkes explorent la réalité physique et corrigent leurs croyances spirituelles en fonction de leurs découvertes. Par exemple, les evenkes ne peuvent pas expliquer précisément quel est le rôle de l'esprit *Sou-scen-lao endur'i*. Il n'est adoré que par les vieux et la jeunesse considère que *Sou-scen-lao* est un marasme sénile. Shirokogoroff écrit que les evenkes acceptent les nouveaux esprits et abandonnent les anciens de la même façon que les occidentaux traitent leurs hypothèses. Pour cette raison il est impossible de dire combien d'esprits elles adorent : leur nombre, fonctions et caractères sont en évolution permanente.⁴⁶⁴

Il arrive que les evenkes ne croient pas elles-mêmes aux explications spirituelles qu'elles donnent. Par exemple, lorsqu'une demoiselle célibataire tombe enceinte : elles disent qu'elle a fait le bébé avec un esprit.⁴⁶⁵

Shirokogoroff remarque que dans certains cas les evenkes ne savent pas précisément à quels esprits elles vouent leurs sacrifices. Les tabous peuvent également survivre sans aucune explication ; cette explication existait probablement au début mais elle était ensuite tout simplement oubliée.⁴⁶⁶

Il y a des esprits qui ne comprennent pas la langue ordinaire et c'est pour cela qu'on doit s'adresser à eux dans une langue spirituelle. On trouve des cas où la chamane chante en employant les mots qu'elle a appris d'autres chamanes, mais souvent elle crée ses phrases spirituelles elle-même.⁴⁶⁷ Les mots chamaniques sont soit purement imaginaires, soit étrangers d'origine iakoute, mongole, mandchoue ou chinoise.⁴⁶⁸ En tout cas, la majorité de ces mots n'ont aucun sens.⁴⁶⁹ Souvent les chamanes essaient d'utiliser les mots anciens au lieu des contemporains puisque les esprits ne comprennent pas les expressions quotidiennes.⁴⁷⁰ De la même façon, actuellement l'Église orthodoxe russe ne s'adresse pas à Jésus-Christ en russe mais dans la langue slavonne qui a disparu

⁴⁶⁴ *Ibid.* p. 55.

⁴⁶⁵ *Ibid.* p. 179.

⁴⁶⁶ *Ibid.* p. 188.

⁴⁶⁷ *Ibid.* p. 203.

⁴⁶⁸ *Ibid.* p. 162.

⁴⁶⁹ *Ibid.* p. 204.

⁴⁷⁰ *Ibid.* p. 205.

des conversations ordinaires déjà au XII^e siècle et n'a jamais été parlé par les gens ordinaires en Russie.⁴⁷¹ La langue juridique se différencie également de la langue ordinaire. Comme le dit Fred Rodell, cette séparation linguistique ne trouve pas de justification fonctionnelle.⁴⁷² Autrement dit, il n'y a rien en quoi la langue juridique exprime mieux les faits que la langue vivante. En Brésil, il y avait même des tentatives de la part de *l'Associação dos Magistrados Brasileiros* pour le rapprochement du discours juridique avec la langue utilisée dans la vie quotidienne.⁴⁷³

Les evenkes distinguent aussi une sorte d'esprits sous la dénomination « arenki » - ces dernières sont tellement idiotes qu'aucune communication logique avec eux n'est possible.⁴⁷⁴

Les chamanes evenkes n'adorent pas les animaux biologiques. Leurs dieux sont les conceptions philosophiques, abstraites, transcendantales et supranaturelles. L'objet du culte est un animal idéal qui en fait n'existe pas dans la forêt.⁴⁷⁵ Shirokogoroff affirme que les européennes sont également animistes.⁴⁷⁶ En fait, l'esprit animiste est une idée-réaction de l'observateur. Quand Shirokogoroff a fait mine de penser qu'il croyait que les animaux biologiques influençaient la vie humaine, les evenkes ont commencé à rire de sa naïveté.⁴⁷⁷

Le tigre est un esprit d'intelligence. Cet esprit est créé sur la base d'observations empiriques de comment le tigre chasse les animaux.⁴⁷⁸ Il n'attaque les ours que par surprise. Le tigre est également un esprit de la famille car il ne laisse jamais ses enfants, mais leur apporte toujours la nourriture et protège le territoire sur lequel sa famille habite.⁴⁷⁹ Les idoles du tigre ne sont jamais réalistes. Ils représentent toujours un tigre stylisé, ou simulacrisé si nous employons le vocabulaire de Jean Baudrillard. Shirokogoroff dit que cela n'arrive pas en raison de l'incapacité des chamanes evenkes

⁴⁷¹ Vasily Kalugin, *Образование древнерусского извода церковнославянского языка*, <http://www.ruscenter.ru/737.html>, 14 04 2010.

⁴⁷² Rodell, "Goodbye to Law Reviews", *op. cit.*, p. 280.

⁴⁷³ Rafael Prince, thèse *A César o que é de Deus : magia, mito e sacralidade do direito*, Université de Sao Paulo, 2008, p. 18.

⁴⁷⁴ Shirokogoroff, *Psychomental Complex*, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁷⁵ *Ibid.* p. 18.

⁴⁷⁶ *Ibid.* pp. 50-51.

⁴⁷⁷ *Ibid.* p. 164.

⁴⁷⁸ *Ibid.* p. 77.

⁴⁷⁹ *Ibid.* p. 81.

à produire une image ressemblant davantage au tigre biologique mais au contraire. L'esprit du tigre ne reconnaîtrait pas l'idole-copie du tigre réel en tant que lieu où il pouvait habiter. Les evenkes croient profondément en leur supériorité par rapport à tous les animaux biologiques ou empiriques.⁴⁸⁰

En même temps, certains esprits deviennent vraiment complexes. Parfois il est difficile de dire si nous rencontrons un esprit indépendant ou s'il est juste une fonction d'un esprit supérieur.⁴⁸¹ Buya est l'esprit du monde, le plus grand, omnipotent et omniscient, responsable de l'existence et de la régulation de la vie. Mais la séparation entre Buya et les esprits inférieurs est chaotique et contradictoire.⁴⁸² Nous voyons la tendance similaire dans la jurisprudence européenne quand un principe général devient précisé en produisant un nombre de principes plus petits, quand la juge change le nom d'un principe juridique ou quand elle sépare un petit principe d'un plus grand pour le relier à un autre principe général.

Le bison dans le chamanisme maya n'est pas un animal empirique non plus. Il est plutôt un esprit de la sécurité sociale. Les mayas expliquent que le bison a beaucoup de viande et il partage sa viande avec les gens. Cela signifie que les riches doivent également partager avec les pauvres.⁴⁸³ Chez les lituaniens de l'époque préchrétienne, cet esprit est conceptualisé par le nom du dragon Vižūnas : quand une femme mourait, son âme devait se présenter devant la cour du Dieu du ciel. Pour ce faire, il faut monter sur la montagne Anafielas qui est extrêmement haute. Mais le projet alpiniste est rendu difficile en raison de l'obligation de porter sur ses épaules toutes les richesses de la vie terrestre. Si la riche était bonne et aidait les autres, les âmes de ces gens l'aidaient également à monter sur Anafielas. Mais si elle était avare, elle ne montait jamais sur la montagne. Dans ce cas Vižūnas la dépossède de toutes les richesses et les vents emportent cette âme mauvaise en enfer.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ *Ibid.* p. 165.

⁴⁸¹ *Ibid.* p. 131.

⁴⁸² *Ibid.* p. 122.

⁴⁸³ Мифология ацтеков и майя, <http://godsbay.ru/maya/index.html>, 14 04 2010.

⁴⁸⁴ N. Gol, F. Elojeva, D. Norin, E. Streltsova, *Мифологический бестиарий: от Алконоста до Ягила. Иллюстрированная энциклопедия фантастических существ, составленная по древним легендам, мифам и сказаниям народов всего мира*, Kaliningrad : Yantarny Skaz, 1999, p. 240. Disponible sur *Европейские и славянские драконы*, <http://dragonest.by.ru/def/europe.html>, 14 04 2010.

Les chamanes n'adorent pas non plus les objets empiriques. L'esprit du feu est la conceptualisation de la protection de la famille.⁴⁸⁵

Les sibériennes sont normalement d'accord concernant les esprits qui gèrent la société mais elles sont en conflits concernant leur interaction.⁴⁸⁶ Les evenkes ne classifient pas les esprits selon l'axe du bien et du mal.⁴⁸⁷ La classification se base sur la puissance de l'esprit, mais chaque clan a sa propre opinion sur ce sujet.⁴⁸⁸ Les conflits entre les esprits sont une pratique normale et permanente car souvent plusieurs êtres transcendants prétendent gérer la même question : il n'y a pas de division claire des compétences spirituelles.⁴⁸⁹ Pour définir l'état actuel de l'interaction, la chamane choisit une méthode particulière d'entrée en contact avec les esprits, après avoir d'abord considéré les circonstances en l'espèce.⁴⁹⁰

Une chamane ne peut pas mettre à la porte un esprit qui est venu pour participer au rituel tout simplement en raison de l'antipathie personnelle, sauf dans les cas où elle a une très grande expérience. Il est toujours plus facile de mettre dehors un esprit étranger ou un esprit d'un clan marginal.⁴⁹¹

La majorité des phénomènes chez les evenkes sont symbolisés comme des complexes simples ou élaborés d'esprits et de leur interaction. Shirokogoroff conclut que les grands systèmes philosophiques européens sont peu différents du chamanisme.⁴⁹²

Notre anthropologue se prononce contre les mots « magicienne », « guérisseuse » ou « sorcière » pour décrire la chamane puisque ces concepts sont des généralisations pseudo-scientifiques. Le chamanisme n'englobe pas la transformation des objets empiriques comme chez les magiciennes de Walt Disney. Shirokogoroff ne veut pas non plus identifier la chamane à la guérisseuse puisque,

⁴⁸⁵ Shirokogoroff, *Psychomental Complex*, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁸⁶ *Ibid.* p. 103.

⁴⁸⁷ *Ibid.* p. 121.

⁴⁸⁸ *Ibid.* p. 122.

⁴⁸⁹ *Ibid.* p. 127.

⁴⁹⁰ *Ibid.* p. 358.

⁴⁹¹ *Ibid.* p. 369.

⁴⁹² *Ibid.* p. 375.

d'abord, ses services médicaux donnent un résultat vérifiable et, qu'ensuite, ces activités ne sont pas principales. Le mot « sorcière » est rejeté car il a un sens négatif dans la conscience européenne. La chamane est plutôt une philosophe occidentale donnée du pouvoir.⁴⁹³ Par contre, j'utilise les concepts de la sorcière et de la bonne fée pour indiquer l'attitude politique des écd.

Sergey Shirokogoroff souligne qu'aucune académicienne européenne médiévale n'admettrait jamais qu'elle ne crée que du folklore. Elles étaient toutes convaincues qu'elles produisaient de la « théorie scientifique ». L'« économie » et la « philosophie » contemporaines constituent le folklore postmédiéval. La majorité de penseuses occidentales ne parlent pas moins qu'au nom du Dieu, de l'Éternité, de l'Esprit absolu, de la Vérité scientifique, de la Beauté, du Droit, etc. Les catholiques ont rejeté les histoires sur les naines et sur les fées en tant qu'idolâtrie païenne et comme folklore pour les remplacer par la Bible qui devait devenir un nouveau fait scientifique. Les evenkes et les mandchoues font également une distinction entre la « science » et les « histoires pour les femmes et pour les enfants ».⁴⁹⁴ Il est amusant de voir que l'Église catholique et la Sainte Inquisition n'ont jamais considéré le balai en tant que moyen de transport élitiste pour le Pape.

L'anthropologie classique qualifiait le fait que les evenkes « voient et entendent » les esprits comme une « psychose de masse ». Shirokogoroff ajoute que les « idées », les « mouvements progressifs », les « systèmes philosophiques », les « théories psychologiques à la mode » chez les occidentaux sont la même chose que les esprits sibériens.⁴⁹⁵ Plus tard Duncan Kennedy qualifiera les principes juridiques et les autres abstractions comme l'« État » d'hallucination collective.⁴⁹⁶

La situation économique des chamanes varie fortement d'une ethnie à l'autre. Chez les tchouktches, ce n'est pas une occupation qui donne un avantage financier extraordinaire, mais seulement le respect et parfois la gloire. En Alaska elles sont beaucoup plus riches. Actuellement, les salaires assez élevés sont probablement chez les chamanes de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, dans la civilisation classique des mayas elles étaient plus puissantes puisqu'elles pouvaient ordonner d'extirper le cœur frappant d'un corps vivant même d'un membre de la classe aristocratique.

⁴⁹³ *Ibid.* p. 275.

⁴⁹⁴ *Ibid.* p. 42.

⁴⁹⁵ *Ibid.* p. 266.

⁴⁹⁶ Duncan Kennedy, Peter Gabel, « Roll over Beethoven », *op. cit.*, p. 28.

AUTRES RÉFÉRENCES AU CHAMANISME

Les pas vers une reconceptualisation du droit en tant que forme contemporaine du chamanisme ont également été faits par les réalistes et par les postmodernistes. Fred Rodell a défini Le Droit comme le « mambo-jambo de haute classe ». ⁴⁹⁷ Il parle également de l'analogie entre la juriste contemporaine, le prêtre médiévale et la guérisseuse (*medicine-man*) de l'époque tribale. Selon lui, ce sont des formes de l'« autocratie pseudo-intellectuelle ». Rodell résume cela par la conclusion que les juges sont des « fournisseurs du vodou modernisé ». ⁴⁹⁸

Max Horkheimer et Theodor Adorno font également l'analogie entre les dieux et les démons de la guérisseuse et les conceptions juridiques qui protègent l'injustice sociale :

« In the enlightened world, mythology has entered into the profane. In its blank purity, the reality which has been cleansed of demons et their conceptual descendants assumes the numinous character which the ancient world attributed to demons. Under the title of brute facts, the social injustice from which they proceed is now as assuredly sacred a preserve as the medicine man was sacrosanct by reason of the protection of his gods. » ⁴⁹⁹

Le réaliste scandinave Alf Ross démontre que les concepts juridiques comme « propriété » ou « créance » sont ce que les habitantes des îles Noisulli appellent « tû-tû ». La tû-tû en soi sans contexte factuel ne représente rien du tout. Ross écrit que nous pouvons avec succès remplacer la plupart des concepts du droit par le concept de tû-tû ou bien par le concept de saucisse de Toulouse sans rien perdre au niveau empirique.

Claude Lévi-Strauss a comparé les simulacres contemporains aux signes totémiques. ⁵⁰⁰ En 1968 Jean Baudrillard commence à considérer la manipulation exercée avec des simulacres publicitaires

⁴⁹⁷ Rodell, "Goodbye to Law Reviews", *op. cit.*, p. 293.

⁴⁹⁸ Fred Rodell, *Woe unto you, Lawyers!*, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁹⁹ Theodor Adorno et Max Horkheimer. *Dialectic of Enlightenment*, trad. de J. Cumming, New York : Herder and Herder, 1972, p. 28.

⁵⁰⁰ Baudrillard, *Le système des objets*, *op. cit.*, p. 254.

ou plus précisément avec des symboles de l'aérodynamisme, de l'utilité et de l'automatisme comme un « rituel chamanique ».⁵⁰¹

Christopher Fairman de l'Université d'État d'Ohio qui a consacré sa recherche à la jurisprudence *fuck* note que le mot *fuck* « n'a pas de sens intrinsèque du tout ». Ce mot est un concept sans référence concrète. Il peut être un substantif (« *you are as lazy as fuck* ») ou la phrase fameuse du Président George Bush II : « *What gives a flying fuck?* »), un verbe (« *I'm fucked if I know* »), un adjectif (« *You think you are fucking smart* »), un adverbe (« *You know fucking well what I mean* »), une interjection (« *Oh, fuck* »). Ce mot devient la racine pour un grand nombre d'autres mots comme « *absofuckinglutely* ». Dans la majorité des cas d'usage de *fuck*, ce concept n'est pas lié aux relations sexuelles et n'a pas de sens concret. Le *fuck* peut être employé pour substituer le mot « Dieu » et le mot « enfer ». Fairman conclue que *fuck* est une « malédiction » contemporaine. Il soutient que les pratiques régulatrices doivent être adaptées à la complexité de ce concept.⁵⁰² En effet, *fuck* pourrait aussi être facilement remplacé par tû-tû sans perdre de son sens, sauf que tû-tû n'a pas une telle publicité et un tel rôle dans notre culture. Fairman emploie également le mot « oracles » pour référer à des juges.

Toutes ces approches démystificatrices perdent en partie leur caractère innovateur si nous nous tournons vers Charles de Montesquieu qui a conceptualisé l' « esprit des lois » déjà en 1748⁵⁰³ et aussi vers William Blackstone qui a écrit dans les années 60 du 18^e siècle que les juges devaient ressembler aux « oracles vivantes » ou aux chamanes grecques afin de justifier le juridisme :

“As to general customs, or the common law, properly so called, this is that law, by which proceedings et determinations in the King's ordinary courts of justice are guided et directed. ... How are these customs or maxims to be known, et by whom is their validity to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the laws; the

⁵⁰¹ *Ibid.* p. 78.

⁵⁰² Christopher Fairman, “Fuck”, 59 *Public Law and Legal Theory – Ohio State University Moritz College of Law* 11 (2006).

⁵⁰³ Charles de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, rééd., Paris : Gallimard, 1995 (1758).

living oracles, who must decide in all cases of doubt, et who are bound by an oath to decide according to the law of the Land.”⁵⁰⁴

MAGIE JURIDIQUE

Comme nous l’avons vu, Shirokogoroff préfère ne pas assimiler le chamanisme à la magie. Il traite la « magie » de généralisation pseudo-scientifique. Je serais également contre une telle démarche analytique. Le mot « magie » souligne la transformation des choses empiriques sur la base du rien. Dans le cas de la magie, la magicienne gouverne les miracles. La magie ne demande pas une fidélité religieuse. Par contre, le mot « chamanisme » lie cette transformation à la croyance aux esprits ou au Droit. En tout cas, c’est ce que les chamanes déclarent. Les chamanes peuvent donner des ordres aux esprits mais dans la majorité des cas elles sont soumises et obéissent à leur volonté. Néanmoins, il est fort nécessaire de connaître les approches diverses de la magie juridique.

De plus, si votre « abracadabra » ou « hocus-pocus » ne fonctionne pas, vous n’êtes pas une magicienne. Tandis que si votre esprit-protecteur est battu par un esprit plus fort devant la chamane, vous restez quand même un membre de la tribu chamanique.

En même temps, il est difficile de dire exactement comment les juristes occidentaux ont conceptualisé le mot « magie » puisque Bronislaw Malinowski, qui travaillait dans le début du XX^e siècle, appelle les chamanes des îles Trobriand des magiciennes. Donc dans le cas où Malinowski a influencé les comparaisons du droit à la magie, cette démarche académique se rapproche plus de la compréhension du droit comme le chamanisme. George Gurvitch de la Sorbonne également parle de la magie comme du chamanisme. Mais dans l’hypothèse où les théoriciennes de la magie juridique, ensemble ou séparément, employaient le mot « magie » en l’associant à des magiciennes de cirque, cette démarche s’éloigne de notre perspective.

Il faut distinguer quatre approches à la magie juridique : la pensée préréaliste, les réalistes, les crites et le refondement postréaliste.

⁵⁰⁴ St. George Tucker, *Blackstone’s commentaries : with notes of reference to the constitution and laws, of the federal government of the United States, and of the Commonwealth of Virginia : with an appendix to each volume, containing short tracts upon such subjects as appeared necessary to form a connected view of the laws of Virginia as a member of the federal union*, vol. 2, Union, N.J. : Lawbook Exchange, 1996, p. 69.

Les juristes étatsuniennes préréalistes ont commencé à comparer les arguments avec lesquels elles étaient en désaccord à la magie déjà en 1799. L'arrêt *Sims Leffe c. Irvine* contient la phrase « il n'y a aucune magie dans la description du patent ». ⁵⁰⁵ Le problème est lié à la décision de transférer la terre du gouvernement aux colonisatrices en rejetant l'obligation de la documentation en tant que *sine qua non* de la propriété juridique. Le mot « magie » apparaît ensuite dans la jurisprudence étatsunienne en 1827, en 1898 dans l'arrêt *Shaw c. Kellogg* ⁵⁰⁶, en 1914.

Chez les préréalistes la magie est considérée comme quelque chose de négatif qui peut être résolu par la raison. Le phénomène est opérationnalisé comme une attaque judiciaire partielle et artificielle contre une certaine croyance de certaines juristes, mais il n'y a pas de critère commun pour *objectiviser* la vision de la partie perdante.

Georges Gurvitch qui doit être considéré comme un réaliste français pour son approche critique et son influence sur Roscoe Pound, cherche le début du droit dans la magie. Il analyse les sociétés archaïques et l'État romain. Sa conclusion est que le droit romain et surtout ses aspects logiquement injustifiables fonctionnaient comme une forme de magie. ⁵⁰⁷ Il écrit que le pouvoir politico-sacerdotal-familial du clan, qui précède l'État, a été, sans conteste, fondé sur la religion. ⁵⁰⁸

La vision réaliste scandinave se développe également sur la base de la recherche historique. Axel Hägerström s'intéresse aux racines du Droit chez les romaines. Elles croyaient que leur système juridique était composé de pouvoirs magiques qui pouvaient être utilisés afin de produire des résultats dans le monde empirique. La performance de l'acte formel de *Mancipatio* afin de transférer juridiquement la propriété devait transférer en plus le pouvoir magique du propriétaire. ⁵⁰⁹ Pierre Legendre remarque que les Douze tables romaines créées autour de 450 av. J.-C. ont été formulées comme vouant les contrevenants à la malédiction. Par exemple, « patronus si clienti

⁵⁰⁵ *Sims Leffe c. Irvine*, 3 U.S. 425, 454 (1799). <http://openjurist.org/3/us/425/sims-leffe-v-irvine>

⁵⁰⁶ *Shaw c. Kellogg*, 170 U.S. 312, 341 (1898).

⁵⁰⁷ Gurvitch, *La magie et le droit*, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁰⁸ *Ibid.* p. 102.

⁵⁰⁹ Axel Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1953, p. 348.

fraudem fecerit, sacer esto »), ce qui se traduit par « si un client trompe son patron, qu'il soit maudit ».⁵¹⁰

Karl Olivecrona continue en indiquant que la foi dans les droits subjectifs est dérivée de la foi dans la magie. Selon lui, la magie est l'objectivisation des sentiments.⁵¹¹ Pour Alf Ross, les droits subjectifs sont une expression du pouvoir mystique et invisible. Ils doivent être compris comme la rationalisation du sentiment de pouvoir. Le droit de propriété, tout comme les autres droits, n'a pas de référence sémantique.⁵¹²

Les réalistes scandinaves remontent donc aux racines du droit pour démontrer ses origines magiques et expliquer le sentiment psychologique des droits subjectifs.

John Austin doit être mentionné comme l'un des premières théoriciennes qui ont abordé la magie juridique. Il appelle la considération affirmant que les juges ne font pas la loi et présupposant que toutes les décisions sont « quelque chose de miraculeux fait par personne », est un « fantasme enfantin » (*childish fiction*).⁵¹³ Fred Rodell rejoint la vision de Charles Macklin déjà exprimée au XVIII^e siècle à savoir que le droit est une sorte de la science hocus-pocus.⁵¹⁴

Le réaliste étatsunien Leon Green se prononce contre le rôle majeur que jouent les mots sacrés, les mots tabous et les mots magiques dans le droit.⁵¹⁵ Il caractérise le procès judiciaire comme un rituel des mots. Joseph C. Hutcheson emploie le concept de la logomancie pour expliquer ce qui se passe devant la cour. La logomancie est une école de magie qui étudie les mots magiques, leur signification transcendantale et leur sens propre.⁵¹⁶

⁵¹⁰ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, op. cit., p.132.

⁵¹¹ Karl Olivecrona, 'Legal Language and Reality', dans Ralph A. Newman (dir.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis: Bobbs-Merrill Co., 1962, p. 168.

⁵¹² Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen : E. Munksgaard, 1946, p. 189.

⁵¹³ John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, New York : Columbia University Press, 1909, p. 209.

⁵¹⁴ Rodell, *Woe Unto You, Lawyers!*, op. cit., p. 7.

⁵¹⁵ Leon Green, „The Duty Problem in Negligence“, 28 *Columbia Law Review* 1014, 1016 (1928).

⁵¹⁶ Joseph C. Hutcheson, « The Judgment Intuitive : The Function of the « Hunch » in Judicial Decision », 14 *Cornell Law Quarterly* 274 (1929).

Felix Cohen parle de la « chosification magique » qui est la manipulation des phrases conventionnelles par les juges afin de donner une signification arbitraire à des abstractions et à des entités irréelles. Devant la cour, les États et les corporations deviennent chosifiés en êtres vivants qui prennent des décisions et agissent comme une personne mortelle.⁵¹⁷ Selon Felix Cohen les « problèmes juridiques » sont artificiellement créés pour marginaliser l'attention à l'analyse morale et pratique et peuvent facilement être résolus par la manipulation de mots solutionnant magiques (*magic solving words*) de la jurisprudence traditionnelle tels que la « corporation », les « droits de propriété », la « valeur honnête », le « droit à un procès équitable », le « droit », le « contrat ».⁵¹⁸ Il redéfinit la jurisprudence mécanique en tant que magie juridique et jonglerie des mots.⁵¹⁹ Fred Rodell⁵²⁰ et Pierre Legendre⁵²¹ parlent de l'abracadabra juridique. Rodell qualifie les meilleurs licenciés en droit qui vont travailler à New York de jeunes artistes du hocus-pocus.⁵²² Felix Cohen critique le fait que les cours délèguent leur responsabilité morale au monde-fantôme des entités supranaturelles juridiques.⁵²³ S. B. Russell va dans la même direction en appelant la méthode philosophique la ménagerie inutile des monstres métaphysiques.⁵²⁴

Les crites reprennent tout le patrimoine du réalisme étatsunien mais vont plus loin en s'abstenant de créer les projets refondateurs. Ici, il n'y a plus la croyance en l'analyse morale et pratique qui existe encore chez Cohen. Robert Gordon parlera de la magie puissante idéologique de la structure juridique qui donne au patron le « droit » de l'« employeur » et du « propriétaire », et à la travailleuse les « responsabilités » d'une « employée » et « invitée » sur la « propriété du maître ».⁵²⁵ Lior Barshak appelle les livres juridiques les « livres de magie ».⁵²⁶ Roberto Unger

⁵¹⁷ Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Columbia Law Review* 811 (1935).

⁵¹⁸ *Ibid.* 820.

⁵¹⁹ Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Columbia Law Review* 821-824 (1935).

⁵²⁰ Rodell, *Woe Unto You, Lawyers!*, *op. cit.*, p. 131.

⁵²¹ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. 47.

⁵²² Rodell, *Woe Unto You, Lawyers!*, *op. cit.*, pp. 159-161.

⁵²³ Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Columbia Law Review* 827-830 (1935).

⁵²⁴ Bertrand Russell, *Mysticism and Logic*, London: Longmans, Green, 1918, p. 155.

⁵²⁵ Gordon, "Some Critical Theories of Law and their Critics", *op. cit.*

⁵²⁶ Lior Barshack, "Between Ritual and Theatre: Judicial Performance as Paradox" dans Oren Perez, Gunther Tuebner (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 145.

utilise le mot hocus-pocus pour décrire comment les écoles juridiques des droits et des principes produisent les conclusions judiciaires.⁵²⁷

Finalement, on retrouve la tentation du refondement postréaliste de l'objectivisme dans la pensée juridique magique chez Jessie Allen. Elle soutient que, contrairement aux hypothèses de l'anthropologie de l'époque victorienne, la magie chez les aborigènes est toujours liée à la connaissance technique de la matière et à des observations du monde physique. Pour cette raison elle est d'accord avec les réalistes étatsuniennes et les crites quand elles disent que le droit fonctionne comme la magie mais s'en éloigne en affirmant que la magie est bien compatible avec la rationalité.⁵²⁸

Elle distingue cinq techniques de magie juridique⁵²⁹ ou, autrement dit, cinq similarités entre les pratiques juridiques et la magie :

- 1) Performance prescrivante (*enacting performance*). Pour transformer la réalité, la magicienne doit apparaître personnellement.
- 2) Formalité élevée. Les procédures sont strictement formalisées par rapport aux actions et à la parole ordinaires. Le rituel a un cadre dans le temps et dans l'espace. Si un argument est fait en un moment inapproprié ou dans un endroit hors de la cour, il n'est pas valide.
- 3) Performativité. Le rituel judiciaire ne décrit pas ou ne prédit pas tout simplement un changement, mais il le conduit.
- 4) Jeu temporel. Les magiciennes se réfèrent aux ancêtres et les juges aux législatrices. Elles voyagent dans le temps.
- 5) Analogie transformative. Les magiciennes des îles Trobriand utilisent les ténèbres et la pierre volcanique binabina afin d'introduire l'endurance et la stabilité dans la tribu. Comme le remarque Michelle Rosaldo, l'effectivité des jeux magiques dépend de leur habilité à mobiliser les images en provenance des divers domaines

⁵²⁷ Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, p. 13.

⁵²⁸ Jessie Allen, "A Theory of Adjudication : Law as Magic", 41 *Suffolk University Law Review* 843 (2008).

⁵²⁹ *Ibid.* pp. 753-775.

d'expérience et puis à les regrouper dans les termes d'un cadre limité aux thèmes désirables.⁵³⁰

Allen continue en écrivant que, par exemple, les termes « compétence » (« *privity* ») et « protection égale », tout comme les termes magiques des trobriandiennes, évoquent pour les praticiennes non seulement les concepts abstraits sur les droits et sur les responsabilités mais aussi les riches récits contextuels qui englobent les arrêts, les décisions et les conflits au moyen desquels ces concepts juridiques ont été développés. Les anthropologues de l'époque victorienne théorisaient la magie comme une phase primitive d'évolution qui est logiquement et chronologiquement antérieure au raisonnement scientifique. Allen critique ce point de vue pris, selon elle, par les réalistes, en affirmant que la magie juridique peut être rationnelle.⁵³¹ Par ailleurs, il est amusant de remarquer que dans la vision de William Fisher, Morton Hortwitz et Thomas Reed le réalisme juridique du début du 20^e siècle se fonde exactement sur l'apprentissage par les jeunes académiciennes de l'abandon de l'approche classique (victorienne) dans le domaine de l'anthropologie.⁵³² Je préfère laisser cette question ouverte.

Allen a calculé que Westlaw donne 7837 articles académiques écrits entre 1945 et 2005 mentionnant les notions de « mots magiques » ou de raisonnement « talismanique ».

MYSTIQUE JURIDIQUE

La mystique juridique doit être séparée et considérée comme un domaine spécial de notre approche. Le mot « mystique » vient du grec *μῦα* *muaô* qui signifie « se taire », « être silencieux ». C'est le caractère du chamanisme judiciaire qui consiste en l'exigence de sentir Le Droit, d'accepter certaines conclusions judiciaires sans trop se poser de questions car l'incompréhension est plutôt une tragédie personnelle que judiciaire. Le juridisme exige d'être silencieuse devant la sacralité juridique.

⁵³⁰ Michelle Z. Rosaldo, „It's All Uphill: The Creative Metaphors of Llongot Magical Spells“, in M. Sancher, D. Blount (dir.), *Sociocultural Dimensions of Language Use*, New York: Academic Press, 1975, p. 177.

⁵³¹ Allen, „Law as Magic“, *op. cit.*, p. 843.

⁵³² Edward A. Purcell, Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, Lexington : University Press of Kentucky, 1973, pp. 74-94.

Thurman Arnold dit que les traditions étatsuniennes donnent une signification mystique à la « règle du droit » (« *rule of law* »)⁵³³. Fred Rodell appelle la jurisprudence ainsi que les articles académiques juridiques des mystères mal dégrossis (*home-made mysteries*). Il n'a aucun enthousiasme quant aux efforts à faire pour comprendre et pour résoudre ces mystères. Une telle activité consomme trop de temps et d'énergie et est, de plus, inutile.⁵³⁴

Jacques Derrida affirme que le droit n'a pas de fondation logique mais elle est mystique. Le pouvoir d'État qui vient de s'établir n'est basé que sur la violence, mais il est impossible de dire si cette violence est juste ou non, licite ou illicite.⁵³⁵ Plutôt ni l'un, ni l'autre. Chaque discours justificatif qui se pose en métalangue pour solutionner les conflits sur ce qui est exigé par le droit ou par la justice a de grandes chances de déboucher sur une impossibilité à expliquer, sur une impasse de raisonnement ou, autrement dit, sur la silence, sur la limite mystique.⁵³⁶

Lior Barshak compare les juges aux autres gens sacrés : les saintes, les reines divines. Elles sont toutes caractérisées par la *non-parole* (*non-speech*). Pour garder la distance, la gloire et pour ne pas compromettre la sagesse de la personne sacrée, il est conseillé qu'elle ne parle pas trop. Par exemple, les empereurs japonais ne parlaient pas en public pendant des centaines d'années.⁵³⁷ Richard Posner approche également cette problématique par la remarque que le secret des délibérations judiciaires est un exemple de mystification professionnelle.⁵³⁸ Allen retrouve d'autres exemples de la mystique juridique : la télévision et les caméras sont interdites dans les cours fédérales des Etats-Unis. Les visiteurs de la Cour suprême ne sont même pas autorisés à prendre les notes.

À propos, j'ai déposé un jour, sur demande de ma cliente, un dictaphone dans la salle de délibération d'une cour suprême européenne. Les juges ont discuté de questions qui n'étaient pas

⁵³³ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers – A Reply to Dean Goodrich”, 84 *University of Pennsylvania Law Review* 817 (1936).

⁵³⁴ Rodell, “Goodbye to Law Reviews”, *op. cit.*, p. 284.

⁵³⁵ Jacques Derrida, “Force of Law: The Mystical Foundation of Authority”, *op. cit.*, p. 928.

⁵³⁶ *Ibid.* p. 932.

⁵³⁷ Lior Barshak, “The Totemic Authority of the Court”, 11 *Law and Critique* 308 (2000).

⁵³⁸ Richard Posner, « A Political Court Foreward », *op. cit.*, p. 62.

soulevées en présence de ma cliente : elle a donc perdu la possibilité de présenter son point de vue. La mystique réduit la transparence et, donc, je dirais qu'elle n'est pas une bonne chose.

MYTHOLOGIE JURIDIQUE

L'idée de comparer le discours juridique à la mythologie est également comme toujours proposée par les réalistes du début du XX^e siècle.

Underhill Moore, en niant la possibilité de découvrir les ultimes de l'expérience humaine, les nomme fantômes.⁵³⁹ Ensuite, Jerome Frank introduit la notion du mythe juridique en 1930.⁵⁴⁰ Plus tard, Felix Cohen écrira que la définition du droit demi-mortel et demi-divin chez William Blackstone nous donne un concept mythique du contrat.⁵⁴¹

Horkheimer et Adorno écrivent que le monde éclairé est basé sur la mythologie de la même façon que la société médiévale. Les descendantes conceptuelles des anciennes démons renforcent l'injustice sociale qui devient alors sacralisée et protégée par les déesses contemporaines.⁵⁴²

Jean Baudrillard consacre sa recherche à la mythologie sociale.⁵⁴³ Les créatrices de publicité, les politiciennes, etc. mythologisent leurs produits : tous les appareils électroniques sont présentés comme fonctionnels, tous les régimes politiques sont présentés comme démocratiques.⁵⁴⁴ Les voitures se transforment en femmes et le briquand devient une représentante de la mer pour se vendre.⁵⁴⁵

⁵³⁹ Underhill Moore, "Rational Basis of Legal Institutions", *op. cit.*, p. 612.

⁵⁴⁰ Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁴¹ Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Columbia Law Review* 838-849 (1935).

⁵⁴² Theodor Adorno et Max Horkheimer. *Dialectic of Enlightenment*, trad. de J. Cumming, New York : Herder and Herder, 1972, p. 28.

⁵⁴³ Baudrillard, *Le système des objets*, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 89.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, pp. 82, 98.

Gary Peller développe cette approche. Selon lui, la pensée juridique étatsunienne institutionnalise une structure des mythes particulière pour représenter le monde social. La structure est caractérisée par le mythe de la distinction entre le subjectif et l'objectif, entre le droit et la politique, entre la raison et la passion, et par le mythe de la présence métaphysique de toutes ces entités spirituelles (ces concepts juridiques).⁵⁴⁶

THÉOLOGIE JURIDIQUE

La notion de théologie juridique est introduite surtout pour critiquer la présentation et la perception du droit dans la société, mais dans ma recherche elle est peut-être plus indispensable afin d'analyser ce que font les juristes du milieu universitaire. Il y a des prêtres qui font la religion et il y a des théologiens qui font la science sur ce que les prêtres font.

Pour mieux comprendre le concept de la théologie juridique, nous allons répondre aux questions suivantes : qui est le Dieu ? Qui sont les juges ? Qu'est-ce que le livre saint ? Qui sont les professeurs du droit ? Quel est le rôle de la notion de la théologie juridique dans la critique des techniques classiques du raisonnement?

1) Qui est le Dieu ? Roscoe Pound remarque que les académiciens présentent la propriété comme étant d'origines divines.⁵⁴⁷ Jerome Frank écrit que les juges adorent de manière excessive l'idéologie de *laissez-faire*.⁵⁴⁸ Carl Schmitt dans son ouvrage *Politische Theologie* dit que, dans la société contemporaine, le Dieu religieux devient État-souverain-juge. Il affirme que « Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés ».⁵⁴⁹ Selon Jacques Derrida, la nature du logos est théologique et toutes les logocentrismes infinistes sont

⁵⁴⁶ Gary Peller, "The Metaphysics of American Law", 73 *California Law Review* 1151 (1985).

⁵⁴⁷ Roscoe Pound, "Liberty of Contract", 18 *Yale Law Journal* 460 (1909).

⁵⁴⁸ Opinion dissidente du juge Jerome Frank dans l'affaire *M. Witmark & Sons c. Fred Fisher Music Co*, 125 F.2d 949 (Cour d'Appel du 2^e arrondissement).

⁵⁴⁹ Carl Schmitt, *Political Theology : Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, *op. cit.*

des théologies.⁵⁵⁰ Michael J. Perry⁵⁵¹ et David Kennedy⁵⁵² déterminent les droits de l'homme comme les dieux.

Donc nous retrouvons quatre objets du culte ou quatre groupes des dieux : les concepts en tant que tels, les logocentrismes dans sa globalité, les projets politiques comme *laissez-faire* et les droits de l'homme.

2) Qui sont les juges ? William Blackstone,⁵⁵³ Oliver W. Holmes⁵⁵⁴ et puis Legendre⁵⁵⁵ les définissent comme des oracles. Thurman Arnold les appelle des « prêtres ». ⁵⁵⁶ Moi, j'opte pour le mot « chamane ».

3) Qu'est-ce que le livre sainte ? Roscoe Pound écrit que nous commençons à considérer nos textes juridiques comme, par exemple, le 14^e amendement à la Constitution étatsunienne de la même façon que les lois saints de Manu, de Zarathoustra ou de Moïse.⁵⁵⁷ Il ajoute que la conviction des juristes du XIX^e siècle dans le fait que les pratiques régulatrices doivent être en mouvement vers l'idéal de laissez-faire était aussi forte que la croyance en Evangile.⁵⁵⁸ Thurman Arnold se réfère aux arrêts précédents comme à la Bible.⁵⁵⁹ Par ailleurs, pour Duncan Kennedy, la Bible est plutôt la Constitution.⁵⁶⁰

⁵⁵⁰ Derrida, *De la grammatologie*, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁵¹ Michael J. Perry, *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 104.

⁵⁵² David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue...*, *op. cit.*, p. xviii.

⁵⁵³ St. George Tucker, *Blackstone's commentaries : with notes of reference to the constitution and laws, of the federal government of the United States, and of the Commonwealth of Virginia : with an appendix to each volume, containing short tracts upon such subjects as appeared necessary to form a connected view of the laws of Virginia as a member of the federal union*, vol. 2, Union, N.J. : Lawbook Exchange, 1996, p. 69.

⁵⁵⁴ Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

⁵⁵⁵ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. 110

⁵⁵⁶ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers – A Reply to Dean Goodrich”, 84 *University of Pennsylvania Law Review* 815 (1936).

⁵⁵⁷ Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 44 *American Law Review* 36 (1910).

⁵⁵⁸ Opinion dissedante du juge Jerome Frank dans l'affaire *M. Witmark & Sons c. Fred Fisher Music Co*, 125 F.2d 949 (Cour d'Appel du 2e arrondissement).

⁵⁵⁹ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers”, *op. cit.*, pp. 817-824.

⁵⁶⁰ Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," *op. cit.*, pp. 909-910.

Jacques Derrida donne une analyse générale de l'écriture : celle-ci a la fonction de participation à un secret quasi-religieux et de hiérarchisation.⁵⁶¹ Déjà Lévi-Strauss écrivait que l'écriture est une force mystificatrice et un instrument consolidant le pouvoir d'une classe ou d'un État.⁵⁶²

Comme nous le voyons, le concept de livre saint est attaché soit aux textes juridiques, soit à un projet politique. De même, Lévi-Strauss considère des « pointillés » et des « zigzags » sur les amulettes des Nambikwara comme le début de l'écriture.⁵⁶³ Pour cette raison peut-être j'appellerai les textes juridiques « amulettes ».

4) Qui sont les professeurs du droit et autres juristes ? Roscoe Pound emploie la notion de moine juridique pour définir les juristes qui ne voient que les textes juridiques, que des ordonnances rigides et rien d'autre,⁵⁶⁴ ce qui chez nous est englobé sous le nom de zombie juridique. Oliver W. Holmes dit que Christopher Langdell qui travaillait sur la création « scientifique » du système cohérent des axiomes juridiques fixés était « le plus grand théologien juridique vivant ».⁵⁶⁵ Plus tard, Felix Cohen définira le travail de l'Institut du droit américain comme le refondement des dogmes de la théologie juridique⁵⁶⁶ et Thurman Arnold ajoutera que les juristes de cette institution sont des théologiens qui essaient de déterrer des vérités dans la Bible au moyen de la lumière de la raison pure.⁵⁶⁷ La reconstitution du droit étatsunien a commencé à l'université de Harvard en 1923 ; c'est pour cela que ce dernier donne à cette école le nom de « haute église de théologie juridique abstraite ».⁵⁶⁸

⁵⁶¹ Derrida, *De la grammatologie*, op. cit., p. 184.

⁵⁶² C. Lévi-Strauss, « Leçon d'écriture », chap. XXVIII, *Tristes tropiques*, Paris : Plon, 1955, p. 337-349.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 44 *American Law Review* 36 (1910).

⁵⁶⁵ Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 37.

⁵⁶⁶ Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Columbia Law Review* 827 (1935).

⁵⁶⁷ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers – A Reply to Dean Goodrich”, 84 *University of Pennsylvania Law Review* 811-815 (1936).

⁵⁶⁸ Thurman Arnold, *Fair Nights and Foul*, New York: Harcourt, Brace & World, 1965, p. 58.

Arnold parle de deux types de théoriciennes et de science juridique : les prêtres qui font la science du droit et les observatrices qui s'occupent de la science sur le droit.⁵⁶⁹ Il ne pense pas qu'un évêque puisse écrire une histoire objective de l'Église.⁵⁷⁰

Roberto Unger se réfère également aux professeurs de droit en tant que prêtres et à la place du professeur dans un amphithéâtre universitaire en tant qu'autel.⁵⁷¹

5) Quel est le rôle de la notion de théologie juridique dans la critique des techniques classiques du raisonnement? Roscoe Pound emploie cette notion plutôt pour démontrer qu'il y a un autre monde hors de l'Église et que les juges doivent le prendre en considération. Felix Cohen compare la question « qu'est-ce que la juge doit faire ? » à la solution des problèmes moraux donnée par la moralité de l'école de dimanche⁵⁷² pour nous faire mieux sentir la responsabilité personnelle de la juge et la nature non-contraignante des concepts juridiques dans ces impasses d'indécisionnabilité. Arnold rejette l'approche de la « raison pure » des théologiens qui cherchent les réponses dans des textes sacrés.⁵⁷³

LITURGIE JURIDIQUE

Rafael Prince apporte la contribution en séparant les études de la liturgie (*lex orati*, la loi de la prière) et les études de la théologie (*lex credendi*, la loi de la foi). Selon lui, la théologie juridique examine quels esprits chamaniques existent alors que la liturgie juridique est l'étude de l'interaction entre ces esprits face à la chamane, et des moyens pouvant être mis en jeu par les parties pour conduire et pour influencer la lutte spirituelle pendant le rituel. Prince conclut que la recherche sur les techniques chamaniques d'entrée en contact avec les esprits est une étude appartenant à la liturgie.⁵⁷⁴

⁵⁶⁹ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers...”, *op. cit.*, p. 811.

⁵⁷⁰ *Ibid.* p. 812.

⁵⁷¹ Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁷² Felix Cohen, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, 35 *Columbia Law Review* 839 (1935).

⁵⁷³ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers...”, *op. cit.*, p. 811-815.

⁵⁷⁴ Prince, *A César o que é de Deus : magia, mito e sacralidade do direito*, *op. cit.*, pp. 32-34.

APPROCHES PSYCHOLOGIQUES À LA SACRALITÉ DU DROIT

Selon la théorie du développement cognitif de Jean Piaget, les enfants entre 2 et 7 ans ou pendant la période pré-opérationnelle sont caractérisés par la pensée animiste. Ils projettent que tous les objets ou êtres, vivants ou non, pensent de la même façon qu'eux. Ils croient que les objets ressentent et sont animés par un esprit et motivés par un but. Normalement, ce mode de pensée est abandonné vers 12 ans, mais tous les enfants ne réussissent pas à faire cette transition.⁵⁷⁵

Cette théorie est reprise par Jerome Frank qui attache l'étiquette du « goût de la magie enfantine » à la croyance qu'un changement formel peut améliorer la prise de décisions judiciaires. Ce sont surtout les enfants qui croient qu'il est possible de conquérir l'environnement en employant des formules et mots-clés sans un effort substantiel.⁵⁷⁶ Mais il va encore plus loin en cherchant les raisons de la pensée dogmatique dans l'enfance. Le grand péché de la paternité est le piège de patronage où elles emprisonnent les enfants : elles prolongent la petite enfance au détriment du développement. Au niveau subconscient, les enfants commencent à considérer les vérités parentales comme sacrées et cette adoration du père est paralysante. Plus tard le droit deviendra un substitut proche du père.⁵⁷⁷ La création de mythes et les mensonges parentaux doivent être abandonnés. Dans le discours juridique contemporain, tels sont l'histoire du Père Noël sur la certitude juridique complète, le conte de fée sur le pot du droit d'or qui existe déjà et qu'une bonne juriste peut trouver, les légendes de Peter Pan sur la chasse juridique heureuse dans le pays des absolus juridiques.⁵⁷⁸

Pierre Legendre écrit de la même façon : les juristes sont totémistes et ont un culte du Père des lois.⁵⁷⁹ De plus, le titre « Père des lois » était utilisé pour se référer à l'empereur Justinien.⁵⁸⁰

En élargissant la théorie de Piaget, Donald Watson, psychiatre de Californie, caractérise la pensée juridique classique par la mentalité juridique-religieuse. Elle contient les éléments principaux

⁵⁷⁵ Donald Watson, "If Demons are Real, They're Allergic to Neuroleptics", *Psychiatric Times*, 3/12/1987. Voyez également Jean Piaget, *The Child's Conception of the World*, trad. de Joan Tomlinson et de Etrew Tomlinson, : Patterson, NJ: Littlefield, 1960, p. 389.

⁵⁷⁶ Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2009 (1930), p. 159.

⁵⁷⁷ *Ibid.* p. 243.

⁵⁷⁸ *Ibid.* p. 244.

⁵⁷⁹ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. xii.

⁵⁸⁰ *Ibid.* p. 239.

suivants : l'étiquetage animiste, la certitude autiste et la pensée concrète. L'étiquetage animiste est la classification d'un phénomène entier par une notion simpliste et dogmatique. Les croyances animistes contemporaines embuent les schizophrènes, la cocaïne et le communisme par des mauvais esprits ou par des démons.⁵⁸¹

La certitude autiste ne disparaît pas chez les adultes car c'est un procès de la référence à soi-même : « Je ne croirai pas en quelque chose d'irréel. Je crois aux démons, donc elles doivent être réelles ». Cette forme de certitude facilite l'étiquetage stigmatisé des phénomènes complexes. Watson précise que le droit commun est dérivé directement des prémisses animistes du droit canonique.⁵⁸²

Peter Gabel ajoute que la structure psychologique de la révérence et de l'obéissance est fondée sur l'imaginaire. Les gens pensent qu'il est significatif de parler du et de s'identifier au Peuple mythique et transtemporel.⁵⁸³

IDOLÂTRIE JURIDIQUE

Après avoir considéré les traits psychologiques de l'animisme dans la pensée juridique-religieuse, nous passerons à la notion de l'idolâtrie juridique de Pierre Legendre de la Sorbonne. Dans son ouvrage *Le désir politique de Dieu : étude sur les montages de l'État du Droit* paru en 1988, il propose une perspective historique sur le développement de la conception de religion et ensuite définit les pratiques régulatrices comme une idolâtrie ce qui est, en fait, presque le chamanisme judiciaire.

Maurice Sachot pose la question de savoir depuis quand et dans quelles conditions le christianisme est appelé religion ? En fait, la notion de religion serait une « invention » moderne. Le mot lui-même apparaît à la fin du II^e siècle mais le phénomène ne devient théorisé qu'à l'époque de la

⁵⁸¹ Watson, "If Demons are Real, They're Allergic to Neuroleptics", *op. cit.*

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ Duncan Kennedy, « American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist », *op. cit.*, p. 916.

Renaissance.⁵⁸⁴ Pour cette raison, je suis convaincu que le concept de religion est traditionnellement mal interprété.

Le droit n'est pas le seul domaine de connaissance qui a des origines religieuses dans le sens classique du mot « religion ». On trouve une généalogie identique dans les beaux-arts, dans les sciences etc. Le christianisme ainsi que le chamanisme étaient toujours perçus par ses adeptes comme la science naturelle. Regardons, par exemple, le brouillage de l'astronome Giordano Bruno ou bien la conversation fameuse entre l'empereur Napoléon et Pierre-Simon Laplace :

Napoléon : *Monsieur de Laplace, je ne trouve pas dans votre système mention de Dieu ?*

Laplace : *Sire, je n'ai pas eu besoin de cette hypothèse.*⁵⁸⁵

La religion pré-renaissancienne est le paradigme général du monde. Quand ce paradigme commence à être appelé religion, cela signifie qu'il est en déclin. Le mot « religion » est créé afin d'exprimer la doute sur l'objectivité du paradigme. Le paradigme fonctionne le plus efficacement quand nous ne savons pas qu'il fonctionne. La religion fonctionne le plus efficacement quand on ne sait pas qu'elle est une religion.

Henry Maine a commencé la recherche des racines historiquement religieuses du droit en 1861.⁵⁸⁶ Il remarque que de la Chine jusqu'au Pérou il n'y a pas de système juridique qui ne soit pas composé avec des rituels religieux. Le code de Hammurabi, les codes sumériens, assyriens, hittites, le Décalogue hébraïque, les lois de Gortyne, les Douze Tables romaines et le code de Manu – tous sont légitimés en tant que commandements des dieux.⁵⁸⁷ Les pharaonnes égyptiennes étaient adorées en tant que déesses vives.

D'un autre côté, un groupe d'anthropologues cherchent à prouver que chaque État est historiquement d'origine chamanique. Selon Sarah M. Nelson, les croyances et les rituels

⁵⁸⁴ Maurice Sachot, "Comment le christianisme est-il devenu *religio* ?", 59 *Revue des sciences religieuses* 95-118 (1985).

⁵⁸⁵ Augustus De Morgan, *A Budget of Paradoxes*, Vol. II, David Eugene Smith (dir.), New York : Cosimo, 2007 (1954), p.2 en ligne sur Project Gutenberg, <http://www.gutenberg.org/files/26408/26408-8.txt>.

⁵⁸⁶ Henry Maine, *Ancient Law*, rééd., Washington: Beard Books, 2000 (1861), pp. 14, 16.

⁵⁸⁷ *Ibid.* p.15.

chamaniques sont devenu le fondement de l'État archaïque et ses premiers leaders étaient chamanes.⁵⁸⁸ Julia Ching affirme que dans tous les premiers États chinois le roi était un astronome et un prêtre suprême. Il y avait la croyance que le Ciel contrôle les affaires humaines et donc le contact chamanique avec les esprits avait toujours un caractère politique.⁵⁸⁹

En faisant la référence à la chronique chinoise *Weizhi* (280-297), Barbara Seyock décrit la situation au Japon : de nombreux États sont confédérés sous le nom de Wa, pays gouverné par reine-chamane Himiko (卑弥呼, 175-248. Elle pratiquait la magie et la sorcellerie traditionnelle.⁵⁹⁰

L'historien perse Juvaini relate non seulement que Gengis-Khan (1155-1227) était entouré par les chamanes comme, par exemple, son meilleur ami Teb Tenggri qui lui a sauvé la vie et l'a inspiré pour sa carrière politique, mais le grand empereur lui-même était un chaman. J. A. Boyle cite la source historique :⁵⁹¹

He was adept in magic and deception, and some of the devils were his friends. Every now and then he used to fall into a trance, and in that state of insensibility all sorts of things used to proceed from his tongue, and that state of trance used to be similar to that which happened to him at the onset of his rise, and the devils which had power over him foretold his victories. The tunic and clothes which he had on and wore to take them along with him. Whenever this inspiration came over him, every circumstance – victories, undertakings, the appearance of enemies, the defeat and reduction of countries – anything which he might desire, would all be uttered by his tongue. A person used to take the whole down in writing and enclose Italie in a bag and place a seal upon it, and when Genghis Khan came to his senses again, they used to read his utterances over to him one by one, and according to these he would act, and more or less, indeed, the whole used to come true.

⁵⁸⁸ Sarah Milledge Nelson, *Shamanism and the Origin of States: Spirit, Power, and Gender in East Asia*, Walnut Creek, California: Left Coast Press, 2008, p. 6.

⁵⁸⁹ Julia Ching, *Mysticism and Kingship in China*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 15.

⁵⁹⁰ Barbara Seyock, *Auf den Spuren der Ostbarbaren*, Tubingen: Bunka, vol. 8, 2004, p. 50.

⁵⁹¹ John A. Boyle, *The Mongol World Empire: 1206-1370*, Londres : Variorum Reprints, 1977, p. 181.

En 1242 l'armée tatare-mongole intervient en Croatie, prend Zagreb et arrive à la mer adriatique, mais après la mort du grand khan Ögödei, les forces militaires retournent en Mongolie pour participer à la lutte pour le poste de chef d'État. Les historiens perses joignent le fait que les tatars-mongols ne reviendront plus en Hongrie, en Croatie et en Autriche à l'absence d'autorisation de la part des chamanes.⁵⁹²

La novelle 105 du code de Justinien enseigne que l'empereur est envoyé aux hommes par Dieu afin de servir de loi vivante ou, plus littéralement, de loi qui respire (*Deus... legem animatam eum mittens hominibus*)⁵⁹³. L'empereur est adoré en tant que Père des lois⁵⁹⁴. Dans les textes juridiques de l'Empire romain oriental, la figure impériale est toujours liée au Nom divin.⁵⁹⁵ Ce n'est pas Justinien mais Dieu qui gouverne le pays.⁵⁹⁶ La tradition de la sacralisation des rois continuait dans la France de l'Ancien Régime.

Legendre voit les racines protestantes dans les principes du libre examen et de la liberté individuelle chez les États-Unis. Il explique l'existence de la Cour suprême et de son droit au dernier mot comme héritage pontifical.⁵⁹⁷

Chaque autorité cherche à se légitimer par la Référence à quelque chose de plus grand et de plus important. Les révolutions politiques sont des révolutions de la Référence. Chaque transformation entreprend un nouvel désensorcellement et une nouvelle fabrication des dieux.⁵⁹⁸ Le Saint-Siège démythifie le polythéisme et la Raison rejettera le christianisme,⁵⁹⁹ mais la rationalité elle-même n'est qu'une nouvelle religion païenne⁶⁰⁰. Dans l'époque de Justinien qui se fonde sur la Foi en Dieu

⁵⁹² *Ibid.* p. 340.

⁵⁹³ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. 222.

⁵⁹⁴ *Ibid.* p. 239.

⁵⁹⁵ *Ibid.* p. 258.

⁵⁹⁶ *Ibid.* p. 255.

⁵⁹⁷ *Ibid.* p. xi.

⁵⁹⁸ *Ibid.* p. 21.

⁵⁹⁹ *Ibid.* p. 160.

⁶⁰⁰ Kevin Gutzman, *The Politically Incorrect Guide to the Constitution*, Washington: Regnery Publishing, 2007, p. 62.

trinitaire, les hérétiques sont appelées folles délirantes (*demeentes vesanosque*. La distinction entre les folles et les non-folles se fonde sur la Foi.⁶⁰¹

Pendant le XVIII^e siècle, les fonctions cléricales sont graduellement transférées de l'Église au pouvoir judiciaire. Les bâtiments des juges deviennent plus solennels, la langue et le comportement juridique se ritualisent. L'indépendance du corps judiciaire et sa hiérarchisation interne permettant les pourvois représentent les limites du pouvoir temporel, la fonction qui antérieurement appartenait à la prêtrise. Les privilèges, les immunités, l'indépendance fiscale et la liberté contre les interventions « politiques » constituent le culte moderne du droit.⁶⁰²

Chaque autorité crée et abracadabre son vocabulaire de paroles sacro-saintes et ses impressionnantes constructions de l'*Au Nom de*,⁶⁰³ au nom duquel le système étatique légitime ses pratiques régulatrices. Les substituts actuels du Nom divin sont le Socialisme, la Démocratie, l'État, le Droit, etc.⁶⁰⁴ Plus tard Richard Posner écrira que le libertarisme, le socialisme, l'originalisme et les autres *-ismes* sont des croyances religieuses puisqu'ils sont conduits par des hypothèses. En raison de cela, il est invraisemblable d'insister sur leur « justesse ».⁶⁰⁵

Legendre écrit que la tâche de ce que nous appelons religions, mythes, arts (ou bien le paradigme général) n'est pas de répondre, mais *d'assumer la question en authentifiant son récit*. Il qualifie ce phénomène sous le néologisme spécial : l'assembleur.⁶⁰⁶

La théologie politique et juridique fabrique les institutions ainsi que la normativité (les pratiques régulatrices) et, ensuite, les légitime au moyen de la mythologie et du théâtre.⁶⁰⁷ Dans la société contemporaine, le Totem ou le Père absolu est remplacé par le principe du Souverain. Mais au niveau empirique la Référence n'est que vide structural.⁶⁰⁸ Lior Barshak développe cette idée en

⁶⁰¹ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. 260.

⁶⁰² Lior Barshack, "Between Ritual and Theatre: Judicial Performance as Paradox" dans Oren Perez et Gunther Tuebner (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 162.

⁶⁰³ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁰⁴ *Ibid.* p. 265.

⁶⁰⁵ Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁰⁶ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. 139

⁶⁰⁷ *Ibid.* p. 221.

⁶⁰⁸ *Ibid.* p. 252.

parlant de l'autorité absente.⁶⁰⁹ Il décrit les corporations comme des déesses transcendantes : elles sont absentes, invisibles, extérieures et supérieures au groupe, elles agissent par des représentantes.⁶¹⁰

Les montages religieux permettent au réseau des pratiques régulatrices européennes d'être ce qu'elles sont : une idolâtrie sécularisée, le Droit.⁶¹¹ Legendre distingue l' « idolâtrie molle » qu'on pratique en Occident de l' « idolâtrie dure » qu'il faut constater dans les tyrannies sanglantes.⁶¹² Lior Barshak utilise le concept de la « théologie totalitaire » pour distinguer les régimes comme celui des nazies.⁶¹³

Plus tard la notion d'idolâtrie sera employée par David Kennedy pour l'analyse des pratiques régulatrices internationales dans le domaine des droits de l'homme.⁶¹⁴

RELIGION CIVILE

Si Dieu n'existait pas, il faudrait l'inventer.

Voltaire

Si on considère le point de vue de Ludwig von Feuerbach définissant la religion comme une illusion sacrée,⁶¹⁵ celui de Guy Debord parlant du spectacle social comme de la reconstruction matérielle de l'illusion religieuse,⁶¹⁶ ou bien toute la pensée critique contemporaine, on aura l'impression que le concept de religion civile est une critique de la perspective juridique classique. Néanmoins, les premiers développeurs de cette notion, Jean-Jacques Rousseau et Carl Schmitt, avaient une vision tout à fait positive et même encourageante de la religion civile.

⁶⁰⁹ Lior Barshak, "Between Ritual and Theatre: Judicial Performance as Paradox", *op. cit.*, p. 146.

⁶¹⁰ *Ibid.* p. 148.

⁶¹¹ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. 78.

⁶¹² *Ibid.* p. 284

⁶¹³ Barshak, "The Totemic Authority of the Court", *op. cit.*, 307.

⁶¹⁴ David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue...*, *op. cit.*, p. xviii.

⁶¹⁵ Ludwig Feuerbach, *L'Essence du christianisme*, trad. de l'allemand par Joseph Roy, 2^e éd, Paris : Lacroix, Verboekhoven, 1864, p. xv.

⁶¹⁶ Debord, *La Société du spectacle*, *op. cit.*, p. 20.

Rousseau dans son ouvrage *Le contrat social* insiste sur la nécessité de la religion civile pour motiver les citoyennes à aimer leurs devoirs envers l'État. Cette religion doit cultiver et préserver les sentiments de sociabilité.⁶¹⁷ Donc, déjà en 1762, la sacralisation des pratiques régulatrices est délibérément présentée comme un choix positif. Duncan Kennedy rejoint cette vision en reconnaissant que les étatsuniennes doivent être juge-centriques pour que leur société hétérogène n'explose pas.⁶¹⁸ Ce qui est différent entre Rousseau et Kennedy, c'est probablement l'appréciation du degré auquel la religion civile est nécessaire. Il me semble que chez Rousseau ce degré est plus élevé.

La conception trouve son développement chez Schmitt, un des juristes les plus importants du national-socialisme allemand, qui constate que l'État-souverain et sa juge remplacent le Dieu religieux. Le pouvoir d'introduire ou de reconnaître une exception à la jurisprudence remplace le miracle religieux.⁶¹⁹ En fait, il faut distinguer deux Schmitts : le théoricien et le praticien. Dans son premier rôle il dit que tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés et constate que « quiconque invoque l'humanité [un concept théologique sécularisé] veut tricher ». Dans son deuxième emploi, il se sert du mécanisme religieux qu'il a découvert pour promouvoir son projet politique particulier. Par exemple, il qualifie la nuit des longs couteaux comme « la forme la plus haute de la justice administrative » (*höchste Form administrativer Justiz*).⁶²⁰

Lior Barshak critique le projet de la religion civile de Schmitt en l'appelant théologie totalitaire puisqu'il donne le pouvoir d'appliquer les tâches transcendentes-totémiques aux autorités politiques.⁶²¹ Barshak considère que Schmitt exagère la nature personnelle du droit, surtout, en autorisant les leaders politiques à décider de l'application de l'Exception Absolue.⁶²²

⁶¹⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Le contrat social*, livre IV chapitre VIII, disponible sur <http://www.cvm.qc.ca/ccollin/conception/rousseau/rousseau7.htm>, 14 04 2010.

⁶¹⁸ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 75.

⁶¹⁹ Carl Schmitt, *Political Theology : Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, *op. cit.*

⁶²⁰ Joachim Ringelnatz, *Und auf einmal steht es neben dir: gesammelte Gedichte*, Berlin: Henssel, 1957, p. 14.

⁶²¹ Barshak, "The Totemic Authority of the Court", *op. cit.*, p. 307.

⁶²² *Ibid.* p. 311.

Duncan Kennedy reprend la conceptualisation de la religion civile du droit. La Constitution est la Bible. Le Peuple est une déité. Le pouvoir du droit est le Saint-Esprit. Il définit la religion comme un corps de croyances métaphysiques, de préceptes moraux et de pratiques rituelles, fondés irrationnellement et partagés consciemment au sein d'un groupe.⁶²³ Ensuite, Richard Posner également présentera sa version de la religion civile : les juges sont des Titans moraux et intellectuels⁶²⁴ ou des Moïses sécularisés.⁶²⁵

L'interprétation du vol des oiseaux qui, en théorie, devait représenter la volonté des dieux pour arriver à la prise d'une décision était une pratique institutionnalisée en Grèce et à Rome antiques. Cette fonction était performée par les augures. Au début, ce poste n'était ouvert qu'à l'aristocratie. À partir de 510 av. J.-C., il devient électoral, et en 300 av. J.-C., il s'ouvre à la plèbe romaine.

Kennedy donne trois exemples de divination dans le monde antique pour expliquer comment la religion civile fonctionne : la guerre de Troie, la régulation des vents dans la ville grecque d'Aulis et la sacralisation païenne de l'agriculture.

L'interprétation de la volonté des dieux quant au début de la guerre contre Troie par les devins, ce qu'il s'est véritablement passé, sera lié inévitablement aux considérations politiques et à la motivation extérieure. Même si nous croyons à la neutralité des méthodes interprétatives, la décision pro-guerre ou anti-guerre est par sa nature politique.⁶²⁶

Dans la ville d'Aulis, les augures ont brûlé Iphigenia car un tel sacrifice a été demandé par les déesses fâchées sur les gens pour que ces déesses rendent le vent. Kennedy écrit que si les grecques ne croyaient pas en une telle volonté des déesses, peut-être qu'elles ne tueraient pas Iphigenia ou peut-être trouveraient-elles une autre raison pour la tuer.⁶²⁷

Finalement, Kennedy nous invite à imaginer une société presque entièrement agricole qui lie son occupation principale avec la religion. Le panthéon composé des déesses de la moisson, des déesses

⁶²³ Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," *op. cit.*, p. 909.

⁶²⁴ Posner, "Foreword: A Political Court", *op. cit.*, p. 63.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 91.

⁶²⁶ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 159.

⁶²⁷ Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," *op. cit.*, p. 915.

du temps et des déesses des fermiers. Chaque élément du procès agricole a une signification mythique, rituelle et religieuse. L'irrigation qui est indispensable pour maximiser la quantité et la qualité de la production est sacralisée en tant qu'activité « aidant les dieux dans leur travail ». Donc, l'irrigation est perçue comme une fonction « non-instrumentale » de la religion. Cette religion peut être compétemment « rationnelle », mais, dans une situation de crise, sa réponse serait différente de la réponse d'une autre société où l'irrigation est considérée comme une activité purement instrumentale et où les croyances religieuses s'organisent, par exemple, autour de la sexualité et de la reproduction. Kennedy conclut que le juridisme contemporain est l'analogie proche de cette religion agricole sauf que notre prêtrise ne croit pas aux déesses pour lesquelles elle prêche.⁶²⁸

Kennedy nous présente également la structure de l'argument justifiant le sérieux des devineresses⁶²⁹ (des juges et des chamanes) :

- 1 Il y a des dieux terriblement puissants.
- 2 Ils ont des intentions et sont la cause efficiente de l'état des affaires humaines.
- 3 Ils répondent aux gestes des hommes adressés à eux.
- 4 Les dieux s'expriment au moyen de phénomènes naturels tels que le vol des oiseaux.
- 5 Nous avons la technique qui nous permettra de déterminer leurs intentions et qui aidera aussi à modifier ces intentions.
- 6 N'importe quelle idiote voit que, si nous avons raison dans ce que nous venons de dire, il est mieux pour toi de faire attention à la divination.
- 7 Il ne serait pas surprenant que vous nous admiriez et que vous fassiez attention à toute l'information que nous donnons puisque nous sommes beaucoup plus proches des dieux que vous et que ce que nous faisons, est assez merveilleux en soi.

Durkheim continue en soutenant que dans les religions civiles, le **totem** (l'emblème totémique ou le droit) ou, autrement dit, la **Chose sacrée** (le Droit), fonctionne comme la **conscience collective** et que, pour cette raison, elle est sainte.⁶³⁰ Chez Sigmund Freud, le totem est le Père primaire, un Père

⁶²⁸ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, pp. 246-247.

⁶²⁹ Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," *op. cit.*, p. 916.

⁶³⁰ Émile Durkheim, *The Division of Labour in Society*, trad. de KE Fields, New York: Free Press, p. 223-

commun fictionnel.⁶³¹Le groupe se présente à soi-même au travers d'une icône totémique. La société devient alors aux yeux de ses membres la même chose que Dieu pour ses adeptes. Toutes les choses sacrées dérivent leur sacralité de leur identification avec le totem.⁶³²

Déjà Jacques Lacan⁶³³, Legendre et Louis Marin⁶³⁴ parlaient de la politique comme de la mise-en-scène de l'**Autre Absolu** qui est *absent*. Le monde adore l'État en tant que grand, éternel et corporatif Autre.⁶³⁵ À ce point, pour se distancer de Carl Schmitt et de sa théologie totalitaire, Barshak dit que dans les religions civiles modernes la cour doit être la seule institution où le totem est présent de manière permanente. Ce qui n'était pas le cas dans le régime nazi où les autorités politiques avaient le pouvoir d'application de la volonté totémique.⁶³⁶ Donc, contrairement à Duncan Kennedy, il essaie de développer la conception de la religion civile du droit où la cour est apolitique. De plus, il pense que Schmitt exagère la nature personnelle des décisions judiciaires.⁶³⁷ Je dirais qu'un tel projet est en lui-même totémique : Barshak répète le mythe sur la neutralité politique et sur l'impersonnalité.

Il écrit plus loin que le droit qui est annoncé par la cour n'est ni le droit du Parlement, ni du précédent, ni de la coutume ou d'autre source juridique quelconque, mais cette décision est l'agrégation de toutes ces sources. C'est le droit de l'autorité totémique.⁶³⁸

L'ATHÉISME CONSTITUTIONNEL ET LA POSTITÉ

Les réalistes et les crites développent deux attitudes envers ce que j'appelle le « chamanisme judiciaire » en tant que phénomène : l'athéisme constitutionnel et la postité (*postness*).

⁶³¹ Sigmund Freud, "The Ego and the Id" dans James Strachey (dir.), *The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*, vol. 19, London: The Hogarth Press, 1966, p. 1-66.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ J. Lacan, *The Ethics of Psychoanalysis*, Londres : Routledge, 1992, p. 84.

⁶³⁴ Barshak, "The Totemic Authority of the Court", *op. cit.*, p. 304.

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ *Ibid.* p. 307.

⁶³⁷ *Ibid.* p. 311.

⁶³⁸ *Ibid.* p. 309.

Quand on parle de divination dans la Grèce antique ou de sorcellerie, il est usuel de supposer que la foi de ces gens, l'efficacité causale de leurs rituels et de leurs techniques herméneutiques étaient erronées.⁶³⁹ D'habitude, nous ne croyons pas que les dieux étaient contre la guerre de Troie car tout simplement nous rejetons l'idée que ce type de dieux existe comme chez les grecques antiques.⁶⁴⁰

L'athéisme constitutionnel est la conviction qu'il n'y a pas de collectivité humaine, Du Peuple (*The People*) qui crée le droit constitutionnel et obéit à ce droit comme il est présenté par la Cour Suprême. En même temps Kennedy précise que l'athéisme est parfaitement consistant avec la croyance qu'il y a des interprétations correctes et erronées de la constitution.⁶⁴¹

Ce que Kennedy appelle postité est le développement de la condition postmoderne de Jean-François Lyotard qui se caractérise par la constatation du bouleversement marquant du pouvoir hégémonique des métarécits modernes : du christianisme, de Lumière, des musulmans, du marxisme, de Freud, du féminisme, des catégorisations de l'histoire.⁶⁴² Dans la philosophie du droit qu'on considéra un peu plus loin, j'ai choisi les travaux de Finnis, d'Hart et de Dworkin comme exemples de grands récits et ceux de Moore, de Henry Hart, de Koskenniemi, de MacCormick etc. en tant que petits récits en fonction de leur importance sociologique (au moins, comme je le ressens).

Roberto Unger parlera plus tard de la perte de la foi en ce qui est enseigné dans les facultés de droit, et des autels froids.⁶⁴³

Kennedy définit la postité comme la perte de la foi envers les affirmations rationalisant et universalisant ainsi qu'envers des aspirations des élites modernes, soit de gauche, soit de droit, personnelles ou politiques, intellectuelles ou pratiques.⁶⁴⁴

⁶³⁹ Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," *op. cit.*, p. 911.

⁶⁴⁰ Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," *op. cit.*, p. 912.

⁶⁴¹ Duncan Kennedy, "American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist," *op. cit.*, p. 917.

⁶⁴² Jean-Francois Lyotard, *La Condition postmoderne: Rapport sur le savoir*, Paris : Minuit, 1979, p. 7.

⁶⁴³ Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁴⁴ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 8.

La perte de la foi n'est pas une théorie et n'est non plus la conséquence d'une théorie. Elle est un événement.⁶⁴⁵

Les gens ont perdu la foi en Dieu mais, néanmoins, la société continue à fonctionner malgré toutes les craintes quant au terrible résultat.⁶⁴⁶ Nous retrouvons cette idée également chez Richard Posner qui déclare son désaccord avec la suggestion d'Ivan Karamazov que si Dieu n'existe pas, tout est permis ainsi qu'avec la thèse que si le juridisme n'existait pas, tout deviendrait permis.⁶⁴⁷

Selon Kennedy, actuellement, nous nous voyons dans une nouvelle situation. Ce n'est pas ni la position de certitude, ni celle d'incertitude. Ce n'est pas la certitude car aucune démonstration rationnelle de certitude n'a marché. Cette nouvelle situation n'est pas non plus l'incertitude puisqu'il reste quand même la possibilité que quelqu'un nous apportera une surprise et prouvera que le Dieu existe quand même ou non. Cependant, dans cette position on perd également l'enthousiasme d'enquête ou de l'interrogation du monde. Nous devenons post-Dieu. La postité est la perte de la capacité de croire et de ne pas croire simultanément.⁶⁴⁸

Mais la perte de la foi en une théorie ne signifie pas qu'on abandonne l'idée de faire la théorie. Elle signifie plutôt l'abandon d'expectation de justesse en la faisant. Kennedy ne pense pas qu'il peut démontrer que la reconstruction ou la refondation du droit est impossible.⁶⁴⁹

CHAPITRE 3. LA RECONNAISSANCE DE L'INDÉTERMINATION JURIDIQUE DANS LA JURISPRUDENCE

Notre recherche empirique découvre l'existence de quatorze types de reconnaissance de l'indétermination dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁶⁴⁵ *Ibid.* p. 312.

⁶⁴⁶ *Ibid.* p. 313.

⁶⁴⁷ Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 1.

⁶⁴⁸ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 313.

⁶⁴⁹ *Ibid.* p. 361.

1. Une « pure affaire d'appréciation ».

Dans *Guzzardi*, la Cour de Strasbourg emploie le concept de « pure affaire d'appréciation » pour reconnaître l'incertitude juridique. Les juges reconnaissent qu'entre privation et restriction de liberté, il n'y a pourtant qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence. Le classement dans l'une ou l'autre de ces catégories se révèle parfois ardu, car dans certains cas, il s'agit d'« une pure affaire d'appréciation », mais la Cour ne saurait éluder un choix dont dépend l'applicabilité ou inapplicabilité de l'article 5 de la CEDH.⁶⁵⁰

2. Un « exercice d'une exceptionnelle difficulté ».

Dans l'affaire *Broniowski* de 2004 sur la restitution des droits de la propriété sur les biens laissés par des polonais au-delà de la rivière Boug après le transfert de ce territoire à l'Union soviétique, l'obligation prise sur soi par le gouvernement polonais en vertu de trois traités internationaux en 1944, la Cour de Strasbourg écrit que la mise en balance des droits en jeu et des gains et pertes des différentes personnes touchées par le processus de transformation de l'économie et du système juridique de l'Etat constitue un « exercice d'une exceptionnelle difficulté ».⁶⁵¹

3. L'appréciation souveraine.

La phrase « appréciation souveraine » est également un signe de la présence de plusieurs manières d'interpréter une situation factuelle. Par exemple, dans *Aalborg* la Cour de justice écrit qu'il incombe « souverainement » au Tribunal de première instance d'apprécier les éléments de preuve qui lui ont été soumis.⁶⁵²

4. Le pouvoir de pleine juridiction.

⁶⁵⁰ *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 90-93.

⁶⁵¹ *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 160, 161, 178, 182, 184, 186.

⁶⁵² *Aalborg*, C-204/00 P, CEJ, § 250.

De même que la formule « appréciation souveraine », le concept « pouvoir de pleine juridiction » peut facilement être considéré comme un signe de la possibilité de solutionner un conflit de plusieurs façons. Par exemple, dans *Reynolds I*, la Tribunal de première instance estime que, dans le cadre de son « pouvoir de pleine juridiction », il convient de condamner le Parlement européen à verser à son agent licencié les intérêts moratoires sur la somme visée au taux annuel de 5,25 %.⁶⁵³

5. La reconnaissance de nécessité de la législature.

Par exemple, dans *Marks & Spencer*, la Cour européenne de justice compare ce qu'elle a décidé avec d'autres mesures visant à exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner ou d'échapper à l'emprise de la loi fiscale nationale, et reconnaît qu'il est possible de faire un choix différent par rapport au choix judiciaire, mais souligne qu'il reste à la législature communautaire de faire autrement.⁶⁵⁴

6. La liaison d'apparition d'une interprétation générale à un cas particulier.

L'établissement de la liaison d'apparition d'une interprétation générale à un cas particulier est une reconnaissance de l'indétermination régulatrice puisque cette liaison présuppose que sans le cas particulier l'interprétation ne soit pas nécessaire. Par exemple, dans *Martinez*, le Tribunal de première instance reconnaît la liaison entre l'interprétation générale, produite par la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen, disposant que le Règlement du PE interdit les groupes techniques des députées et le cas particulier – l'apparition du Groupe technique des députées indépendantes.⁶⁵⁵

⁶⁵³ *Reynolds*, T-237/00, du 23 01 2002, Tpi, § 150. Voyez également *ibid.*, §§ 152, 154 ; *Reynolds*, T-237/00, 08 12 2005, TPI, § 208 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 254, 255.

⁶⁵⁴ *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, § 58.

⁶⁵⁵ *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 69, 70.

7. La reconnaissance du pouvoir attribué à la Commission européenne de choisir le moment pour déclarer une violation du droit européen.

La reconnaissance du pouvoir de la Commission de choisir le moment pour déclarer une violation du droit européen est aussi une reconnaissance de l'indétermination régulatrice, puisqu'il devient impossible de prévoir quand la Commission européenne agira et quand elle n'agira pas. Par exemple, dans *VTM*, une télévision flamande fait valoir que, plusieurs fois, dans le passé, la Commission a entamé des procédures sur la compatibilité de la législation belge concernant son monopole sur la publicité télévisée flamande au regard du droit communautaire, mais n'a pas trouvé de violation. Cette situation aurait fait naître dans le chef de cette télévision l'espérance fondée que la Commission ne contesterait plus la légalité de cette réglementation nationale. Le Tribunal de première instance a répondu que c'est à la Commission de choisir le moment pour initier la procédure sous l'angle qu'elle veut.⁶⁵⁶

8. L'indication des faits précis devant être pris en considération par une juge nationale.

L'indication des faits précis devant être pris en considération par une juge nationale est la reconnaissance que ces faits peuvent être pris en considération de plusieurs manières différentes. Par exemple, dans *Brasserie du Pêcheur*, la Cour de Luxembourg reconnaît qu'elle ne saurait substituer son appréciation à celles des juridictions nationales, seules compétentes pour établir les faits des affaires au principal et pour caractériser les violations du droit communautaire en cause ; mais les juges estiment qu'il est néanmoins utile d'identifier les circonstances dont les juridictions nationales pourraient tenir compte.⁶⁵⁷

9. La constatation de lieu à plusieurs interprétations.

Dans *Commission c. Autriche*, C-437/03, la Cour de justice constate que l'article 19 ter de la directive 78/686/CEE visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres de

⁶⁵⁶ *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 61, 75.

⁶⁵⁷ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, § 58.

la praticienne de l'art dentaire et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services, « peut donner lieu à deux interprétations ». Selon la première, le titre de « praticienne de l'art dentaire » mentionné dans la directive peut signifier que les personnes ayant accompli 5 années d'études en dentisterie et les médecins généralistes avec un diplôme postdoctoral en dentisterie sans une formation approfondie de 5 années, doivent pratiquer sous le même titre de « praticienne de l'art dentaire ». La deuxième interprétation est que les personnes après ces 5 années peuvent pratiquer en tant que « praticiennes de l'art dentaire » et les médecins généralistes avec une formation postdoctorale sont autorisés à pratiquer cet art, mais sous un titre différent et reflétant le niveau de leur qualification.⁶⁵⁸

Dans *Vogt*, la personne insiste sur l'affirmation que son licenciement du poste d'enseignante de littérature dans une école secondaire en raison de sa présentation, en tant que candidate communiste à l'élection d'un Landtag allemand, n'était pas prévue par la loi. La Cour de Strasbourg répond qu'une disposition légale ne se heurte pas à l'exigence qu'implique la notion « prévue par la loi » de fait qu'elle se prête à « plus d'une interprétation ».⁶⁵⁹

10. La déclaration de nécessité de réexaminer et de préciser la jurisprudence.

La déclaration indiquant qu'il faut réexaminer et préciser la jurisprudence est la reconnaissance de son actuelle imprécision.

Par exemple, dans *Keck*, une entreprise fait valoir que l'interdiction française de revente à perte viole la liberté de circulation des marchandises puisqu'une telle régulation est susceptible de restreindre le volume des ventes et, par conséquent, le volume des ventes des produits en provenance d'autres États membres dans la mesure où elle prive les opératrices d'une méthode de promotion des ventes, tout à fait légale dans les autres États membres. La Cour de Luxembourg estime « nécessaire de réexaminer et de préciser » sa jurisprudence en la matière car cette liberté est de plus en plus invoquée par les entreprises pour contester toute espèce de réglementations ayant

⁶⁵⁸ *Commission c. Autriche*, C-437/03, CEJ, §§ 33-55.

⁶⁵⁹ *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1.

pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si ces dernières ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres.⁶⁶⁰

Dans *Perez*, la Cour de Strasbourg décide de réexaminer et de préciser sa jurisprudence visant l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la CEDH face aux plaintes avec constitution de partie civile, puisque l'examen actuel de la question est « parfois trop complexe ». Dans l'arrêt *Tomasi*⁶⁶¹, la Cour a jugé qu'un droit est à caractère civil dans une procédure pénale si les circonstances invoquées permettent de supposer, premièrement, l'existence du préjudice et, deuxièmement, un lien direct avec une infraction. De fait, sauf décision d'irrecevabilité de la plainte rendue par une Cour interne, le droit interne semblait entraîner *ipso facto* l'applicabilité de l'article 6. Après l'arrêt *Tomasi*, par les arrêts *Zeter*⁶⁶² et *Kerojärvi*⁶⁶³ la Cour de Strasbourg a considéré que pour l'application de l'article 6, il faut qu'il y ait, premièrement, une « contestation » réelle et sérieuse, et, deuxièmement, que cette dernière soit relative à un « droit de caractère civil » que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne. De plus, par les arrêts *Acquaaviva*⁶⁶⁴ et *Hamer*⁶⁶⁵ les juges strasbourgeois ont insisté sur ce que l'issue de la procédure pénale doit être directement déterminante pour le droit civil. Si, par exemple, la personne peut commencer un procès civil séparé du procès pénal, les juges pensent que la procédure pénale n'est pas déterminante pour le droit civil.⁶⁶⁶

11. La doctrine évolue.

La formule indiquant que le droit de niveau européen « évolue » ou « se développe » est également une reconnaissance de l'indétermination juridique puisqu'il est impossible de prévoir en cours de procédure judiciaire quand il se développe et quand il ne le fait pas.

⁶⁶⁰ *Keck*, C-267/91, CEJ, §§ 13, 14.

⁶⁶¹ *Tomasi*, 12850/87, CEDH, § 121.

⁶⁶² *Zeter*, 17506/90, CEDH, § 32.

⁶⁶³ *Kerojärvi*, 14282/88, CEDH, § 22.

⁶⁶⁴ *Acquaaviva*, 19248/91, CEDH, § 46.

⁶⁶⁵ *Hamer*, 19953/92, CEDH, §§ 70, 73, 77.

⁶⁶⁶ *Perez*, 47287/99, CEDH, §§ 47-51, 54-56. Voyez également *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, §§ 14, 15, 20, 49, 57, 59, 60.1, 62.2, 62.3.

Par exemple, le gouvernement britannique soutient que la requête du gouvernement irlandais contre lui, relative à la pratique de torture pendant la crise en Irlande du Nord, doit être rejetée car, en premier lieu, les cinq techniques de torture sont déjà abandonnées. En deuxième lieu, les victimes ont déjà obtenu une compensation financière. La Cour de Strasbourg répond que ces arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à « développer les normes de la Convention ». ⁶⁶⁷

12. La constatation d'absence d'une définition précise.

Parfois, la Cour elle-même dira qu'une disposition juridique n'a pas de définition précise. Par exemple, dans *Beard* la famille roms est expulsée de sa terre. Elle fait référence à l'arrêt *Buckley* afin de dire l'interdiction d'occuper le terrain, propriété privée de cette famille, avec leur caravane constitue une atteinte au respect de leur vie privée et familiale, dans la mesure où elles suivent le mode de vie traditionnel des roms : vivre dans une habitation mobile qui permet de voyager. Les autorités britanniques font également une référence à l'arrêt *Buckley*⁶⁶⁸ sur une autre famille roms également expulsée de sa terre dans le but de soutenir une thèse absolument contraire – l'interdiction ne couvre pas le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour de Strasbourg reconnaît le caractère imprécis de l'arrêt *Buckley* et dit que la Cour n'est pas formellement tenue de suivre l'un de ses arrêts antérieurs. ⁶⁶⁹

13. La négation d'obligation à suivre la jurisprudence précédente.

Contrairement à l'exemple de *Beard* et *Buckley* de la variante « constatation d'absence d'une définition précise », dans *Mamatkulov*, la jurisprudence antérieure est assez précise : la Cour de Strasbourg ne peut imposer des mesures intérimaires obligatoires à un État contractant, ce qui découle des arrêts *Cruz Varas*⁶⁷⁰ et *Čonka*⁶⁷¹. Mais les juges emploient tout simplement la formule

⁶⁶⁷ *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 143, 152-154.

⁶⁶⁸ *Buckley*, 20348/92, CEDH, §§ 54, 55, 64.

⁶⁶⁹ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 81-83.

⁶⁷⁰ *Vera Cruz*, 15576/89, CEDH, §§ 102, 103.

⁶⁷¹ *Čonka*, 15576/89, CEDH.

« la Cour n'est pas formellement tenue de suivre l'un de ses arrêts antérieurs » pour modifier la jurisprudence.⁶⁷²

14. « Ne sauraient être considérés comme étant, à première vue, dépourvus de fondement ».

La formule « ne sauraient être considérés comme étant, à première vue, dépourvus de fondement » est également une reconnaissance de la part de la Cour de l'existence de l'indétermination juridique. Cette formule est employée, par exemple, dans la décision sur la recevabilité dans le cadre de sa procédure en référé. Microsoft affirme que l'analyse de la Commission européenne relative à l'existence d'« effets de réseau indirects » de ses pratiques commerciales est contredite par le fait que les fournisseuses de contenu concurrentes continuent de recourir à des formats différents. Ces arguments sont qualifiés par le Président du Tribunal de première instance comme « ne sauraient être considérés comme étant, à première vue, dépourvus de fondement ».⁶⁷³

TITRE 2. CHAMANISME JUDICIAIRE ET SA PLACE DANS LA PERSPECTIVE PLUS GÉNÉRALE

CHAPITRE 1. CHAMANISME JUDICIAIRE

*Science will change later, so its present state will be as much “mystic” as the theory of spirits seems to be to the “anti-mystic” scientists of our days.*⁶⁷⁴

Sergey Shirokogoroff.

⁶⁷² *Mamatkulov*, 46827/99, 46951/99, CEDH, §§ 109, 121. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 74.

⁶⁷³ *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, §§ 402, 404. Voyez également *ibid.*, 99-106, 187, 206, 207, 212, 213, 217, 222-225. Voyez également *ibid.*, §§ 382, 383, 386, 390-392, 394-396. Voyez également *ibid.*, §§ 384, 403.

⁶⁷⁴ Shirokogoroff, *Psychomental Complex...*, *op. cit.*, p. 10.

La théorie du chamanisme judiciaire peut être caractérisée comme une approche empirique et postmoderne du raisonnement juridique. Je définirais le chamanisme judiciaire comme le raisonnement judiciaire dans les conditions d'incertitude juridique basé sur l'abus de déduction. Nous trouvons de nombreuses analogies entre Le Droit et les formes diverses de religion dans la pensée juridique critique, laquelle a développé des notions telles que : la théologie juridique, la mythologie juridique et la magie juridique chez les réalistes, l'étude des similarités dans le fonctionnement du complexe psychomental européen et du complexe chamanique chez Sergey Shirokogoroff⁶⁷⁵, un concept juridique comme la tû-tû de la tribu Noît-cif chez Alf Ross,⁶⁷⁶ Le Droit comme le mambo-jambo de haute classe⁶⁷⁷ et la juge comme une guérisseuse primitive ou comme une fournisseuse du vodou⁶⁷⁸ chez Fred Rodell, l'idolâtrie juridique chez Pierre Legendre,⁶⁷⁹ la gestion des simulacres comme rituel chamanique chez Jean Baudrilard et l'athéisme constitutionnel⁶⁸⁰ de Duncan Kennedy. En même temps, les premières qui ont commencé à comparer le juridisme au chamanisme étaient les théoriciennes classiques du Droit. Charles de Montesquieu déjà en 1748 a divinisé ouvertement Le Droit ainsi que certaines techniques juridiques en introduisant le concept de l' « esprit des lois ». William Blackstone écrivait dans les années 1765-69 que les juges devaient résoudre tout les cas de doute comme des « oracles vivantes ».⁶⁸¹

Au niveau empirique, notre recherche est basée sur la jurisprudence de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme. En même temps il faut préciser que lesdites Cours ne nous intéressent que dans la mesure où elles servent d'exemple sur le terrain au paradigme général des écd. Autrement dit, notre recherche est plutôt axée sur la pensée juridique contemporaine que sur une Cour concrète. C'est pourquoi il serait faux de considérer que la théorie du chamanisme judiciaire est eurosceptique car, en réalité, elle n'est sceptique que vis-à-vis de la rationalité classique alors qu'elle est tout à fait indifférente au regard de la jurisprudence européenne en tant que telle d'un point de vue méthodologique.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ Ross, "Tû-tû", *op. cit.*

⁶⁷⁷ Rodell, "Goodbye to Law Reviews", *op. cit.*, p. 283.

⁶⁷⁸ Rodell, *Woe unto you, Lawyers!*, *op. cit.*, p. 1.

⁶⁷⁹ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, *op. cit.*, p. 78.

⁶⁸⁰ Duncan Kennedy, « American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist », *op. cit.*, p. 909.

⁶⁸¹ St. George Tucker, *Blackstone's commentaries : with notes of reference to the constitution and laws, of the federal government of the United States, and of the Commonwealth of Virginia : with an appendix to each volume, containing short tracts upon such subjects as appeared necessary to form a connected view of the laws of Virginia as a member of the federal union*, vol. 2, Union, N.J. : Lawbook Exchange, 1996, p. 69.

Dans notre approche, le mot « juge » est équivalent au mot « chamane ». Les concepts comme « un principe juridique, une règle, une norme, un impératif constitutionnel, un droit, une obligation, une exigence, une maxime, une disposition » seront remplacés par l'« esprit », la phrase « la juge considère » par « la chamane chante » et « le procès judiciaire » par « le rituel », « technique d'interprétation juridique » par « techniques de l'entrée en contact avec les esprits ». De nombreuses mythologies distinguent plusieurs classes d'esprits. Les deux classes principales dans le chamanisme judiciaire sont donc les principes intellectuels et les circonstances. Les circonstances et les conséquences de l'affaire dans la mesure où elles sont évoquées en tant qu'arguments devant la Cour sont également comprises comme « petits esprits ». « Les arrêts précédents, les articles, les directives, les traités, les conventions, les règlements, les lois et les documents » sont considérés comme « les amulettes dans lesquelles les esprits habitent ».

Il n'y a pas de différence entre l'esprit du droit et l'esprit de la forêt. Le concept d'« esprit du droit » présuppose la cohérence de toutes les dispositions juridiques, leur essence sous-jacente et leur finalité. Le concept de l'esprit de la forêt fait référence à l'harmonie de tous les esprits habitants dans cette forêt et leurs objectifs communs. L'esprit de la Terre représente la même idée mais à un niveau encore plus global – plus d'harmonie, plus d'intégrité entre des esprits encore plus divers.

Egidijus Kuris, président de la Cour constitutionnelle lituanienne, pense que le mot « chamane » est un synonyme du mot « débile »⁶⁸². Pas du tout. Ce mot vient étymologiquement de la langue evenke où il signifie « celui qui sait ». Les Eskimos appellent ce personnage « ihumitak » ou « celui qui pense aux autres ». Les habitants de l'île de Baffin utilise le mot « pimain » qui se traduit par « celui qui sait tout le meilleur », les unalits le nomment « anaiyouhok » ou « celui que tout le monde écoute »,⁶⁸³ le mot « oracle » ou « oraculum » (« parole d'un dieu » en latin) vient du mot « orare » qui signifie « parler »,⁶⁸⁴ le mot « druide » est souvent traduit par « très savant » ou « très

⁶⁸² Interview de Jūratė Skėrytė avec M. Egidijus Kūris, le président de la Cour constitutionnelle lituanienne, publié sur le site web de la Cour constitutionnelle de la Lituanie le 20 03 2008, www.lrkt.lt/APublikacijos_20080320a.html, 14 04 2010.

⁶⁸³ Edward Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man : a Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge : Harvard University Press, p. 73.

⁶⁸⁴ *Dictionnaire de l'Académie Française, neuvième édition*, 1992, disponible sur <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?22;s=952576470;;>, 14 04 2010.

voyant », ⁶⁸⁵ le chaman lituanien « krivis » se traduit par « vieillard » ou « sage ». ⁶⁸⁶ Pour ces raisons, nous ne commettons pas d'erreur en affirmant que le mot « chamane » désigne le plus grand respect possible.

À ce stade, il faut résumer brièvement les thèses de base de la théorie du chamanisme judiciaire.

- ☑ La juge et la chamane, présupposent *l'existence objective de certains êtres supranaturels* avec lesquels elles maintiennent un contact permanent pendant le rituel. Dans les langues orientales polythéistes, lesdits êtres sont normalement appelés « esprits » et dans notre langue classique ils portent le nom de « principe juridique ».
- ☑ Les deux déclarent qu'il y a *un lien logique et inévitable entre le point de départ et le point d'arrivée* dans le rituel. Les écd appellent cela l'abus de déduction.
- ☑ La juge peut *inclure* un certain principe dans le système juridique et *exclure* un contre-principe. La chamane peut inviter un certain esprit à participer au rituel et "oublier" son esprit adversaire. Nous allons appeler ce phénomène l'abus dans la construction du système.
- ☑ La caractéristique commune du chamanisme est l'affirmation que, normalement, les gens ordinaires ne sont pas capables d'entendre la voix des esprits. Même si certaines personnes entendent quelque chose, ils ne comprendront jamais correctement le message des esprits car ces derniers parlent *la langue spirituelle* ⁶⁸⁷ qui est très différente de la langue humaine ordinaire. C'est une raison pour laquelle nous avons besoin de la chamane ou de la juge. Chaque religion crée sa propre langue spirituelle : le sanscrit dans la culture védique, l'arabe coranique chez les musulmans, le latin dans l'Église catholique médiévale et le slavon de l'Église orthodoxe russe. Shirokogoroff écrit que, pendant les rituels, les peuples de Sibérie utilisent les mots tombés en désuétude dans la vie quotidienne car ils considèrent que les esprits ne comprennent pas la langue moderne. Pas à pas, les chamanes construisent un arsenal riche de mots qu'elles ne comprennent pas elles-mêmes. ⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ Jean Loicq, « Les druides dans l'ancienne société celtique », 57 *Mélanges de science religieuse* 31-45 (2001).

⁶⁸⁶ Juozapas Girdzijauskas et al. (dir.), *Visuotinė lietuvių enciklopedija*, vol. 11, Vilnius: Mokslo ir enciklopedijų leidybos institutas, 2007.

⁶⁸⁷ Shirokogoroff, *Psychomental Complex...*, *op. cit.*, pp. 203-205.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 162.

- ☑ Dans le chamanisme ainsi que dans le droit occidental, souvent il n'existe *pas de différence claire entre les bons et les mauvais esprits*.⁶⁸⁹ Un bon esprit commet également des péchés. Un mauvais esprit peut aider les gens. Un grand nombre d'esprits ne sont jamais définis par rapport à l'axe du bien et du mal.
- ☑ Le dogme important du chamanisme est l'affirmation qu'il y a une *lutte permanente entre les esprits*. Il faudrait dire la même chose sur les principes du droit. De nombreuses dispositions juridiques ont une structure multi-exceptionnelle, contradictoire et imprévisible.
- ☑ Chaque chamane *apporte une contribution à l'écriture et à l'amendement* de la mythologie chamannique de même que la juge participe au développement de la jurisprudence.
- ☑ Parfois, durant le rituel, non seulement la chamane mais également les spectateurs commencent à voir les esprits. Ce phénomène pourrait être décrit comme une *hallucination collective*. Selon les données du gouvernement de la région autonome de Tchoukotka, plus du tiers des Tchouktches déclarent voir des esprits.⁶⁹⁰ La même affirmation pourrait facilement être soutenue par un grand nombre de haïtiennes. Sergey Shirokogoroff ajoute qu'elles les voient de la même manière que les juristes occidentaux « voient » les principes juridiques⁶⁹¹. Duncan Kennedy qualifie la foi des juristes dans les concepts abstraits comme hallucination collective⁶⁹² et Underhill Moore comme un « rêve en plein jour ».
- ☑ Les pratiques chamaniques sont conduites sous *les standards communs du rituel chamannique correct* de même que le raisonnement judiciaire correspond aux standards communs juridiques. Ces standards ne protègent pas la pensée juridique classique contre l'assimilation au chamanisme. Souvent les pratiques chamaniques sont assez dogmatiques. De plus, nous pouvons facilement traduire ce que, par exemple, H. L. A. Hart dit sur ces standards afin de justifier son chamanisme : nous avons des « standards communs » de l'entrée « correcte » en contact avec les esprits « et non quelque chose auquel chaque » chamane « n'obéit que personnellement ». « [...] C'est une condition nécessaire logiquement pour l'existence du système [...] unique » des croyances chamaniques.⁶⁹³ N'importe quelle chamane est liée d'une certaine manière par les pratiques de ses collègues.

⁶⁸⁹ *Ibid.* p. 121.

⁶⁹⁰ Gouvernement du District autonome de Tchoukotka, Чукотка в древности, http://www.chukotka.org/ru/region/history/old_chukotka/ 07 11 2009.

⁶⁹¹ Shirokogoroff, *Psychomental Complex...*, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁶⁹² Duncan Kennedy et Peter Gabel, "Roll over Beethoven" dans 36 *Stanford University Press* 1 (1984), p. 28, 34, 40.

⁶⁹³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994 (1961), p. 116.

En Bouriatie, il y a neuf classes hiérarchiques de chamanes.⁶⁹⁴ Si une chamane rejette complètement et radicalement l'expérience antérieure, les gens perdront la foi soit dans la capacité de la chamane à entendre la voix des esprits, soit dans les esprits. Même une chamane de la neuvième classe ne peut jamais dire que tous les esprits suprêmes de la communauté se sont suicidés de façon brutale et collective.

En se référant au patrimoine mythologique européen, nous pouvons distinguer deux types purs de chamane : la bonne fée et la sorcière. Les deux utilisent les mêmes techniques et pratiques chamaniques mais ont des objectifs différents. La qualification concrète d'une chamane particulière dépend toujours de nos attitudes personnelles politiques. Par exemple, une personne avec une vision profondément anti-extrême droite définirait la juge qui aggrave la situation juridique de Jean-Marie Le Pen comme une bonne fée quelle que soit la raison d'une telle aggravation. Par contre, si on adopte la perspective bulgare ou macédoine sur l'arrêt de la CEJ dans laquelle les chamanes transfèrent à la Communauté européenne la compétence en matière de sécurité nucléaire qui a pour conséquence l'apparition de l'exigence de la fermeture des centrales nucléaires en Bulgarie, en Slovaquie et en Lituanie ainsi que l'augmentation de prix d'électricité pour le consommateur, malgré le fait que de nombreux rapports de l'Agence internationale d'énergie atomique ont confirmé la sécurité desdites centrales, on dira que ces chamanes sont les sorcières.

Néanmoins, dans la présente étude, le débat sur l'attribution de la qualification de la bonne fée ou de la sorcière ne nous intéresse que marginalement. Ce que nous saisissons, c'est la méthode chamanique en tant que telle utilisée par ces deux personnages. L'objet de notre recherche est la transformation technique de la position de la partie perdante en position finale proclamée par la chamane dans le litige. Autrement dit, le point de départ de notre analyse d'interprétation juridique est la vision de ceux qui perdent ; le point d'arrivée est la conclusion de la Cour.

Sous l'angle de la théorie du chamanisme judiciaire, les personnes croyant profondément à la liaison logique et inévitable entre le point de départ et le point d'arrivée dans le raisonnement juridique, à la justesse indiscutable de la chamane et ayant des attitudes hostiles vis-à-vis du postmodernisme, sont considérées comme des zombies. Roscoe Pound parle des « moines juridiques »⁶⁹⁵ ce qui est presque la même chose sauf que le mot « zombie » souligne mieux

⁶⁹⁴ Бурятские шаманы, <http://www.buriatia.ru/religion/shaman.htm>, 14 04 2010.

⁶⁹⁵ Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 44 *American Law Review* 36 (1910).

l'agression. L'autre différence réside peut-être dans ce qu'il dit à savoir que les gens qui s'opposent fermement à l'adaptation rationnelle des textes juridiques aux conditions changeantes de la vie sont les moines, mais dans notre perspective, les juristes employant la technique téléologique d'interprétation ou celle de balance toutes deux proposées par Roscoe Pound peuvent aussi être classées comme des moines ou comme des zombies.

On peut trouver de nombreux exemples de zombies juridiques parmi les professeurs de droit, mais il n'est pas opportun de les nommer ou de considérer leurs travaux, car certaines personnes pourraient alors commencer à penser qu'il y a quelque chose d'insultant dans le concept de « zombie juridique » que j'emploie, ou bien dans ce « moine juridique » employé par Pound. Pour cette raison, je garderai le chapitre sur les zombies pour le cercle clandestin de mes amies.

SOUS-CHAPITRE. REJET DE LA DICHOTOMIE ACTIVISME-PASSIVISME

Arthur Schlesinger Jr. a introduit le concept de l'activisme judiciaire en 1947.⁶⁹⁶ Le dictionnaire juridique Merriam-Webster⁶⁹⁷ le définit comme la pratique judiciaire de la protection ou de l'extension des droits individuels, en prenant des décisions qui dévient du précédent établi ou sont indépendantes ou en opposition à l'intention législative ou constitutionnelle supposée. Selon le Black's Law Dictionary,⁶⁹⁸ l'activisme se caractérise comme une philosophie de la prise de décision judiciaire où la juge permet à sa vision personnelle sur la politique publique, parmi d'autres facteurs, de guider sa décision avec la suggestion que les adhérentes de cette philosophie ont une tendance à trouver des violations de la constitution et veulent ignorer le précédent. Le passivisme judiciaire doit être bien évidemment un phénomène contraire.

Les uns, comme Arthur Schlesinger et Ronald Dworkin, se prononcent contre l'activisme, les autres, comme Clint Bolick,⁶⁹⁹ sont pour.

⁶⁹⁶ Keenan D Kmiec, "The origin and current meanings of "judicial activism"", 92 *California Law Review* 1445 (2004).

⁶⁹⁷ *Merriam-Webster's Dictionary of Law*, 1996, disponible sur <http://dictionary.lp.findlaw.com/scripts/results.pl?co=dictionary.lp.findlaw.com&topic=63/63b4fcaa9491b3dbc9046a8eb1b07293>, 10 04 2010.

⁶⁹⁸ Brian A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 8 éd., St. Paul, Minn.: West Group, 1999.

⁶⁹⁹ Clint Bolick, "Viva el activismo judicial!", in *Gaceta de los Negocios*, 25 05 2007.

Keenam D. Kmiec écrit qu'en 1990 il y avait 3815 articles publiés utilisant le concept d'activisme judiciaire. Le chercheur constate que ce concept devient de plus en plus vague : les gens parlent de l'activisme judiciaire sans le définir. Kmiec clarifie cinq thèmes englobés par l'activisme⁷⁰⁰ :

1. La violation du principe de distinction des pouvoirs.
2. La non-adhésion au précédent.
3. La législation judiciaire.
4. Le départ de la méthodologie interprétative acceptée.
5. La prise de décision judiciaire orientée vers un résultat.

Dans la majorité des cas, l' « activisme judiciaire » signifie la « juge avec laquelle je suis en désaccord ». Il est très difficile de distinguer les méthodologies non-orthodoxes mais basées sur des principes d'un côté, et les interprétations « activistes » d'un autre côté.⁷⁰¹

Thomas Sowell remarque également l'indétermination de ce terme. La question « activisme envers quoi ? » donne sept réponses possibles : 1) la majorité populaire actuelle ; 2) la législature représentant la majorité populaire actuelle ; 3) les actes juridiques adoptés par la législature ; 4) les actes juridiques du corps exécutif ou administratif ; 5) le sens des mots de la constitution ; 6) les principes ou les objectifs des auteurs de la constitution ; 7) les précédents.⁷⁰²

Pour ces raisons, il ne me semble pas utile du point de vue d'une recherche académique de continuer l'emploi de la distinction activisme/passivisme. Notre classification des états de la pratique régulatrice est beaucoup plus précise et empirique.

Les concepts d' « activisme » et de « passivisme » ne sont pas empiriques. Ils sont une forme de publicité (de la « philosophie ») du chamanisme judiciaire dont nous parlerons plus tard.

⁷⁰⁰ Kmiec, "The origin and current meanings of "judicial activism"", *op. cit.*, pp. 1463-1475.

⁷⁰¹ *Ibid.* Pp. 1453, 1477.

⁷⁰² Thomas Sowell, Judicial Activism Reconsidered, <http://www.tsowell.com/judicial.htm>, 14 04 2010.

CHAPITRE 2. CHAMANISME JUDICIAIRE DANS UNE PERSPECTIVE PLUS GÉNÉRALE

SOUS-CHAPITRE 1. INEXISTENCE DU DROIT

Napoléon : *Monsieur de Laplace, je ne trouve pas dans votre système mention de Dieu ?*

Laplace : *Sire, je n'ai pas eu besoin de cette hypothèse.*⁷⁰³

La cause principale qui problématise l'existence même du droit réside dans le fait qu'il est impossible de donner une définition générale et précise de ce phénomène ni au niveau théorique ni dans la pratique quotidienne.

Tout d'abord, il y a un nombre énorme d'écoles juridiques (les positivistes, les jusnaturalistes, les utilitaristes, les intégralistes, les islamistes, etc). De plus, chaque école a d'habitude plusieurs définitions du droit qui sont d'ailleurs incompatibles. Selon le calcul d'Erik Wolf, on trouve 17 sens pour le mot « naturel » et 15 sens pour le mot « droit », ce qui nous donne 255 combinaisons possibles pour chercher le sens de l'expression « droit naturel »⁷⁰⁴. Charles K. Ogden et Ivor A. Richards vont encore plus loin en décrivant 16 sens du mot « sens »⁷⁰⁵, ce qui nous amène à un total de 4080. Il ne faut pas croire que l'école du droit naturel est une exception. La polysémie est un problème global.

Au niveau pratique, les juristes commencent à utiliser les notions de droit contradictoires devant la cour. Même si les deux parties confrontées en justice viennent de la même école, elles trouveront sans doute une raison pour se mettre en désaccord sur ce que le droit exige dans le cas en espèce.

⁷⁰³ Augustus De Morgan, *A Budget of Paradoxes*, Vol. II, David Eugene Smith (dir.), New York : Cosimo, 2007 (1954), p.2 en ligne sur Project Gutenberg, <http://www.gutenberg.org/files/26408/26408-8.txt>, 14 04 2010.

⁷⁰⁴ Erik Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre : Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe : Müller, 1964, P. 219.

⁷⁰⁵ Charles Ogden, Ivor Richards, *The Meaning of Meaning : A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*, London: Kegan Paul, Trench, Trubner, 1923, P. 544.

Cette diversité nous amène à la situation où il devient impossible de comprendre immédiatement ce que la personne utilisant le mot « droit » a précisément en tête. La frontière entre le « droit » et le « non droit » est vague. Qu'est-ce qui est inclus par cette personne dans le mot « droit » ? Et qu'est-ce qui en est exclu ? Pour ces raisons, le mot « droit » perd son opérationnalité et son efficacité. L'opérationnalité est comprise comme la capacité d'un concept juridique d'être un moyen des opérations intellectuelles décrivant les faits empiriques. Le sens utile du mot « droit » ou le sens dont nous pouvons parler au sein de la « science sur le droit » se confond avec sa signification propagandiste. La fonction propagandiste ou légitimant est le transfert de légitimité possédée par la facticité juridique au chamanisme au moyen de l'utilisation du mot « Droit ».

Jerrold Katz⁷⁰⁶ développe l'idée d'abandon des concepts proposée par Hilary Putnam⁷⁰⁷. Imaginons que nous avons découvert qu'absolument tous les chats sont des robots martiens, ce qui est en conflit avec notre croyance que les chats sont des félins. Dans ce cas, il est très probable que nous abandonnerions le concept de chat de la même manière que nous avons abandonné le concept de sorcière. Aujourd'hui on croit davantage que quelque chose comme une sorcière n'existe pas, plutôt que les sorcières ont une nature différente de ce que les gens pensaient au XVI^e siècle. Pourquoi ne pas abandonner le mot « droit » ? D'abord il y avait une période dans l'histoire humaine où ce mot n'existait pas mais où d'autres mots étaient utilisés, et ensuite une période avec ce mot mais sans les autres mots. Les concepts viennent et repartent.

Boštjan Zupančič définit le droit comme une mixture étrange de logique formelle, de sémantique, de grammaire et probablement de rhétorique⁷⁰⁸. La définition de Duncan Kennedy est encore plus englobant : les règles introduites, les arguments employés par les gens ainsi que les procès de raisonnement utilisés afin d'arriver aux règles introduites⁷⁰⁹. Mais en fait, ces deux conceptualisations sont tout à fait externes. Aucune juriste luttant devant la cour ou aucune philosophe du juridisme n'admettra pas que tous deux, le discours qu'elle pratique et le discours de son adversaire, composent ensemble « Le Droit ».

⁷⁰⁶ Jerrold Katz, *The Metaphysics of Meaning*, Cambridge, MA: Massachusetts Institute of Technology Press, pp. 1992, 216-221.

⁷⁰⁷ Hilary Putnam, « It Ain't Necessarily So » dans *Mathematics, Matter and Method*, Cambridge: Cambridge University Press, 1975, pp. 237-239.

⁷⁰⁸ Boštjan M. Zupančič, *The Owl Of Minerva: Essays On Human Rights*, Utrecht : Eleven International Publishing, 2008, p. 314.

⁷⁰⁹ Interview de Vicki Quade avec Duncan Kennedy, "Are lawyers really necessary?" *op. cit.*

Pierre Legendre préfère laisser le concept du « Droit » aux juristes sur le terrain (autrement dit, le concept qui représente leur légitimation individuelle de ce qui se passe, de ce qu'elles essaie de faire) et parler de la « normativité » quand on décrit les procès juridiques au niveau académique.⁷¹⁰

Par ailleurs, je dirais que dans ma perception personnelle, dans mon complexe psychomental, le mot « normativité » est associé trop étroitement avec le mot « normal ». Pour cela, j'ai l'intention de parler plutôt de « pratique régulatrice ». Les mots « pratique », « régulation » et « dérégulation » se réfèrent à un processus. De plus, les mots « régulation » et « dérégulation » présupposent des processus différents de ce qui est exigé, sans connotation négative, comme c'est le cas avec le mot « anormal ».

Donc, dans ce travail nous allons abandonner le mot « droit » et utiliser plutôt le concept de la pratique régulatrice.

SOUS-CHAPITRE 2. PRATIQUES RÉGULATRICES

La notion de pratique régulatrice ne nie pas l'existence du « Droit » dans le sens conventionnel mais, au contraire, englobe toutes les règles introduites, tous les modes d'argumentation normative en utilisation et toutes les hypothèses à propos de ce que la juge doit faire. N'importe quelle version du juridisme implique beaucoup plus de négation vis-à-vis d'autres juridismes que le postmodernisme. Par « juridisme » nous comprendrons toute la pensée juridique insistant sur la possibilité de prendre une décision judiciaire de façon impersonnelle.

En résumé, la notion de pratique régulatrice nous donne trois avantages principaux par rapport à celle du « Droit ». Premièrement, on évite la polysémie du mot « Droit ». Deuxièmement, on prend en considération toutes les hypothèses juridiques, sans résistance quelconque d'un point de vue interne. Troisièmement, on évite la fonction légitimante-propagandiste qu'a le mot « Droit ».

⁷¹⁰ Legendre, *Le désir politique de Dieu...*, op. cit., p. 221.

Par la suite, les pratiques régulatrices doivent être divisées au moins en cinq états : la facticité régulatrice, le mode alternatif de résolution de conflits, le chamanisme juridique chaotique, le « gedoogd » et le chamanisme judiciaire.

1. La facticité est l'état de la pratique régulatrice où les parties en conflit sont à 100 % sûres du choix qui sera fait par les autorités.

Notre recherche empirique découvre l'existence de trois types de facticité dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme :

- ☉ La partie perdante ne se prononce pas. C'est la situation où la partie perdante ne produit aucun contrargument face à l'attaque de la partie gagnante.

Par exemple, dans l'arrêt *Commission contre Autriche*, C-437/03, la Cour de justice constate qu'une directive n'autorise que les personnes en possession d'un diplôme universitaire à pratiquer l'art dentaire, mais les autrichiennes ont essayé de ne pas fermer l'accès à la profession aux personnes ayant un diplôme non-universitaire. Le gouvernement ne se prononce pas sur cette accusation et la Cour conclut que c'est une violation.⁷¹¹

Dans l'affaire *Ilaşcu*, la Russie en tant que partie perdante n'essaye pas de nier que l'emprisonnement de huit ans sans aucune possibilité de contact avec d'autres prisonnières, sans droit de recevoir ou d'envoyer du courrier, sans droit à une avocate, sans visites régulières de la part de sa famille, dans une cellule sans chauffage en hiver, sans ventilation et sans fenêtres, avec une alimentation inappropriée et sans possibilité de prendre une douche plus souvent qu'une fois pendant plusieurs mois, doit être considéré comme torture.⁷¹²

- ☉ Erreur. C'est la situation où la partie perdante a commis une erreur de lecture d'un acte juridique.

Dans l'arrêt *EMU Tabac* s'agissant de la double imposition, une société ne veut pas payer le droit d'accise au Royaume-Uni où elle commercialise ses produits puisqu'elle l'a déjà payé dans un autre

⁷¹¹ *Commission contre Autriche*, C-437/03, CEJ, §§ 7, 8, 24 et 25.

⁷¹² *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, p. 438.

État. La Cour remarque qu'il n'y a pas de double imposition car la directive concernée prévoit clairement que dans ce cas la société sera remboursée par le premier État.⁷¹³

- La partie perdante reconnaît la faute. Il s'agit du cas où la partie perdante est d'accord avec la Cour et reconnaît qu'elle a violé une règle.

Dans l'arrêt *Mouflin*, la France garantit à une femme fonctionnaire le droit immédiat à la pension civile quand son conjoint est atteint d'une maladie incurable mais ne le fait pas à l'égard des hommes fonctionnaires. Le gouvernement français admet que c'est une discrimination illicite liée au sexe.⁷¹⁴

2. Le « gedooagd » est un mot néerlandais difficilement traduisible en français. Certains juristes néerlandophones définissent ce concept comme « pas légal, mais pas illégal » ou « illégal mais toléré ».⁷¹⁵ Le « gedooagd » doit être utilisé pour décrire la situation où les parties reconnaissent qu'une certaine violation du droit formel a été commise, mais que cette transgression est tolérée par les autorités.

Par exemple, le député néerlandais Paul van Buitenen obtient de manière illégale les données concernant la fraude au Parlement européen. Ensuite, il transfère cette information aux journalistes.⁷¹⁶ Il n'y aura pas de sanction, mais il est néanmoins évident que M. van Buitenen serait fier d'être puni. Encore un exemple : l'interdiction formelle d'afficher une publicité politique sur les murs et dans les ascenseurs en Lituanie un mois avant les élections parlementaires. Les chrétiennes-démocrates reconnaissent que c'est interdit mais le font quand même sans être punies.

On retrouve le gedooagd chaque jour. Il est écrit sur le site web de l'université de Londres qu'il faut poser les questions par email à l'adresse registry-enquiries@bbk.ac.uk, mais il n'y a personne au

⁷¹³ *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 9, 50 et 51.

⁷¹⁴ *Mouflin*, C-206/00, CEJ, §§ 3, 5, 10, 27 et 28. Voyez encore *Commission c. Belgique*, C-172/98, CEJ, §§ 2-4 et 10.

⁷¹⁵ Anton van der Lem, « Het gedooagdbeleid in de zestiende eeuw » in W. J. van Noort, R. T. P. Wiche (dir.), *Nederland als voorbeeldige natie*, Hilversum: Verloren, 2006, p. 27.

⁷¹⁶ Member of the European Parliament makes internal fraud report public, <http://www.youtube.com/watch?v=ExTb8M0sIzI>, 14 04 2010.

secrétariat qui lit le courrier de cette boîte. Du point de vue formel, les gens qui travaillent là sont obligés de lire les emails, mais si elles ne le font pas et il n'y a aucune sanction pour autant.

3. La solution de problème sans une tiers personne en possession du pouvoir contraignant (l'absence de la juge ou de la chamane et la solution de conflit par un accord libre entre les parties en conflit) est l'état de pratique régulatrice où les parties en conflit ont des doutes sur les conclusions auxquelles arrivera la juge et c'est pour ça qu'elles choisissent de ne pas avoir recours aux autorités, mais décident de trouver une solution qui soit acceptable par chacune d'entre-elles et qui puisse être appliquée dans l'avenir. Cette recherche peut être facilitée par un arbitre sans pouvoir contraignant.

Telle est la situation, par exemple, avec l'introduction de l'euro en Suède. Après le référendum qui a rejeté la devise européenne, Bruxelles et Stockholm sont arrivés à la position commune que la Suède reconnaissait son obligation d'entrer dans la zone euro un jour futur imprécis et que cette interprétation n'était pas applicable aux nouveaux États membres qui joindraient l'Union en 2004 et durant les années suivantes. Aucune de deux parties n'a voulu s'adresser à la Cour européenne de justice.

4. Le chamanisme juridique chaotique est la situation où les parties en conflit ne sont pas d'accord sur ce qui est exigé par la pratique régulatrice, mais où le conflit n'est solutionné ni par la voie judiciaire ni par un mode alternatif et où l'on reste dans l'incapacité de prévoir comment un conflit analogue sera résolu dans le futur.

On peut évoquer comme exemple la deuxième guerre en Iraq. Il y a toujours deux visions juridiques diamétralement opposées : l'une soutenue en particulier par la Maison Blanche de Bush II, affirmant que le droit international autorise les Etats-Unis à occuper l'Iraq ; et l'autre insistant sur la vision que cette guerre est illégale.

5. Le chamanisme judiciaire est la situation où une institution judiciaire rend une interprétation de pratique régulatrice. Cet état de pratique régulatrice est l'objet principal de notre recherche. Certaines juristes pensent que le mot « chamanisme » est un synonyme du mot

« idiotie ». ⁷¹⁷ Il faut souligner qu'il n'y a rien d'insultant dans le mot « chamanisme » puisque j'utilise cette conception avec le même amour que celui qui règne dans le cœur d'un anthropologue consacrant plusieurs années de sa vie à une étude de tribu africaine.

Duncan Kennedy a le doute suivant : comment classer (1) la situation chamanique où la partie perdante se comporte comme dans une situation de facticité car elle n'a pas de compétence suffisante pour trouver un contrargument ou comment classer si (2) la situation de facticité soulevée jusqu'à la dernière instance où la partie perdante n'accepte même pas les arguments élémentaires. L'avocate comprend qu'elle fait une bêtise en allant loin, elle comprend parfaitement que tous les arguments qu'elle produit sont non pertinentes et irrecevables mais elle le fait quand même tout simplement parce qu'elle est bien payée par sa cliente. ⁷¹⁸

Je n'ai pas d'exemples empiriques, mais oui, probablement cela se produit. Je mettrais la première situation dans l'état de facticité dans le cadre du complexe psychomental commun de la partie perdante et de la juge, mais je la transposerais dans l'état du chamanisme judiciaire si on élargit leur complexe psychomental à ce qui existe dans la tête de Duncan Kennedy. Le complexe psychomental est une conception développée par Sergey Shirokogoroff ⁷¹⁹ et elle englobe tous les esprits et leurs relations hiérarchiques auxquels le possesseur du complexe croit. Alors, si la partie perdante ne conteste pas ou reconnaît l'affirmation en provenance du complexe de la juge, même dans le cas où la partie perdante est tout simplement incompétente, cela signifie que la partie perdante et la juge se trouvent dans la facticité au niveau de leurs complexes psychomentaux. D'un autre côté, moi, personnellement, j'ai eu des litiges concernant l'interdiction d'assemblées pacifiques en Lituanie, litiges qui se sont terminés par la défaite devant la cour de première instance car je n'avais pas le temps d'aller plus loin. Oui, cela arrive.

En ce qui concerne la deuxième situation, je la placerais quand même dans la catégorie de chamanisme judiciaire. Il faut faire attention à la grande diversité des croyances admissibles dans les sociétés chamaniques. Plusieurs tribus ont un certain nombre d'esprits communs. Chaque tribu a un grand nombre d'esprits propres, chaque clan a ses esprits, chaque famille a aussi des esprits-

⁷¹⁷ Interview de Jūratė Skėrytė avec M. Egidijus Kūris, le président de la Cour constitutionnelle lituanienne, publié sur le site web de la Cour constitutionnelle de la Lituanie le 20 03 2008, www.lrkt.lt/APublikacijos_20080320a.html, 14 04 2010.

⁷¹⁸ Débat avec le professeur Duncan Kennedy en avril 2008, l'Université de Harvard.

⁷¹⁹ Sergey Shirokogoroff, *Psychomental Complex of the Tungus*, London : Kegan, Paul, Trench, Trubner, 1935.

défendeurs. De plus, chaque individu peut avoir des esprits personnels. Il est possible que certains esprits personnels soient considérés comme une forme d'idiotie par la chamane de la tribu, mais le rituel reste toujours un renversement de croyances. Il est possible que l'avocate qui présente les arguments idiots ne croit pas elle-même en ce qu'elle dit mais nous ne sommes pas capables de vérifier la sincérité d'une partie dans le litige et, pour cette raison, je préfère croire qu'elle y croit. En même temps, je doute du fait si Oussama bin Laden était présenté devant la cour américaine, il engagerait une juriste qui baserait la défense sur le Coran et sur les principes de la charia. Je crois plutôt qu'elles feraient tout pour s'adapter au complexe psychomental de la juge qui décide de l'affaire.

Le rejet du concept de « Droit » et la distinction des ces cinq états de la pratique régulatrice nous amènent à la société postjuridique. La société postjuridique est la société qui a compris la nature artificielle, manipulable et politique des interprétations juridiques et qui commence à être intéressée par les résultats empiriques de la pratique régulatrice. Dans la société postjuridique, il y a déplacement de la légitimité chamanique vers la légitimité empirique. Si les citoyens comprennent que Le Droit n'existe pas, elles commenceront inévitablement à réfléchir sur les possibilités de mieux contrôler les institutions qui portent actuellement le nom de « cours ». Par contre, je ne trouve pas qu'il y ait lieu, dans le cadre de ce travail, de davantage développer sur les projets politiques des écd et du postmodernisme.

SOUS-CHAPITRE 3. LE MARCHÉ JURIDIQUE ET LA MÉTHODOLOGIE POUR LES TECHNIQUES PUBLICITAIRES DU JURIDISME

Que vendez-vous ? Je voudrais poser cette question à toutes les avocates, aux juges et aux autres praticiennes. Que produit ce groupe en échange de tous ces euros, livres sterling, dollars ou bien ces tougriks (désolé, j'ai oublié d'où vous venez) transférés sur son compte bancaire ? Vendez-vous des préservatifs ? Des pommes de terre, peut-être ? La marchandise que vous vendez s'appelle l' « argument juridique ». Cette idée est apparue déjà chez Rodell⁷²⁰ qui écrivait que les juristes vendent du « Droit ». Dans le présent travail, je vous invite à essayer d'aller encore plus loin. Le tableau suivant présente la vision empirique mercantiliste du marché juridique.

⁷²⁰ Fred Rodell, *Woe unto you, Lawyers!*, New York : Pageant Press, 1939, p. 10.

| | Le marché des préservatifs | Le marché des arguments juridiques | Le marché du chamanisme |
|---|---|--|--|
| Le sous-marché de la technologie industrielle | L'usine de fer émettant de la fumée noire | Les méthodes d'interprétation | Les méthodes d'entrée en contact direct avec les esprits |
| Le sous-marché de « la marchandise dans le magasin » | Un préservatif | Un argument juridique | Un esprit |
| Le sous-marché de la publicité commerciale | La philosophie du préservatif. Pourquoi est-ce que les préservatifs au goût de fraise sont-ils les meilleurs ? Quelle est l'influence du préservatif sur la société contemporaine ? | La philosophie du droit (Dworkin, Finnis, Alexy, Hart, Kelsen) | La promotion de la croyance dans le chamanisme |

Selon le Conseil national des barreaux, la valeur annuelle des arguments juridiques vendus par les avocates françaises s'élève à 2,98 milliards d'euros.⁷²¹ Il n'y a aucune philosophie dans la question « que vendez-vous ? ». Imaginez que vous êtes dans une sandwicherie, dans une pharmacie ou dans un magasin.

Il est faux de penser que la recherche que vous tenez dans vos mains est une sorte de philosophie juridique. La seule chose qui nous intéresse vraiment est les faits empiriques que nous pouvons toucher directement avec nos doigts. Nous insistons sur l'existence de la distinction entre un objet empirique (une marchandise, un préservatif, un argument juridique, un esprit) et une idée autour de cet objet (la publicité, la philosophie, la croyance).

Pourquoi est-ce que nous avons pris le préservatif comme exemple de marchandise analogue à un argument juridique ? Tout simplement parce que cette marchandise est entourée comme l'argument

⁷²¹ Le conseil national des barreaux, http://archives.cnb.avocat.fr/pdf/observatoire/chiffres_des_7.pdf, 21 09 2007.

juridique d'une grande quantité d'idées non-empiriques. L'empirisme doit être considéré comme le contraire de la philosophie. Dans cette recherche, nous ne nous posons pas de questions telles : quel argument est « bon » ou « mauvais » ? Que doivent faire les juges d'un point de vue objectif? Ou encore : quelle est l'influence d'une vision argumentative juridique particulière sur la société ?

Si nous appliquons ces trois questions à la marchandise « préservatif », le débat et les réponses porteront les noms de « publicité commerciale » ou « philosophie du préservatif ». Le concept de la publicité que nous allons utiliser englobe également la « contre-publicité », puisque cette dernière facilite la commercialisation d'une contre-marchandise sur le même marché. Mais, de toute façon, nous allons également aborder la publicité d'IKEA, de Berlusconi, de Pepsi, de Coke, etc.

Notre recherche empirique sera divisée en deux parties conceptuelles : l'analyse empirique de la technologie industrielle juridique et l'analyse empirique de la publicité commerciale du « droit ». Par contre, le sous-chapitre sur le chamanisme judiciaire et la politique ne doit pas être considéré comme une « recherche » puisque c'est seulement une référence à la position politique des écd et des postmodernistes parisiennes. Ce sous-chapitre n'a pour but que de décrire brièvement ce qu'elles pensent au niveau de la politique.

Nous commencerons cette recherche empirique par la comparaison du marché des arguments juridiques au marché du chamanisme sur le niveau technologique (ou bien au marché des esprits – à savoir comment la volonté des esprits est-elle produit, par exemple, chez les evenkes, chez les haïtiennes, etc.. On observe la similarité entre ces deux marchés puisque, premièrement, ils sont créés autour d'une idée métaphysique de justice et d'ordre que nous ne pouvons pas appréhender. Deuxièmement, la marchandise elle-même (l'argument juridique, la volonté d'un esprit, la musique, la peinture) empiriquement n'existe qu'au niveau intellectuel et émotionnel. Néanmoins, l'existence de cette marchandise est empirique et non-philosophique. Elle peut être facilement mesurée sous forme d'argent. J'analyserais donc en premier lieu la technologie industrielle de production des arguments juridiques en la comparant avec la technologie industrielle du chamanisme afin d'expliquer la volonté des esprits.

Ensuite, notre recherche sera consacrée à l'analyse empirique des campagnes publicitaires développées par Ronald Dworkin, Herbert Hart et John Finnis afin de commercialiser une

marchandise ou une technologie industrielle particulière. Après cela, nous ferons également une brève revue d'autres campagnes publicitaires.

Il y a trois campagnes publicitaires principales : dire que le positivisme est bon, dire que l'iusnaturalisme est bon, ainsi que dire que « le droit comme intégrité » est bon. Je suis absolument indifférent à ces affirmations publicitaires. Ce qui m'intéresse, c'est la question de savoir comment ces campagnes sont construites au niveau empirique. Il faut également remarquer que notre recherche n'est pas une critique vis-à-vis de la publicité. Il s'agit tout simplement de voir comment le marché fonctionne.

Il est amusant de remarquer que malgré les conflits publicitaires, toutes les avocates sont intéressées par la réussite partielle de toutes les stratégies mutuellement incompatibles, car un tel succès augmente l'indétermination juridique. Davantage d'indétermination signifie une augmentation de la demande commerciale d'explication, ce qui produit à son tour un effet tout à fait positif sur les chiffres du compte bancaire d'une avocate. En même temps, l'indétermination absolue détruirait la foi dans le « Droit » et dans le marché juridique lui-même. Cette observation est empirique. De plus, je voudrais distinguer cette recherche de toutes les approches philosophiques possibles qui peuvent être provoquées par cette observation.

En fait, c'est déjà Jean Baudrillard qui a commencé la comparaison de la publicité commerciale avec la philosophie du produit et avec le « rituel moderne d'opérations miraculeuses ».⁷²²

Le présent travail sera « trilingue ». La langue juridique classique dominera dans toutes les parties de cette thèse. La langue chamanique sera largement utilisée dans la partie consacrée à l'analyse des techniques d'interprétation judiciaire (des techniques chamaniques d'entrée en contact direct avec les esprits. La partie analysant la philosophie du droit sera en partie présentée dans les termes de la langue des créateurs de la publicité commerciale puisque nous assimilons les travaux de John Finnis, H.L.A. Hart et Ronald Dworkin à la publicité commerciale de certaines techniques du chamanisme judiciaire. J'utiliserai les parenthèses pour distinguer les trois langues et faciliter leur traduction.

⁷²² Baudrillard, *Le système des objets*, op. cit., p. 78.

Le mot « publicité » n'a rien insultant non plus, et ce, même si nous parlons parfois de la publicité des préservatifs. Dans l'analyse économique scientifique, il ne peut y avoir de différence fondamentale entre des marchandises telles que les téléphones, les préservatifs, les pommes de terre, les tables, les arguments juridiques, les voitures, l'immobilier, les armes nucléaires, etc. Pour ma part, il n'a aucun argument comparatif entre un argument juridique et Pepsi Cola, mais il y a une comparaison de la construction technique de la publicité commerciale. La nature de la marchandise n'est pas pertinente du tout, mais il est toujours intéressant de jouer avec les clichés.

L'objectif de notre comparaison n'est pas de comparer les similarités et les différences, mais de comprendre comment ce mécanisme fonctionne.

SOUS-CHAPITRE 4. CRITIQUE CONTRE LA CRITIQUE

...l'idée que quelques idées ont une mauvaise tendance est une idée avec une mauvaise tendance et doit être rejetée a priori.

Duncan Kennedy⁷²³

La critique envers les études critiques du droit se développe selon plusieurs directions :

- Les décisions judiciaires sont prévisibles dans la majorité des cas.
- Les écd sont nihilistes, la théorie du chamanisme judiciaire est nihiliste.
- Les écd comme légitimation du statu quo.
- Les crites veulent tout détruire.

Plus bas nous allons résumer la critique et y répondre.

⁷²³ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 12.

Les décisions judiciaires sont prévisibles dans la majorité des cas.

On trouve cinq réponses à la thèse que les décisions judiciaires sont prévisibles dans la majorité des cas :

- 1) Les juristes développent des conventions partagées qui restent stables jusqu'au moment où quelque chose se passe et les déstabilise.⁷²⁴
- 2) Selon Peter Gabel, une des fonctions principales de la cour est la fonction judiciaire passivisante. Pour cette raison la juge fait attention à ne pas dépasser les limites sociales qu'elle sent dans des affaires quotidiennes afin de pouvoir maîtriser la formation de la conscience oppositionnelle et libératoire ou, autrement dit, la formation de l'attitude « niquer cette connerie » (« *fuck this bullshit* »).⁷²⁵
- 3) Aucune chamane ne peut jamais déclarer que tous les dieux suprêmes et les esprits principaux ont commis un suicide collectif puisque cela irait à l'encontre des standards communs d'un rituel chamanique correct.⁷²⁶
- 4) Ni les crites, ni la théorie du chamanisme judiciaire ne nient l'existence de la facticité régulatrice.⁷²⁷ Le point de désaccord avec le juridisme porte sur les frontières entre la facticité et le chamanisme.
- 5) La thèse sur la « prévisibilité du droit dans la majorité des cas » nécessite une recherche et un soutien empirique beaucoup plus approfondis afin d'être considérée comme fondée.

Les écd sont nihilistes, la théorie du chamanisme judiciaire est nihiliste.

Le concept du nihilisme est polysémique. Nous pouvons trouver plusieurs sens à ce mot :

⁷²⁴ Gordon, "Some Critical Theories of Law and their Critics", *op. cit.*, p. 655.

⁷²⁵ Peter Gabel, "Reification in legal reasoning", 3 *Research in Law and Sociology* 34.

⁷²⁶ Stanislovas Tomas, "Theory of Judicial Shamanism" dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007, p. 141.

⁷²⁷ Interview de Vicki Quade avec Duncan Kennedy, "Are lawyers really necessary?" *op. cit.*

- Ce mot est employé pour désigner le sophiste grec Gorgias qui affirmait que rien n'existe. Si quelque chose existe, il ne peut être l'objet de connaissance et, finalement, si une chose devient l'objet de connaissance, cette connaissance ne peut pas être communiquée.
- L'Église catholique appelle nihilisme les modes de pensée qui affirment que l'existence est uniquement matérielle et qui sont, par conséquent, athées. Auguste Comte, par exemple, fait partie de cette catégorie de nihilistes.
- Friedrich Nietzsche est répertorié en tant que nihiliste pour sa thèse sur la mort de Dieu et sur la fin de la croyance dans le sens éthique transcendant de l'existence. Les valeurs sont celles que « nous » « décidons » qu'elles sont.
- Léon Tolstoï classe l'Église orthodoxe russe dans la catégorie du nihilisme pour son rejet de la vie sociale avec toutes ses valeurs matérielles en tant qu'absurdité et comme périssable en faveur du salut de l'âme et de la vie éternelle. Le communisme a les mêmes racines « nihilistes » que le christianisme oriental.⁷²⁸
- Depuis la fin du XIX^e siècle le nihilisme est souvent associé non seulement à quelque chose d'erroné mais aussi à une mauvaise tendance. Cette tendance a trois formes. Premièrement, c'est le terrorisme politique. Le rêve des anarchistes russes du début de XX^e siècle était de tuer le tsar. Finalement, Fanny Kaplan a tiré sur Vladimir Lénine. Deuxièmement, le nihilisme est utilisé dans le sens d'« immoralisme », comme celui du personnage d'André Gide qui commet fièrement le meurtre gratuit d'un étranger rencontré dans un train. Troisièmement, le nihilisme entraîne l'apathie et le désespoir.

L'emploi de ce terme pendant les « guerres culturelles » du 20^e siècle est surtout une épithète plutôt qu'un concept déterminant la substance explicite et avouée de la position de l'adversaire.⁷²⁹

Les écd ne nient pas la facticité régulatrice, ni la possibilité hypothétique de réussir dans la reconstitution du droit. Les crites ne réduisent aucunement la prise de décision judiciaire à ce que la juge a mangé pour le petit déjeuner.⁷³⁰ L'état de la pratique régulatrice, avant de considérer tous les matériaux juridiques, est décrit par la notion d'inconnaissabilité et non par l'indétermination. Donc il n'y a aucun nihilisme métaphysique dans ce genre de recherche.

⁷²⁸ Nicolay Berdyaev, « L. Tolstoy », disponible sur <http://www.vehi.net/berdyaev/tolstoi.html>, 14 04 2010.

⁷²⁹ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, « La place de René Demogue... », *op. cit.*, p. 201.

⁷³⁰ Fisher et al. (dir.), *American Legal Realism*, p. xiv.

En ce qui concerne la théorie du chamanisme judiciaire et notre thèse sur l'équivalence entre un principe juridique et un esprit, le juridisme traditionnel est beaucoup plus nihiliste. Cette théorie réaffirme les chamanismes alternatifs tandis que le juridisme nie la plupart d'entre eux.

P. M. Schanck définit le postmodernisme par quatre traits⁷³¹ :

1. Il n'y a pas d'entités autonomes et autosuffisantes. Elles sont des créations sociales, culturelles, historiques et linguistiques.
2. Il n'y a pas de principes fondateurs permettant d'en déduire des assertions ; ainsi aucune certitude sur la base de déduction ou de vérification empirique n'est possible.
3. La connaissance de la réalité n'est pas possible car ce que nous savons n'est qu'une croyance attachée à un contexte dans lequel elle est née.
4. La langue est incapable de représenter ou de correspondre à la réalité parce que cette dernière est construite socialement et culturellement.

Autrement dit, Schanck présente le postmodernisme comme un nihilisme métaphysique, ce qui n'est pas le cas. Minda le critique pour son mode de compréhension moderniste. De telles affirmations essentialistes sont en contradiction avec la pensée postmoderne.⁷³²

Pour Gerald Frug, le but de la déconstruction est de relever comment des valeurs et des possibilités importantes ont été sous-estimées, rejetées ou oubliées.⁷³³ Jacques Derrida dit que la déconstruction est la justice.⁷³⁴

Selon Minda, le mot « nihilisme » comme référence à des crites est tout à fait inappropriée puisque les écd sont une perspective très engagée au niveau politique et très optimiste. L'anarchisme est différent du nihilisme.⁷³⁵

⁷³¹ Peter Schanck, "Understating Postmodern Thought", 65 *Southern California Law Review* 2505 (1992).

⁷³² Stephen M. Feldman, "Diagnosing Power: Postmodernism in Legal Scholarship and Judicial Practice (With Emphasis on the Teague Rule against New Rules in Habeas Corpus Cases)", 88 *Northwestern University Law Review* 1046 (1994).

⁷³³ Gerald F. Frug, "The Ideology of Bureaucracy in American Law", 97 *Harvard Law Review* 1277, 1291, 1386 (1984).

⁷³⁴ Derrida, "Force of Law: The Mystical Foundation of Authority", *op. cit.*, p. 945.

⁷³⁵ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 124.

Minda lie l'accusation en nihilisme émise par le juridisme traditionnel à la peur de la différence. Jerome Frank explique cette peur par des problèmes psychologiques, par la surprotection parentale dans l'enfance retardant le développement psychique. Un enfant a besoin du père tout-puissant et tout-savant, mais un adulte doit aussi avoir confiance en soi et doit pouvoir accepter d'être responsable.⁷³⁶

En même temps Jerome Frank ne justifie pas la critique du droit pour la critique elle-même. La critique doit être calme et froide au lieu d'être hostile, fâchée et d'insurgée. Cette dernière est également un signe d'infantilisme prolongé.⁷³⁷

Martti Koskenniemi critique la perspective réaliste et son présupposé rejet des valeurs en disant que la position réaliste sur la possibilité de parler au pouvoir politique sans la médiation de l'éthique est discutable en raison de son caractère tout aussi idéologique.⁷³⁸ Koskenniemi fait deux erreurs. Premièrement, les critiques ou les réalistes contemporaines ne nient pas la médiation des valeurs éthiques. Ces valeurs sont des esprits auxquels on croit ou non. On peut continuer à chercher les autres gens qui partagent ou ne partagent pas une telle religion chamanique. On peut également essayer de convertir les autres gens à notre religion. Deuxièmement, le point de départ analytique des critiques est l'inconnaissabilité et non l'indétermination idéologique. Il est parfaitement possible que dans un certain cas, après avoir considéré toutes les amulettes, on conclura que nous sommes dans la situation de facticité régulatrice ou bien dans la situation de facticité « éthique », si Koskenniemi le veut.

La critique de Platon lancée contre les sceptiques antiques reste toujours en vigueur : la thèse « la vérité n'existe pas » ou bien « je ne sais pas si je sais » est contradictoire et se nie elle-même. Cette critique est reprise chez John Finnis. Mais, en fait, c'est une attaque à laquelle on se soustrait. La théorie du chamanisme judiciaire relativise le discours juridique et les constructions spirituelles mais ne nie pas le jeu des intérêts et du pouvoir, ni l'interaction entre le discours juridique et la réalité empirique.

⁷³⁶ Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick:Transaction Publishers, 2009 (1930), p. 265.

⁷³⁷ *Ibid.* p. 268.

⁷³⁸ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 111.

Koskenniemi associe le réalisme juridique au cynisme ou à la mauvaise foi afin de le délégitimer.⁷³⁹ D'abord, il mécomprend absolument la relation du cynisme à la mauvaise foi. C'est amusant mais il ne fait aucune référence aux philosophes cyniques de l'antiquité. Aucune citation d'Antisthène, de Diogène de Sinope, de Cratès de Thèbes ou de Hipparchia de Maroneia etc. Koskenniemi pense que le cynisme se caractérise par l'attitude « tout peut aller ».⁷⁴⁰ Son ignorance totale des travaux des vraies cyniques grecques est inadmissible. Ensuite, je ne dirais pas que réalisme contemporain est une mauvaise foi dans le droit. C'est plutôt une foi multiple.

Légitimons-nous le statu quo ? Voulons-nous tout détruire ?

La critique lancée contre les critiques comme celle contre les destructrices de l'ordre social a deux formes. Dans la forme faible, il est considéré que la déconstruction amène à la légitimation du statu quo. Dans la forme plus forte, il est affirmé que le postmodernisme est une voie vers le totalitarisme.

Eric Engle écrit que le postmodernisme donne la voix à celles qui sont d'habitude sans voix et puis ne les entend pas parce que toutes les voix sont valides et qu'il n'y a pas des valeurs universelles.⁷⁴¹ Ici, il faut revenir aux travaux d'Unger qui dit que le projet critique a deux parties : la démonstration de l'indétermination des techniques juridiques et l'emploi instrumental de ces techniques pour la promotion de l'agenda gauchiste.

Koskenniemi dit que la déconstruction peut être transformée en un moyen de légitimation du statu quo.⁷⁴² Je dirais même plus. La déconstruction peut être renversée pour la fondation du totalitarisme. Regardons Carl Schmitt ouvrant le chemin juridique d'Hitler ou Evgeny Pashukanis l'ouvrant pour Staline. Pour cette raison, notre deuxième pas est la lutte gauchiste contre le juridisme qui est, en fait, le réalisme du statu quo. De toute façon, la délégitimation du discours hégémonique est plus utile pour la gauche que pour la droite. La perte de la foi dans les mythes

⁷³⁹ *Ibid.* p. 378.

⁷⁴⁰ *Ibid.* p. 407.

⁷⁴¹ Eric Engle, Critical Legal Studies in America, disponible ici <http://www.gradnet.de/papers/pomo2.papers/engle00.htm>, 14 04 2010.

⁷⁴² Koskenniemi, *La politique du droit international*, op. cit., p. 407.

sociaux renforce les fem-crites et les race-crites et la conscience libératoire oppositionnelle plutôt qu'Hitler. Le totalitarisme est absolument incompatible avec la pensée crite car il se base sur le chamanisme brutal et absolu.

Jerome Frank fait face aux accusations d'avoir le désir de tout détruire en proposant à la théologie juridique de suivre l'exemple du grand penseur religieux G. B. Foster qui écrit que le leader vrai et sage aimant ses frères ne cache pas les doutes et ne les ignore pas. Ce leader rend ses frères égaux au doute pour les inspirer. Il ne dit pas que le doute religieux est une maladie de l'âme mais que ce doute est nécessaire pour la santé de l'âme. Le doute n'est pas une pourriture mais une renaissance. Celui qui a peur du doute a peur de la vérité.

Duncan Kennedy pense que si les gens étaient au courant du fonctionnement des pratiques régulatrices, les décisions judiciaires deviendraient en un sens « mieux ».⁷⁴³ Fred Rodell partage cette vision et dit que la pensée juridique traditionnelle a une *méfiance bizarre* vis-à-vis des *tendances civilisées du peuple*. Les gens sont beaucoup plus intelligents que le juridisme ne le présuppose et le monde ne se dégradera pas vers le chaos. Nous ferons, même au contraire, un nouveau pas dans notre évolution.

⁷⁴³ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 19.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Nous avons revu comment la problématique de l'indétermination juridique est abordée au sein de l'école du réalisme, par le courant postmoderne et par les crites.

Nous avons également présenté les conceptions que sont le complexe psychomental, la magie juridique, la mystique juridique, la mythologie juridique, la théologie juridique, la liturgie juridique, l'idolâtrie juridique, la religion civile, l'athéisme constitutionnel et la postité.

Après avoir trouvé certaines reconnaissances de l'indétermination juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme que nous avons classifié en 14 variantes, j'ai proposé de passer à la formulation des affirmations principales du chamanisme judiciaire : remplacer le mot « juge » par « chamane », les mots « principe juridique », « règle », « considération » par « esprit » et les mots comme « arrêt », « loi », « traité », « convention », « directive », « régulation » par « amulette où les esprits habitent ».

Bien évidemment, il faut remettre l'idée du chamanisme judiciaire dans un contexte plus général. En particulier, il faut la relation entre la distinction en chamanisme et en facticité d'un côté, et la distinction en activisme et en passivisme de l'autre. J'ai montré que la distinction *activisme contre passivisme* est trop imprécise et peu utile. De plus, la conception du chamanisme couvre souvent les deux : l'activisme et le passivisme.

Ensuite, on a appliqué la théorie des concepts abandonnés au « droit » et proposé de remplacer ce mot par « pratiques régulatrices ». Le terme de la pratique régulatrice doit englober la pratique générale de ce que les organes agissant font au nom du « droit ». Une partie de ces pratiques est prévisible même à 100 %, mais l'autre partie nommée « droit » n'a rien à voir avec le mécanisme objectif et automatique présupposé par le mot « droit ». Donc, il y a lieu de parler de plusieurs états de pratique régulatrice : le chamanisme, qui peut être chaotique ou unilatéral-judiciaire-autoritaire, la facticité ou la prévisibilité à 100 % sans aucun doute. Je dirais qu'on peut aussi distinguer des états comme *gedoogd* c'est-à-dire lorsque la situation n'est pas licite mais en même temps n'est pas illicite, et comme la solution de conflit sans une tierce personne possédant un pouvoir contraignant.

En répondant à la question sur la relation entre la théorie du chamanisme judiciaire et la philosophie du droit, j'ai choisi le modèle économique. L'argument juridique est une marchandise sur le marché juridique. Chaque marchandise vit sur trois niveaux ou dans trois sous-marchés : la production industrielle de la marchandise, son placement dans le magasin et sa publicité. La production de l'argument juridique est la technologie d'interprétation judiciaire. La marchandise au magasin est la conclusion juridique que la juriste vend à sa cliente. Et le rôle qui appartient à la philosophie juridique dans ce contexte est la publicité du droit ou la publicité commerciale du chamanisme judiciaire.

Nous avons terminé la partie en traitant la critique des approches critiques vis-à-vis du droit. J'ajouterais également que notre décision d'analyser la philosophie du droit (qui englobe la pensée juridique classique) en tant que la publicité du chamanisme est une des réponses possibles à la critique de la part de la pensée juridique classique.

DEUXIÈME PARTIE : LES TECHNIQUES CHAMANIKES DE LA CEJ ET DE LA CEDH.

INTRODUCTION À LA DEUXIÈME PARTIE

Le but de la deuxième partie est d'explorer les techniques interprétatives de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme de manière détaillée, de voir ce que les hautes juridictions européennes font dans les impasses d'indécisionnabilité afin de comprendre *comment faire*, comment construire votre propre position devant la cour. Regardons comment les juges à Strasbourg et à Luxembourg font pour savoir comment nous devons faire.

D'abord, nous allons revoir la manière dont la problématique du choix d'interprétation judiciaire est conceptualisée dans les travaux précédents. Ensuite, nous passerons à une reclassification de la pratique interprétative à la lumière du chamanisme judiciaire avec son vocabulaire spirituel.

Notre approche sera industrielle dans le sens où il faut découvrir la technologie de production des arguments juridiques, la technologie de l'abus de déduction, la technologie de la malhonnêteté intellectuelle ou, autrement dit, le *comment-faire*. Cette approche se basera sur la comparaison entre la position de la partie perdante en tant que position de départ interprétative et la position finale de la juge en tant que point d'arrivée.

Je crois que cette partie du travail a la plus grande valeur car elle donne la vision et le sentiment du *comment faire*.

A) L'HISTOIRE DE L'OPÉRATIONNALISATION DE L'ABUS DE DÉDUCTION

L'objectif principal de la présente partie de mon travail est de classer les opérations argumentatives employées par la Cour européenne de justice et par la Cour européenne des droits de l'homme dans leur jurisprudence. Mais avant de passer à cette recherche empirique, nous allons revoir l'histoire de la conceptualisation critique des techniques interprétatives ou, encore plus précisément, la conceptualisation du fonctionnement de ces techniques par rapport à l'impasse de l'indécisionnabilité.

En 1922 Carl Schmitt a publié son ouvrage *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* où il parle de la tension entre la jurisprudence générale et l'exception. C'est la juge qui décide si l'une ou l'autre sera appliquée. Cette décision est tout à fait arbitraire⁷⁴⁴ et c'est de cette façon que Schmitt conceptualise ce qui se passe dans l'impasse de l'indécisionnabilité.

En 1950 Karl Llewellyn présente les 56 canons de l'interprétation classés en 28 oppositions afin de démontrer qu'il y a presque toujours un champ technique pour manœuvrer.⁷⁴⁵ Je présente ci-dessous un résumé très bref de cette recherche.

Les canons de l'interprétation

| # | Attaque | Défense |
|---|--|---|
| 1 | L'interprétation de l'acte juridique ne peut excéder son texte. | Afin de ne pas compromettre l'objectif de l'acte juridique il peut être appliqué en portant moins d'attention à l'expression textuelle exacte. |
| 2 | Les actes juridiques en dérogation au droit commun ne peuvent pas être élargis par une interprétation. | Ces actes doivent être interprétés librement si leur nature est médiatrice. |
| 3 | L'acte juridique doit être vu à la lumière du droit commun. | L'acte juridique qui revoit le droit commun est supérieur au droit commun. |
| 4 | Si un acte juridique étranger est adopté, son interprétation est également adoptée. | Elle ne doit pas être considérée comme adoptée si elle est en conflit avec le sens manifeste de l'acte ou si son raisonnement est insatisfaisant. |

⁷⁴⁴ Carl Schmitt, *Political Theology : Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, op. cit.

⁷⁴⁵ Karl N. Llewellyn, „Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to be Construed“, 3 *Veterbilt Law Review* 401 (1950).

| | | |
|----|--|--|
| 5 | Si plusieurs États ont adopté l'acte juridique, l'interprétation de l'État-père de cet acte doit être suivie. | Quand l'interprétation de cet acte est incohérente dans différents États, cette obligation doit être abandonnée. |
| 6 | Les actes juridiques <i>in pari materia</i> doivent être interprétés ensemble. | Les actes ne sont pas <i>in pari materia</i> , si ses champs d'application et ses objectifs sont différents. |
| 7 | L'acte juridique introduisant une nouvelle sanction, une nouvelle obligation ou un nouveau droit ne doit pas être appliqué rétroactivement. | Cet acte peut être appliqué rétroactivement s'il est exigé par la justice. |
| 8 | Quand l'objectif de l'acte juridique est déclaré expressément, il n'y a pas de place pour l'interprétation. | La cour peut distinguer l'objectif réel et l'objectif ostensible. |
| 9 | Les règles d'interprétation mentionnées dans l'acte juridique sont une partie de cet acte et sont obligatoires. | Ces règles ne peuvent dépasser ce qui est nécessaire ou renverser l'objectif de l'acte. |
| 10 | La disposition de l'acte juridique indiquant la nécessité de l'interprétation libre ne signifie pas qu'on puisse ignorer les autres dispositions manifestes de l'acte. | Cette disposition est expresse et donc doit être suivie. |
| 11 | Le préambule n'élargi pas le champ d'application de l'acte juridique et les titres de parties ne changent pas la langue. | Le préambule doit être consulté dans les cas de doute, les titres de parties eux-mêmes sont des parties de la langue de l'acte. |
| 12 | Si la langue de l'acte juridique est claire, cette disposition doit être appliquée. | Pas dans le cas où le texte clair est absurde ; cela amène des conséquences nuisibles ou va contre l'objectif manifeste de l'acte. |
| 13 | Les mots et les phrases interprétés antérieurement doivent garder le sens déjà établi. | Pas dans le cas où l'acte juridique exige clairement un sens différent. |
| 14 | L'interprétation judiciaire doit être exécutée. | L'interprétation pratique des agents exécutifs est une preuve du vrai sens. |
| 15 | Les mots doivent avoir leur sens ordinaire à moins qu'ils soient des mots techniques. | Les mots ordinaires peuvent être considérés comme des mots techniques et les mots techniques comme des mots ordinaires à la lumière de l'objectif de l'acte juridique ou afin de le rendre opérationnel. |
| 16 | Chaque mot doit donner du sens. | Certains mots sont surplus. |
| 17 | Les mêmes mots utilisés plusieurs fois dans l'acte juridique doivent garder le même sens. | Ils peuvent avoir un sens différent s'il le faut afin de garder la consistance de l'acte. |
| 18 | Les mots doivent être interprétés dans leur contexte grammatical. | Les règles de grammaire doivent être ignorées si cela est exigé par l'objectif de l'acte juridique. |
| 19 | S'il n'y a pas d'exception dans le texte de l'acte juridique, alors il n'y a pas d'exception. | Ce qui existe dans la raison du droit est également dans le droit lui-même. |

| | | |
|----|--|--|
| 20 | La mention d'une chose exclut l'autre. | La langue peut englober honnêtement beaucoup de cas et certains d'entre eux sont pris comme exemples. |
| 21 | Les termes généraux doivent recevoir l'interprétation générale. | Ils peuvent être limités par des termes spécifiques associés ou par le champ et par l'objectif de l'acte juridique. |
| 22 | Si un terme général est suivi d'une énumération, il ne s'applique qu'aux choses énumérées. | L'énumération n'est qu'un moyen de nous donner une idée générale sur la façon d'appliquer ce terme. |
| 23 | Les termes de l'acte juridique doivent être interprétés en fonction du précédent. | Pas dans le cas où leur sens évident exige une nouvelle interprétation. |
| 24 | La ponctuation doit déterminer l'interprétation. | La ponctuation ne contrôle pas le sens plein et évident de la langue. |
| 25 | Il doit être présumé que la langue est choisie en faisant l'attention aux propriétés de la grammaire. « Et » et « ou » ne sont pas interchangeables. | « Et » et « ou » sont interchangeables si cela s'avère nécessaire pour donner sens et effet à l'acte juridique. |
| 26 | Il y a une distinction entre les mots-permissions et les mots-obligations. | Les mots de permission peuvent être regardés comme des mots d'obligation et les commandes peuvent être considérées comme des permissions, si cela s'avère nécessaire pour garder l'objectif de l'acte juridique ou pour garantir les droits du public. |
| 27 | Une clause est rattachable à la règle la précédant immédiatement. | Elle peut avoir un champ d'application plus général. |
| 28 | Quand la disposition est générale, la clause est interprétée strictement. | Pas dans les cas où il est nécessaire d'élargir la clause afin de garantir la justice. |

L'approche de Llewellyn est sans doute très importante pour la démonstration du potentiel de l'inconnaissabilité de devenir une indétermination. Je ferais néanmoins quelques petites remarques. Premièrement, Llewellyn ne parle pas de l'abus dans la construction du système interprétatif. Deuxièmement, et par conséquent, il présuppose que le choix d'un canon parmi les 56 détermine la conclusion judiciaire, ce qui n'est pas toujours le cas. Troisièmement, il n'y a pas d'opposition stricte entre les canons et les contre-canons. Leur interaction et leur conjugaison sont chaotiques. Les canons de ces 28 oppositions sont détachables et remplaçables. Quatrièmement, notre recherche sera basée sur la jurisprudence contemporaine de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'idée de réduire l'argumentation juridique à des petites morsures appartient à Claude Lévi-Strauss. Il l'a introduit en 1962 dans sa discussion sur le *bricolage* où cette idée sert de moyen pour la relativisation de la différence entre la rationalité, ou le raisonnement technique, et la création des mythes.⁷⁴⁶

Duncan Kennedy élabore cette approche de manière plus détaillée. Il lance l'analyse des morsures argumentatives⁷⁴⁷ et présente la typologie des arguments-morsures suivants⁷⁴⁸ :

1. Arguments substantiels.

- a. Arguments moraux (l'obligation de sollicitude, pas de responsabilité sans faute, etc.).
- b. Arguments fondés sur les droits subjectifs (un droit à quelque chose ou une liberté de quelque chose).
- c. Arguments sur le bien-être social (la nécessité sociale, les effets utiles et les conséquences pour la société).
- d. Arguments sur l'expectation (les espérances légitimes, la sécurité juridique).

2. Arguments systémiques.

- a. Arguments sur l'administrabilité (facile à administrer, la souplesse équitable).
- b. Arguments sur la compétence institutionnelle.

Kennedy décrit le phénomène complexe de la *contre-maxime* en plusieurs points⁷⁴⁹ :

1. Les arguments-morsures sont conventionnels.
2. Chaque argument-morsure est associé avec une variété des contre-morsures.
3. Un argument élargi pour couvrir une lacune ne sera que *relativement structuré*. Autrement dit, il ne sera pas intégralement reconnu du point de vue d'un contexte alternatif.

⁷⁴⁶ Claude Lévi-Strauss, *The Savage Mind*, Chicago : University of Chicago Press, 1966, pp. 16-22.

⁷⁴⁷ Duncan Kennedy, "A Semiotics of Legal Argument", in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. 3.2, 1994 (1991), p. 319.

⁷⁴⁸ *Ibid.* p. 327

⁷⁴⁹ *Ibid.* p. 329

4. Chaque argument juridique est considéré comme structuré dans sa propre culture juridique.

Ensuite, Kennedy nomme *7 opérations* dans le raisonnement juridique. Une opération est une « transformation » d'un argument-morsure en « faisant quelque chose » avec lui en lui donnant un sens très différent.⁷⁵⁰ Voilà sa typologie des opérations⁷⁵¹ :

1. Négation d'une prémisse. Elle se caractérise par l'acceptation de la *théorie générale* d'opposante mais aussi par le rejet d'une de ses prémisses factuelles ou normatives. Par exemple, la réponse à la thèse « pas de responsabilité sans faute » suivant cette opération est « oui, mais ici on a une affaire avec une faute ».
2. Opposition symétrique. Deux arguments opposés viennent de sous-systèmes argumentatifs différents. Par exemple, « la responsabilité découragera l'activité désirable de la défenderesse » contre « l'immunité découragera l'activité désirable de la demandeuse ». Cette opération a été décrite pour la première fois par Wesley Hohfeld.
3. Contre-théorie. Cette opération se caractérise par le rejet absolu de l'idée normative principale d'argument-morsure. Par exemple, « le rôle de la cour est d'appliquer le droit, pas de le créer » contre « la cour doit faire face aux conditions sociales nouvelles ».
4. Médiation. Cette opération reconnaît le conflit et propose de le solutionner par le côté argumentatif de l'opposante. Elle englobe la technique de la construction de la balance, de la proportionnalité et les propositions d'un compromis.
5. Reconcentration sur le comportement de l'opposante. C'est la reconnaissance de la validité de la règle générale mais en introduisant une exception eu égard au comportement de l'opposante. Par exemple, la thèse « l'immunité découragera l'activité désirable de la demandeuse » renversée par « mais, si, dans ce cas, il y avait responsabilité, la demandeuse se comporterait de manière stratégique et négative ».
6. Saut périlleux. Cette opération est une appropriation de l'idée centrale de l'opposante en déclarant qu'elle amène au résultat contraire à ce pensé par l'opposante. Par exemple, celle qui commet un dommage sans intention, puis refuse de compenser, fait une faute.
7. Déplacement du niveau. Cette opération est parmi les plus souvent employées. Ici, on répond à l'argument-morsure de la demandeuse par un argument-morsure pro-défenseuse de

⁷⁵⁰ *Ibid.* p. 329.

⁷⁵¹ *Ibid.* p. 330.

l'autre paire. Par exemple la thèse « votre interprétation n'est pas administrable » suivie de la réponse « votre interprétation ne fait pas la différence entre la responsabilité et la faute ».

En gros, il y a *trois éléments de base dans la sémiotique de l'argument juridique* de Kennedy⁷⁵² : (1) la réduction de la parole de l'argument juridique à la langue composée des argument-morsures ; (2) l'idée de connexion de ces argument-morsures par les opérations ; (3) l'idée sur la reproduction permanente des clivages entre les arguments-morsures dans l'application des formules doctrinales que ces formules sont supposées résoudre. Dans notre recherche ultérieure sur les techniques ou bien sur les opération chamaniques nous adhérons à ces éléments de base. Néanmoins, je voudrais élargir ces opérations et les lier avec les pratiques des Cours européennes.

Olivier de Schutter apporte sa contribution en démontrant l'indétermination dans les méthodes d'interprétation standardisées de la Cour européenne de justice⁷⁵³ :

1. L'interprétation littérale reste indéterminée puisque le texte juridique est toujours un compromis politique et pour cette raison il est ambigu. De plus, le droit européen est un droit multilingue.
2. L'intention de la législatrice est également indéterminée parce que les travaux préparatoires sont eux-mêmes des textes à interpréter.
3. L'interprétation par le contexte ou l'interprétation systémique est en dépendance avec la manière dont vous définissez le contexte ou le système.
4. L'approche comparative est indéterminée car il n'est jamais évident de savoir jusqu'à quel niveau il faut aller dans l'analyse du droit national.

Mark van Hoecke distingue plusieurs *opposites interprétatifs généraux* et plusieurs *spécifiques*. La différence consiste en ce que les opposites généraux sont présents presque dans chaque procès judiciaire, tandis que les spécifiques n'apparaissent que de temps en temps. Les opposites interprétatifs généraux sont les suivants⁷⁵⁴ :

- 1) Le rôle passif de la juge contre le rôle actif.
- 2) La volonté de la législatrice contre la solution adéquate du cas.

⁷⁵² *Ibid.* p. 351.

⁷⁵³ Schutter, « Les Critical Legal Studies au pays du droit international public », *op. cit.*

⁷⁵⁴ Mark van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford : Hart Publishing, 2002, p. 152.

- 3) La certitude juridique contre l'équité.
- 4) La justice générale contre la justice individuelle.

Il y a, au moins, sept opposites interprétatifs spécifiques⁷⁵⁵ :

- 1) La volonté subjective de la législatrice ou, autrement dit, la volonté historique qui existait dans le passé, contre la volonté objective, soit ce que la législatrice dirait si elle était au courant des circonstances nouvelles.
- 2) L'interprétation conservatrice contre l'interprétation progressive.
- 3) La rationalité équitable de la législatrice (équité, justice, rationalité) contre la rationalité technique de la législatrice (les règles formelles sur l'interprétation.
- 4) Le pluralisme juridique (la dominance de l'idéologie libérale dans le droit civil et de l'idéologie socialiste dans le droit du travail, etc.) contre l'unité du système juridique.
- 5) Une lacune technique (une lacune dans un acte juridique qui peut être fermée par l'interprétation du droit dans le sens plus général) contre une lacune évaluative (il n'y a pas de lacune technique mais la juge peut ne pas être à l'aise en appliquant les dispositions strictement.
- 6) L'interprétation restrictive des exceptions contre *lex specialis derogat generali*.
- 7) L'application d'une règle par analogie contre le raisonnement *a contrario*.

Philip Leach dans sa recherche sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme démontre un grand nombre de contradictions dans les arrêts,⁷⁵⁶ ce que nous appellerons plus bas la mythologie chamanique chaotique. Il remarque également que cette Cour, en plus de la distinction entre violation et non-violation, crée l'évaluation « soulève une préoccupation sérieuse », ce que nous allons nommer par « une tête d'un dragon dodécacéphale a été coupée ».⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ Philip Leach, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, 2e éd., Oxford : Oxford University Press, 2005, pp. 144-145, 160, 180, 214, 222, 224, 276, 301, 304, 372-373, 405.

⁷⁵⁷ *Ibid.* p. 233.

B) MÉTHODOLOGIE POUR LES TECHNIQUES D'INTERPRÉTATION EMPLOYÉES PAR NOS DEUX COURS

Comme il est déjà dit plus haut, le raisonnement judiciaire est la technologie industrielle du marché du droit, lequel est comparable aux méthodes d'entrée en contact avec les esprits, la technologie industrielle sur le marché du chamanisme. Comme le dit le théoricien du pragmatisme Dewey, aucune juriste ne pense jamais à l'affaire de sa cliente en termes des syllogismes mais met en premier lieu les intérêts de cette acheteuse.⁷⁵⁸ Nous ferons plus bas la description empirique de la technologie juridique en employant des termes d'origine chamanique.

Pourquoi avons-nous choisi le chamanisme en tant que modèle analytique du raisonnement juridique ? Le mot « chamanisme » représente un développement d'athéisme constitutionnel des études critiques du droit. La différence principale entre ces deux approches se décrit par le fait que la théorie du chamanisme judiciaire ne nie jamais l'existence de certains esprits.

Le champ empirique de notre recherche s'étend sur 3100 pages A4 des arrêts de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, soit 193,35 m², soit 32,22 m³.

Les dimensions de la classification chamanique consistent en 2 grands groupes, de 99 types de technique interprétative divisés à la lumière de 110 perspectives en 402 variantes. En moyenne, chaque variante a cinq exemples empiriques. La dispersion totale se trouve dans les limites entre 1 et 50.

Parfois, je rencontre la question « est-ce que cette description de la technologie industrielle nie l'existence même de la justice ? » Cette question ressemble à la question d'une femme : « M'aimes-tu vraiment ou veux-tu, tout simplement, coucher avec moi ? ». L'hypothèse sur l'existence objective de l'amour romantique, idéale et détachée du sexe, séparée des méthodes technologiques de la séduction (comment commencer une conversation avec une jeune inconnue dans la rue, comment obtenir son numéro de portable, etc.) n'est pas pertinente à notre recherche puisque cette hypothèse n'est pas opérationnalisable au niveau empirique. Pendant que vous aimez quelqu'un et philosophiez, notre ami Pierre va prendre 20 numéros dans la bibliothèque Cujas, sur le boulevard

⁷⁵⁸ John Dewey, "Logical Method and Law", 10 *Cornell Law Quarterly* 17-27 (1924).

Saint-Michel, dans le métro et sa nature anatomique lui sera reconnaissante. La séduction efficace est la compréhension du système argumentatif d'une jeune fille. Regardez comment les juges au niveau européen font pour comprendre comment vous devez faire.

Par contre, nous retournerons à la question de l'amour romantique et idéal dans la deuxième partie de notre thèse parce que chaque étudiant de droit doit lire plusieurs fois les travaux de Ronald Dworkin, d'Herbert Lionel Adolphus Hart et de John Finnis pour savoir comment construire une stratégie publicitaire efficace pour commercialiser son produit.

Dans ce contexte manipulateur, je reste fidèle à l'agenda politique des études critiques du droit et de Noam Chomsky, mais dans la présente partie de ce travail nous ne nous intéressons qu'à la technologie juridique.

QUELQUES REMARQUES MÉTHODOLOGIQUES.

Il faut encore apporter trois précisions concernant notre méthodologie : sur les frontières entre les types et les variantes, et sur notre point de départ méthodologique.

Premièrement, pour quelles raisons j'établis des frontières entre les types et les variantes du raisonnement judiciaire ? Ces frontières sont similaires à celles qui séparent les langues et les dialectes. Le limbourgeois est considéré comme une « langue » au Pays-Bas, mais comme un « dialecte du néerlandais » en Belgique et comme un « dialecte de l'allemand » en Allemagne. Au Pays-Bas, le bas-saxon est perçu comme un dialecte du néerlandais, alors qu'en Allemagne, il est considéré comme un dialecte de l'allemand. La manière dont nous décrivons les faits empiriques n'est pas importante. Aucun linguiste ne nie l'existence même de l'idiome bas-saxon. Parfois, nous utiliserons le concept « trans-group » pour décrire la possibilité de reclassification.

Quelle est la distance entre Paris et Londres ? Si nous disons 340 km, mais une autre personne insiste sur le fait que ce soit 212 milles et qu'une autre soit prête à mourir pour dire 206 dans evenkais, est-ce que la distance empirique change ? Oui, il est bien possible de reclassifier tout ce que nous décrivons, mais j'insiste sur l'existence même du phénomène empirique que nous pensons au moyen de certaines structures intellectuelles. Ces structures ne sont pas indépendantes de notre

volonté, mais sans elles nous ne sommes pas capables de comprendre le fonctionnement de la réalité empirique.

Deuxièmement, pourquoi est-ce que notre point de départ méthodologique est la position de la partie perdante ? Un système mathématique ne bouge que par rapport à un autre système. Si deux systèmes bougent à la même vitesse et dans la même direction, nous disons que ces systèmes ne bougent pas l'un et par rapport à l'autre. Par exemple, la Tour Eiffel bouge à la même vitesse et dans la même direction que la Sorbonne. C'est-à-dire, autour du Soleil.

Si le conducteur de train est notre point de référence pour calculer la vitesse du train, nous devons conclure qu'elle est égale à 0 km/h. Il n'y a absolument aucune philosophie nihiliste dans cette vision. Il est nécessaire de prendre la vision juridique de la partie perdante en tant que point de départ empirique pour mesurer le fonctionnement des structures intellectuelles de la juge.

Pourquoi est-ce que je ne choisis pas la « justice » en tant que point de départ ? Chaque gare où vous voulez descendre est votre « justice ». Oui, vous pouvez mesurer le voyage du train par rapport à votre gare préférée, mais, premièrement, notre objectif est de voir toute la longueur du trajet et, deuxièmement, je ne suis pas certain que le conducteur ait été informé de l'existence de votre petite gare.

Troisièmement, notre recherche est tout à fait inductive-empirique. La déduction est le raisonnement contrôlé par celui qui raisonne, tandis que l'induction est vérifiable par les faits empiriques.

TITRE 1. ABUS DANS LA CONSTRUCTION DU SYSTÈME (ABUS DANS LE CHOIX DE LA PLANÈTE)



L'abus dans la construction du système est le paysage du système juridique qui existe dans la pensée de la chamane avant le début de son raisonnement officiel. Nous sommes capables de distinguer le système et le raisonnement qui sera basé sur ce système. Cet abus ressemble au choix de la planète par la chamane où la lutte spirituelle se développera. Par exemple, le jour sur la Terre dure 23 heures 56 minutes et 4 secondes, la température moyenne est +14° C. Le jour sur Saturne dure 10 heures 45 minutes 45 secondes, la température moyenne est -175° C, la vitesse du vent s'élève à 500 m/s ou à 1800 km/h. La planète a 60 lunes confirmées et 3 lunes hypothétiques. Dans la nuit la surface reste éclairée par les anneaux. De plus, la surface saturnienne n'est pas dure comme en France ou même en Angleterre mais est gazeuse et liquide.⁷⁵⁹

Vous faites erreur si vous pensez qu'il est possible de choisir la planète de façon rationnelle, universelle et confortable pour tous. Tout dépend de qui vous êtes au niveau biologique. Si vous êtes un hominidé classique, je vous conseille vivement la Terre, mais si vous êtes un vent ou quelque chose d'autre (malheureusement, je ne vous connais pas suffisamment), il est bien possible que vous vous sentiez mieux sur Saturne. Chaque pierre a son histoire. Il y a des quinquagintilliards de planètes dans l'espace.

La constatation du fait que les objets tombent différemment sur les autres planètes, n'est pas une philosophie (autrement dit, la publicité d'une planète particulière), mais une approche très empirique. Les chamanes sont capables de voyager dans le cosmos et, selon la légende, elles se sentent suffisamment bien partout.⁷⁶⁰ Si votre chamane n'est jamais allée au moins une fois sur la Lune, ne la payez pas.

L'abus dans la construction du système comprend 15 techniques d'interprétation.

⁷⁵⁹ National Aeronautics and Space Administration, http://www.nasa.gov/worldbook/saturn_worldbook.html, 10 04 2009.

⁷⁶⁰ Aado Lintrop, The incantations of Tubyaku Kosterkin, <http://www.folklore.ee/Folklore/vol2/tubinc.htm>, 14 04 2010.

1. LE DÉNI DE JURIDICITÉ

Le déni de juridicité est la déclaration judiciaire indiquant que la position de la partie perdante est rejetée parce que son argument « ne contient pas d'élément du droit » dans la situation où nous sommes capables d'en trouver.

L'entreprise italienne Buzzi Unicem condamnée par la Commission européenne pour la participation à des réunions d'entente anticoncurrentielle soutient que cette réunion, dans la mesure où elle était illicite, ne portait que sur les échanges entre la Belgique et les Pays-Bas, marchés pour lesquels elle n'est pas du tout concernée. La Cour de Luxembourg rejette cet argument, car il ne comporte pas « d'élément de droit ».⁷⁶¹

Par exemple, dans *Beard*, les roms ont acheté une terre pour y construire leur maison, mais les autorités britanniques leur interdisent de le faire au motif de la sécurité routière suivant :

« S'agissant de la sécurité routière, vous suggérez d'user de bon sens. Cinderbarrow Lane est une simple voie de quelques 2 km de long, pour l'essentiel étroite et formant un certain nombre de virages. A plusieurs endroits, deux voitures ne peuvent se croiser. Les haies longeant la voie bouchent la vue dans les virages ; des modifications de la haie le long du site pourraient faire une différence mais, selon moi, cela n'améliorerait pas beaucoup la situation dans son ensemble. La voie débouche d'un côté sur la route A6070 ; la visibilité au croisement est nettement inférieure aux normes recommandées dans la directive d'aménagement 13. De l'autre côté, l'accès à l'autoroute M6 et la sortie de celle-ci peuvent se faire soit par Tarn Lane, avec une visibilité adéquate, soit directement par Cinderbarrow Lane. La visibilité au croisement de cette voie et de la route principale est nettement inférieure aux normes recommandées. <Le premier requérant> déclare qu'il n'utilise que l'accès par Tarn Lane, mais j'estime que d'autres personnes peuvent tout à fait utiliser les

⁷⁶¹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 225 § 246. Voyez également *ibid.*, §§ 156, 157. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 242, 249 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 80 , 92.

autres carrefours, soit pour des raisons pratiques soit parce qu'elles ne se rendent pas compte des différences de visibilité entre les trois carrefours. ».

Donc ces roms ne peuvent pas habiter sur leur propriété privée et cette famille ne trouve pas de place légale ailleurs. Les roms soutiennent que le Royaume-Uni viole le droit au respect de son domicile dans le sens de l'article 8 de la CEDH, mais la Cour de Strasbourg répond que ce désir d'avoir un domicile n'est pas « juridique ». ⁷⁶²

2. L'ABUS DANS LE CHOIX DU STANDARD D'ÉVALUATION SPECTRALE

L'abus dans le choix du standard d'évaluation spectrale est une déclaration de la juge qu'une certaine série d'arguments ou de faits doit répondre à un certain standard d'évaluation dans une situation où la partie perdante propose un standard alternatif. ⁷⁶³ L'abus en tant que tel consiste en la négation du choix. L'évaluation est spectrale car elle met, dans l'hypothèse, les groupes d'arguments ou de circonstances sur un spectre en fonction d'un standard choisi.

Par exemple, la Cour de Luxembourg utilise le concept du « standard de preuve juridique exigé ». Selon un standard, la thèse de Microsoft, basée sur l'analyse de *Madnick & Meyer*, l'ouverture de ses protocoles de la communication serveur-à-serveur contient trop l'information sur le fonctionnement de son « Répertoire actif » (*Active Directory*), ce qui permettra aux concurrentes de cloner les fruits de la recherche innovatrice microsoftienne. Mais selon le standard choisi par la Cour, le rapport de *Madnick & Meyer* ne prouve rien d'important. ⁷⁶⁴

Dans *Marks et Spencer*, la Cour de Luxembourg proclame qu'afin de justifier une restriction à la libre circulation, il faut voir, entre autres, si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour

⁷⁶² *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 12, 19, 31, 46, 47, 110.

⁷⁶³ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, paragraphes IIA4.4, IIB7.10. *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, paragraphes 114, 115, 138, 140, 151. *Czekalla*, 38830/97, CEDH, paragraphes 28, 56, 62-65. *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, points 23, 43. *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, paragraphes 91, 95.2. *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, points 258-260, 262, 317. *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, points 415, 417, 418. *Nachova*, 43577/98, CEDH, paragraphes 58.1-3, 59, 79, 128, 137, 138, 141, 143, 147, *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, paragraphes 85, 108.2. *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, paragraphe 115. *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, paragraphe 127.

⁷⁶⁴ *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 258, 259, 260, 262, 317.

atteindre l'essentiel de l'objectif poursuivi.⁷⁶⁵ Le standard traditionnel est donc modifié par l'ajout du mot « essentiel ».

Dans l'affaire *Chypre contre Turquie*, le gouvernement chypriote-grec insiste sur ce que, pour déterminer si les autorités turques ont eu et ont toujours la pratique administrative de torturer les chypriotes-grecques, il faut appliquer le standard de preuve substantielle. Les violations étaient identiques, analogiques, inter-liées et suffisamment nombreuses. Mais la Cour choisit le standard « hors le doute raisonnable ».⁷⁶⁶

Dans l'affaire *Nachova* sur la discrimination raciale, la partie perdante ainsi que les ONG pour la protection des droits des roms, ont insisté sur la nécessité d'appliquer le standard de balance des probabilités afin de conclure si un policier a tué un roms en ayant une motivation raciale comme le fait, par exemple, le Comité contre la torture des Nations unies. Mais la Cour de Strasbourg a choisi le standard hors le doute raisonnable.⁷⁶⁷

Dans l'affaire *Czekalla* sur la responsabilité de l'État du fait de faute faite par une avocate payée par le gouvernement, les autorités insistent sur ce qu'une telle responsabilité n'apparaisse que dans des circonstances « très exceptionnelles », mais la Cour décide qu'elle a lieu dans « certaines » circonstances.⁷⁶⁸

Dans l'affaire *Ždanoka* devant la Chambre de la Cour de Strasbourg qui se développe autour de la question de savoir quel doit être le niveau de fidélité d'une députée au Parlement national à son pays, le gouvernement letton soutient qu'à l'égard des députées, la même obligation de loyauté est applicable que celle dans le cas des fonctionnaires, des policiers et des juges. La Chambre rejette cette argumentation en disant qu'il n'y a qu'une « certaine obligation ».⁷⁶⁹ Par contre, dans le pourvoi la grande Chambre reformule la question : quel doit être le degré d'individualisation de la présomption d'infidélité d'une personne vis-à-vis de son État afin de justifier l'interdiction d'être

⁷⁶⁵ *Marks et Spencer*, C-446/03, CEJ, §§ 33, 35, 38, 55.

⁷⁶⁶ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 114, 115, 138, 151.

⁷⁶⁷ *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 58.1-3, 59, 79, 128, 137, 138, 140, 141, 143, 147. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIA4.4, IIB7.10.

⁷⁶⁸ *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 28, 56, 63, 62, 64.

⁷⁶⁹ *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 85, 108.2.

élu au Parlement. La députée européenne *Ždanoka* d'origine russe qui a perdu le droit de se présenter aux élections législatives lettonnes en raison de son appartenance antérieure au Parti communiste, mais qui n'était jamais un leader de ce parti, est intéressée par l'application de ce même degré d'individualisation qu'en considérant les droits de l'homme garantis sous les articles 8-11 de la Convention. Cette position a été rejetée par la grande Chambre, pour laquelle, dans le cas des présomptions liées à la négation du droit d'être élue, un moindre degré d'individualisation peut être exigé.⁷⁷⁰

Après le choix du standard d'évaluation spectrale, le raisonnement porte sur l'interprétation de ce standard et son application dans une situation particulière. Nous appellerons cela l'abus de déduction.

3. L'ABUS DANS LA CONSTRUCTION DU STANDARD D'ÉVALUATION SPECTRALE

L'abus dans la construction du standard d'évaluation spectrale ce sont les modifications structurelles au sein du standard qui détermineront comment il sera appliqué dans l'abus d'évaluation spectrale. Le but de l'abus dans la construction du standard d'évaluation spectrale est de le construire de telle sorte que les juges puissent, ensuite, passer dans l'état de la facticité et éviter la nécessité de l'abus d'évaluation spectrale.

Ce raisonnement peut être considéré comme une partie de la variante « l'esprit a choisi une conception » à la méthode « l'esprit a choisi », mais je préfère les distinguer quand même pour mieux accentuer sa nature évaluative – autrement dit, montrer que le standard d'évaluation permet de classer une variété de situations sur un spectre. On peut également placer le standard d'évaluation spectrale dans le groupe de l'abus de déduction puisqu'on voit un échange d'arguments dans ce raisonnement (une déduction), mais je préfère le garder ici, dans le groupe de l'abus dans la construction du système, afin de mieux souligner sa position chronologique par rapport à l'abus d'évaluation spectrale.

⁷⁷⁰ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115.

Par exemple, il y a deux conceptions pour appliquer le standard de « préjudice sérieux et irréparable » dans le procès *Microsoft* sur la divulgation d'information secrète sur la propriété intellectuelle de cette entreprise, sur les protocoles de communication de ses systèmes d'exploitation, après la décision respective de la Commission européenne mais avant la décision définitive du Tribunal de première instance. La partie perdante veut que ce standard continue de fonctionner comme on voit dans les affaires précédentes : l'octroi obligatoire de licence porte atteinte à la « raison d'être fondamentale » de la propriété intellectuelle qui est de « conférer au créateur d'œuvres inventives et originales le droit exclusif d'exploiter ses œuvres ». Pour cette raison, le Tribunal aurait reconnu qu'exiger d'une entreprise qu'elle octroie des licences portant sur ses droits de propriété intellectuelle, même de manière « purement provisoire », risque de lui causer un « préjudice grave et irréparable », et ce même si les informations concernées appartiennent déjà au domaine public.⁷⁷¹ Mais le Tribunal en ne remplaçant pas le concept même de « préjudice sérieux et irréparable » change sa conception en disant que « la divulgation d'une information jusqu'alors gardée secrète n'implique pas nécessairement la survenance d'un préjudice grave ».⁷⁷²

Dans l'affaire *Banković*, la partie perdante soutient que le standard du « contrôle efficace » s'applique au contrôle efficace de l'espace aérien yougoslave pendant son bombardement par les forces de l'OTAN. Mais la Cour de Strasbourg a une autre conception qui n'englobe pas l'aire.⁷⁷³ Par conséquent, on passe à l'état de facticité en considérant l'application de ce standard dans le cas en espèce. Je place ce cas empirique ici plutôt que dans l'abus d'évolution spectrale car ici il n'y a pas d'évolution : on voit une modification/conceptualisation du standard, laquelle le rend inapplicable.

4. LA CONSTITUTION DES CHAMBRES D'ÉPREUVE

⁷⁷¹ *IMS Health/Commission*, T-184/01 R, 26 octobre 2001, Rec. p. II3193, points 125, 127.

⁷⁷² *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 254. Voyez également *ibid.*, §§ 406, 407, 413. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 33, 101, 102. Voyez également *ICI*, C-264/96, CEJ, § 28. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, § 42.

⁷⁷³ *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 8, 12, 52, 74. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 336-339.

La constitution des chambres d'épreuve est la déclaration de la juge qu'un argument ou une vision juridique doit répondre à plusieurs conditions (passer pas plusieurs chambres et lutter contre certains esprits) pour être accepté.

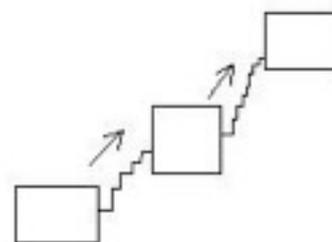
Nous distinguons les variantes de cette technique sous l'angle de deux perspectives : l'interaction entre les chambres et le nombre de chambres.

I. L'interaction entre les chambres

L'interaction entre les chambres est le lien fonctionnel. Sous cette perspective, il faut distinguer trois variantes.

- 1) L'échelle – la vision juridique de la partie perdante sous la considération de la chamane ne peut pas passer à la chambre supérieure sans réussir les épreuves imposées dans la chambre qui se trouve plus bas. Autrement dit, la chamane introduit une hiérarchie entre les chambres d'épreuve.

Par exemple, dans *Brasserie du Pêcheur* les chamanes disent que le droit à réparation du dommage causé par une violation du droit communautaire par un État membre est reconnu dès lors que trois conditions sont réunies : premièrement, que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers ; deuxièmement, que la violation soit suffisamment caractérisée ; et enfin, qu'il y ait un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à une institution publique et le dommage subi par la personne lésée.⁷⁷⁴



Dans le procès *Microsoft* la chamane de Luxembourg dit qu'afin de répondre à la question de savoir si la mise en marché de la version de l'ordinateur sans Windows Media Player causerait à la société un dommage sérieux et irréparable, il faut considérer les conséquences, premièrement, de la production d'un tel ordinateur ; deuxièmement, de la mise sur le marché de cette version ; et

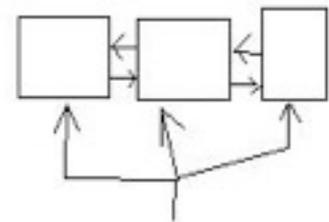
⁷⁷⁴ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 51, 66.

troisièmement, de la possibilité qu'une telle version soit achetée par les consommatrices de Microsoft.⁷⁷⁵

Un exemple classique dans la jurisprudence de Strasbourg est l'exigence qu'une limitation aux droits mentionnés par les articles 8-11 de la Convention doit être, premièrement, prescrite par la loi ; deuxièmement, doit poursuivre un but légitime ; et troisièmement, doit être nécessaire dans une société démocratique.

- 2) Les chambres indépendantes – il n'y a pas de lien hiérarchique entre les chambres. Il n'y a pas de différence dans le fait de choisir une chambre en premier.

Par l'arrêt *Brasserie du Pêcheur* la Cour de Luxembourg introduit deux chambres d'épreuve afin de vérifier si une personne reçoit une réparation suffisante dans un cas de violation du droit communautaire par une institution publique : premièrement, cette réparation ne peut être inférieure à la réparation dans un cas de violation du droit national ; deuxièmement, les conditions de réparation ne peuvent rendre cette réparation en pratique impossible ou excessivement difficile.⁷⁷⁶



Dans l'affaire *Sari* la Cour de Strasbourg écrit que pour répondre à la question si une procédure au niveau national est conforme au regard de l'exigence du « délai raisonnable » il faut considérer, premièrement, la complexité de l'affaire ; deuxièmement, le comportement de la requérante ; troisièmement, celui des autorités compétentes ; et quatrièmement, l'enjeu du litige pour la requérante.⁷⁷⁷ Dans l'affaire *Boškoski*, la Cour définit les critères pour dire si la Présidente d'une République peut être assimilée au corps législatif : il faut regarder, premièrement, si elle peut

⁷⁷⁵ *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, § 411. Voyez également *Francovich*, C-6/90, CEJ, § 12.

⁷⁷⁶ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 69, 70.

⁷⁷⁷ *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 68, 72.

proposer une loi ; deuxièmement, si elle peut adopter une loi ; et troisièmement, si elle peut censurer le Parlement.⁷⁷⁸

Dans les affaires *Engel et autres*⁷⁷⁹ et *Guzzardi*,⁷⁸⁰ il est proclamé qu'afin de déterminer si un État a violé le droit à la liberté on doit considérer, premièrement, le type de la restriction à la liberté ; deuxièmement, sa durée ; troisièmement, ses conséquences ; et quatrièmement, sa manière d'exécution. Dans *Ždanoka*, la grande Chambre dit que le niveau d'individualisation de l'interdiction générale de se présenter aux élections législatives pour un certain groupe des personnes dans un cas particulier doit être apprécié sous l'angle, premièrement, de la nature de l'interdiction ; deuxièmement, de son type ; troisièmement, de sa durée ; et quatrièmement, de ses conséquences.⁷⁸¹

Afin de déterminer le niveau de précision exigé d'une disposition pour être considérée comme prévue par la loi, selon l'affaire *Vogt*, cette disposition doit passer par les chambres d'épreuve suivantes : premièrement, l'évaluation de la précision de son contenu ; deuxièmement, l'évaluation du champ couvert par cette disposition ; et troisièmement, l'évaluation du nombre de personnes adressées par la disposition ainsi que le statu de ces citoyens.⁷⁸²

Dans l'affaire *Markt Intern*, la Cour interprète qu'ayant le cas complexe de l'évaluation des limites à la liberté de parole dans le champ de concurrence juste, la question de savoir si ces limites sont nécessaires dans une société démocratique ne doit passer que par deux chambres d'épreuve : premièrement, si ils sont justifiés en principe et, deuxièmement, si ils sont proportionnés.⁷⁸³

Dans l'affaire *Podkolzina* la Cour de Strasbourg décide que la question de savoir si l'institution capable d'éliminer une candidate de la liste électorale agit en accord avec le principe de la liberté des élections doit passer par deux chambres : premièrement, la discrétion de cette institution ne doit pas être large, mais suffisamment précise et bien définie par la loi ; deuxièmement, la procédure

⁷⁷⁸ *Boškoski*, 11676/04, CEDH.

⁷⁷⁹ *Engel and autres*, 5100/71, CEDH, 8 06 1976, Series A no. 22, p. 24, §§ 58-59

⁷⁸⁰ *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 90-93, 95.1.

⁷⁸¹ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115.

⁷⁸² *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1.

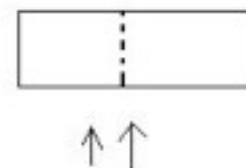
⁷⁸³ *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 18, 19.2, 32.1, 33.

d'élimination doit garantir une décision objective et juste ainsi que protéger la personne intéressée de tout abus de pouvoir de la part des autorités.⁷⁸⁴

Dans *Ždanoka* la grande Chambre décide que les États ont une large marge d'appréciation en matière d'exclusion de certaines candidates de la lutte électorale. Pour cette raison la question de compatibilité ou de l'incompatibilité de l'exclusion d'une candidate avec la Convention doit être vue sous l'angle des trois critères : premièrement, l'exclusion ne doit pas être arbitraire ou non-proportionnelle ; deuxièmement, l'exclusion doit être compatible avec l'expression libre de l'opinion du peuple ; troisièmement, l'exclusion doit être vue dans la perspective de l'évolution politique du pays concerné. Autrement dit, ce qui n'est pas justifié dans un État peut être justifié dans un autre. La grande Chambre rejette l'idée que les restrictions à la participation aux élections « doivent être nécessaires dans une société démocratique ».⁷⁸⁵

- 3) Les chambres non-séparées – la juge (la chamane) ne précise pas la différence entre les chambres, mais elles ont le potentiel pour être distinguées dans le futur. Les noms des chambres d'épreuve peuvent facilement être considérés comme synonymiques. Une chambre renforce, précise ou élargit une autre chambre plutôt que constitue une épreuve séparée.

Par exemple, dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur* les chambres non-séparées sont l'exigence que les conditions à la réparation d'une violation du droit communautaire ne doivent pas être en pratique impossibles à remplir et l'exigence qu'elles ne doivent pas être excessivement difficiles.⁷⁸⁶ En *Frankovich*, c'est la thèse qu'une disposition de la directive doit être, premièrement, inconditionnelle et, deuxièmement, suffisamment précise afin d'être directement applicable.⁷⁸⁷



⁷⁸⁴ *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, § 34.1.

⁷⁸⁵ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115.

⁷⁸⁶ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 69, 70.

⁷⁸⁷ *Francovich*, C-6/90, CEJ, § 12.

Dans l'affaire *Engel et autres*, les chamanes de Strasbourg décident que la question de savoir si une pratique décisionnelle des cours nationales est discriminatoire et contradictoire ne doit être considérée que dans la situation où ces décisions déparent de la pratique antérieure en constituant, premièrement, la négation de la justice ou, deuxièmement, l'abus manifeste.⁷⁸⁸

II. Le nombre de chambres

Sous cette perspective, il faut distinguer deux variantes.

1) Magique (trois)

Très souvent les juges établissent trois chambres d'épreuve. Nous distinguons le nombre trois car c'est le plus fréquent et le plus magique dans la culture européenne chrétienne et préchrétienne, hindouiste, mongole ainsi que dans les anciennes cultures d'Égypte et des mayas. Pour cette raison, le nombre trois donne plus de légitimité au raisonnement que les autres chiffres.

Par exemple le principe *non bis in idem* est soumis à une triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé. Autrement dit, il est interdit de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement afin de protéger la même valeur juridique.⁷⁸⁹ Le droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies : que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux certaines personnes ; que la violation soit suffisamment caractérisée ; qu'il y ait un lien de causalité direct entre la violation et le dommage subi par les personnes lésées.⁷⁹⁰ L'examen de l'applicabilité directe d'une directive et de la préciosité suffisante de ses garanties doit porter sur trois aspects : la détermination des bénéficiaires de la garantie, le contenu de cette garantie et, enfin, l'identité du débiteur de la garantie.⁷⁹¹ Afin d'évaluer si une entreprise (Microsoft) souffrirait du dommage sérieux et irréparable en mettant sur le marché un ordinateur sans lecteur média Windows sans avoir une conclusion finale judiciaire sur la question si le droit exige vraiment une telle démarche, il faut

⁷⁸⁸ *Engel et autres*, 5100/71, CEDH, §§ 102, 103.

⁷⁸⁹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 338.

⁷⁹⁰ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 51, 66.

⁷⁹¹ *Franovich*, C-6/90, CEJ, § 12.

prendre en considération trois groupes des conséquences : celles de l'exigence de produire un tel ordinateur, celles de l'introduction d'un tel ordinateur sur le marché ainsi que les conséquences de la possibilité que ce type d'ordinateur soit acheté par les consommatrices de Microsoft.⁷⁹²

Dans la jurisprudence de Strasbourg, l'exigence du « délai raisonnable » de la procédure est évaluée sous l'angle de trois perspectives : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes.⁷⁹³ Afin de conclure si une présidente de la République fait partie du corps législatif, il faut considérer trois critères : le pouvoir de proposer et d'adapter des lois, ainsi que celui de censurer les principales institutions compétentes pour légiférer.⁷⁹⁴ La réponse à la question de savoir si une mesure est « prévue par la loi » et si le niveau de précision d'un acte juridique est adéquat dépend de trois choses : du contenu de texte en espèce, du champ couvert par le texte ainsi que du nombre et du statut de celles qui sont adressées par ce texte.⁷⁹⁵

2) Autre

Aucun autre chiffre n'a la même importance magique que trois, donc tous les autres sont regroupés ensemble.

Dans *Marks et Spencer*, la Cour de Luxembourg proclame qu'afin de justifier une restriction pareille à l'exclusion du dégrèvement des impôts des pertes subies par des filiales établies dans d'autres États membres et qui ne se livrent aucune activité économique dans l'État membre de la société-mère, il faut passer par 4 chambres d'épreuve : premièrement, la restriction doit poursuivre un objectif légitime comparable avec le traité sur la Communauté européenne ; deuxièmement, la restriction doit être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général ; troisièmement, elle doit être propre à la réalisation de l'objectif en cause ; quatrièmement, la restriction ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'essentiel des objectifs poursuivis.⁷⁹⁶ Dans une affaire sur le licenciement d'un agent par un groupe politique au Parlement européen sur la demande de la

⁷⁹² *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, § 411.

⁷⁹³ *Sari*, 21889/93, CEDH, § 68, 72.

⁷⁹⁴ *Boškoski*, 11676/04, CEDH.

⁷⁹⁵ *Vögt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1.

⁷⁹⁶ *Marks et Spencer*, C-446/03, CEJ, §§ 33, 35, 38, 55.

personne ou du service auprès duquel ou de laquelle cet agent travaille, l'autorité instituée du pouvoir de nomination doit considérer cette demande sous l'angle de deux perspectives : premièrement, vérifier, de manière neutre et objective, si la demande constitue, sans aucun doute, l'expression valable du service et, deuxièmement, si elle ne repose pas sur des motifs manifestement illégaux.⁷⁹⁷

Pour la Cour de Strasbourg, afin de déterminer si une personne est privée de la liberté dans le sens de l'article 5 de la Convention, il faut considérer, premièrement, le type de la restriction ; deuxièmement, la durée ; troisièmement, ses effets ; quatrièmement, sa façon d'être implémentée.⁷⁹⁸ Une pratique des cours nationales ne sera considérée comme discriminatoire et contradictoire que dans le cas où plusieurs décisions judiciaires concernées dénie la justice ou sont manifestement abusives.⁷⁹⁹

5. PROBATIO DIABOLICA

Probatio diabolica est l'obligation imposée à la partie perdante de respecter une telle condition juridique qu'il est impossible de remplir par définition.

Par exemple, dans *Baustahlgewebe* la Cour de justice a pris la décision que 66 mois (soit 5,5 ans) de durée de procédure devant le Tribunal de première instance n'est pas un délai excessif dans le sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme puisque la survie économique de la société accusée en violation des règles de concurrence n'était pas directement mise en danger par le litige. Dans une affaire pareille il faut constater la *probatio diabolica* car l'amende maximale ne peut pas dépasser 10 % du chiffre d'affaires réalisé,⁸⁰⁰ ce qui signifie que la survie économique d'une société ne sera presque jamais directement mise en danger et, par

⁷⁹⁷ *Reynolds*, T-237/00, TPI, §§ 80, 81. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 218, 219, 221 ; *Hectors*, T-181/01, TPI, § 69 ; *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 55, 56 ; *Francovich*, C-6/90, CEJ, § 12.

⁷⁹⁸ *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 90, 91, 92, 93, 95.1.

⁷⁹⁹ *Engel et autres*, 5100/71, CEDH, §§ 102, 103. Voyez également *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 34.1, 35. *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115 ; *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 18, 19.2, 33, 16, 20, 32.1 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IB10.1, IB10.2, IB10.3, IIB13.10.

⁸⁰⁰ *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 26, 30, 31.

conséquent, il n'y aura presque jamais du dépassement de délai raisonnable de procédure sous ce critère.

Dans le même procès initié par la Commission contre un cartel, l'entreprise demande en se défendant que la Commission produise certains documents, notamment : a) l'ensemble des pièces de procédure qui la concernaient, b) tous les documents, correspondances, procès-verbaux et notes relatifs à l'information de la Commission par le Bundeskartellamt au sujet de l'existence du cartel de crise structurelle ainsi que c) tous les documents, pièces, procès-verbaux et notes relatifs aux négociations trilatérales entre la Commission, le Bundeskartellamt et des représentants de la communauté allemande du cartel de crise structurelle. L'entreprise a plusieurs hypothèses quant à la pertinence de ces documents pour sa défense mais ne peut pas la préciser de manière plus détaillée sans avoir consulté leur contenu. La Cour de Luxembourg répond que sans une telle précision elle ne peut pas demander une reproduction de ces documents. On appelle cette situation *probatio diabolica* puisque l'entreprise ne peut pas satisfaire la condition pour pouvoir consulter les documents sans les consulter préalablement.

6. L'ARGUMENTATION STALINIENNE

Mikhail Weiskopf dans son livre « Staline l'écrivain » parle de mode argumentatif spécifique pour le dirigeant de l'Union soviétique. Joseph Staline est connu, par exemple, pour les propos suivants : « Les mots et les actions du bloc d'opposition sont en conflit interne. C'est pourquoi il y a un désaccord entre le mot et l'action ». ⁸⁰¹ Pour cette raison je rattache ce nom à ce mode d'argumentation.

L'argumentation stalinienne est le raisonnement juridique où la conclusion est justifiée par la conclusion elle-même en employant le mot « puisque ». Schématiquement, cette technique juridique a une forme $A = A, B = B$ et $C = C$. Pourquoi A ? Car A. Pourquoi B ? Parce que B.

⁸⁰¹ Mikhail Vaïskopf, *Писатель Сталин*, Moscou: Novoe literaturnoe obozrenie, 2001, p. 384, disponible sur http://www.plexus.org.il/texts/vaiskopf_pisat.htm, 14 04 2010.

La différence entre cette technique et la techniques d'ignorance simple, dont on parlera en détails plus bas, consiste à ce qu'ici la juge construit ses arguments autour du mot « puisque », mais dans le cas de l'ignorance simple la conjugaison « puisque » est absente.

Par exemple, dans le procès anticoncurrentiel *Heubach* la partie perdante essaye de se défendre en faisant valoir que, selon la jurisprudence constante, la Commission doit, dans le cadre de la détermination du montant de l'amende, tenir compte des cas dans lesquels le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise en cause avec les produits concernés par l'infraction ne représente qu'une faible proportion de son chiffre d'affaire global. La partie perdante relève que le chiffre d'affaires réalisé par elle avec les ventes du phosphate de zinc standard ne représentait que 4,9 % de son chiffre d'affaires global, soit 3,48 millions d'euros. Tandis que l'amende s'élevait à 3,78 millions d'euros. Le Tribunal de première instance a répondu que la Commission n'ayant pas basé son calcul du montant de l'amende à infliger à la partie perdante sur son chiffre d'affaires global, cette dernière ne saurait se prévaloir de cette jurisprudence.⁸⁰² Autrement dit, pourquoi la Commission ne s'est basée pas sur la jurisprudence respectives ? Parce qu'elle ne s'est pas basée sur ces arrêts précédents.

Dans le procès *Hectors* sur le recrutement d'agente européenne, la personne non-recrutée soumet des arguments pour soutenir que son expérience professionnelle est plus grande et plus adéquate que l'expérience du candidat recruté. Sur ce point le Tribunal de première instance répond que le Parlement, ou plus précisément un group politique, est libre de prendre plus particulièrement en considération l'expérience professionnelle des candidats.⁸⁰³

Dans l'affaire sur le massacre des journalistes serbes par les forces aériennes de l'OTAN, la partie perdante dit que pendant la guerre de l'OTAN contre la Yougoslavie en 1995 les pays de l'OTAN ont contrôlé le territoire yougoslave de même que la Russie a contrôlé la République moldave de Transnistrie en 1992 pendant la guerre entre cette dernière et la Moldova, comme il est constaté par l'arrêt *Ilaşcu*. La partie perdante insiste sur ce que si la requête d'Ilaşcu a été déclarée admissible, son recours doit également être considéré par la Cour de Strasbourg. Les chamanes répondent que, contrairement à la requête en l'espèce, l'admissibilité de l'affaire *Ilaşcu* a été décidée pendant le stade de la considération des mérites :

⁸⁰² *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 150, 155

⁸⁰³ *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 51 § 52, 73.

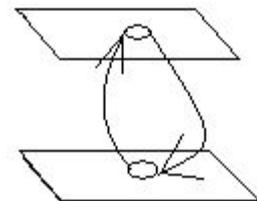
« Quant à l'affaire *Ilaşcu*, également invoquée par les requérants et citée ci-dessus, elle a trait à des allégations aux termes desquelles les forces russes contrôlent une partie du territoire de la Moldova, question qui devra être tranchée définitivement lors de l'examen au fond de la cause. Dans ces conditions, les affaires précitées ne fournissent aucun appui à l'interprétation préconisée par les requérants de la juridiction des Etats contractants, au sens de l'article 1 de la Convention. »

Ou en anglais : « The *Ilaşcu* case, also referred to by the applicants et cited above, concerns allegations that Russian forces control part of the territory of Moldova, an issue to be decided definitively on the merits of that case. Accordingly, these cases do not provide any support for the applicants' interpretation of the jurisdiction of Contracting States within the meaning of Article 1 of the Convention. »

Au fond, la question se réduit de la manière suivante : pourquoi est-ce que la requête *Ilaşcu* est admissible et l'affaire *Banković* – non ? Parce que l'affaire *Ilaşcu* a été déclarée admissible.⁸⁰⁴

7. L'ABUS DES NIVEAUX ARGUMENTATIFS

L'abus des niveaux argumentatifs est la substitution du niveau proposé par la partie perdante résultant en considération de l'argument de cette dernière sur un autre niveau. Dans notre base empirique, nous trouvons quatre variantes.



- 1) La substitution du niveau formel par le niveau factuel – l'argument parfaitement acceptable au niveau formel est rejeté par la perspective factuelle.

Dans le pourvoi *Aalborg* les entreprises accusées de l'entente anticoncurrentielle disent que la collecte de données relatives aux prix pratiqués faisait traditionnellement partie des tâches d'une association professionnelle (niveau formel), mais la Cour de Luxembourg passe au niveau factuel

⁸⁰⁴ Banković, 52207/99, CEDH, § 48, 52, 81.2

en contredisant que cette circulation d'informations sur les prix augmente la transparence sur un marché où la concurrence est déjà fortement atténuée et facilite la surveillance du respect de l'entente par ses membres.⁸⁰⁵

Dans un autre procès la Commission européenne soutenue par l'avocate générale de la Cour de Luxembourg fait valoir qu'une directive sur la reconnaissance des diplômes de praticienne de l'art dentaire ne permet l'octroi que d'un seul titre pour ces praticiennes en Autriche, c'est-à-dire « docteur en dentisterie » (« Doktor der Zahnheilkunde »). Malgré cette directive, deux titres coexistent : « Doktor der Zahnheilkunde » pour des personnes possédant un tel diplôme et « Facharzt für Zahn, Mund und Kieferheilkunde » (médecin généraliste ayant accompli une spécialisation postdoctorale de praticien en art dentaire). Les deux groupes de spécialistes sont autorisés à pratiquer par directive. Pour cela, les juges passent du niveau formel au niveau factuel et concluent que la directive n'interdit pas l'octroi de ces deux titres.⁸⁰⁶ Le terme « Facharzt für Zahn, Mund und Kieferheilkunde » n'est pas mentionné dans la directive mais au niveau factuel ce groupe de spécialistes est considéré comme compétent par cette directive.

Dans l'affaire *Sari* la partie perdante soutient qu'elle n'a pas contribué à la prolongation de la procédure pénale contre lui au niveau formel. Mais la Cour de Strasbourg décide de passer au niveau factuel en prenant en considération le fait que Sari s'enfuit de Danemark où une investigation contre lui avait été commencée à destination de la Turquie, ce qui est considéré par les juges comme « *de facto* soustrait à la justice ».⁸⁰⁷

Après la séparation de Chypre en deux parties, les 1089 chypriotes turques qui restaient habiter dans la partie sud contrôlée par les chypriotes grecques ont perdu le droit de vote. Le gouvernement chypriote grec essayait de soutenir au niveau formel que la communauté turque a formellement quitté la structure constitutionnelle de la République de Chypre. Néanmoins, la Cour de Strasbourg a préféré le niveau factuel et a demandé de garantir le droit de vote aux chypriotes turques.⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 265.3, 281.2.

⁸⁰⁶ *Commission c. Autriche*, C-437/03, CEJ, §§ 7, 8, 40, 42.

⁸⁰⁷ *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 80, 84.

⁸⁰⁸ *Aziz*, 69949/01, CEDH, §§ 20, 21, 22, 24, 28. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, § 83, 84, 85, 86, 90.

En considérant la question de savoir si le Parlement européen possède le pouvoir d'initiative législative, la réponse formelle est claire – non. Néanmoins, les juges font un argument au niveau factuel : il l'a puisqu'il peut demander à la Commission d'initier un acte juridique.⁸⁰⁹

Dans la perspective formelle, un procureur qui fait un communiqué de presse en y indiquant que la faute d'un suspect est « prouvée » viole la présomption d'innocence. Par ailleurs, au niveau factuel, eu égard aux exigences du suspect destinées à arrêter l'investigation en raison de l'absence de « preuve », ce communiqué devient compatible avec la présomption, au moins dans les yeux des chamanes de Strasbourg.⁸¹⁰

- 2) La substitution du niveau factuel par le niveau formel – l'argument acceptable au niveau factuel est rejeté par la perspective formelle.

Bien évidemment, le passage contraire, c'est-à-dire du niveau factuel au niveau formel, peut également avoir lieu.

Par exemple, dans *Commission contre Conseil*, C-29/99, le Conseil fait valoir qu'au niveau factuel la Commission ne demande pas l'annulation partielle de la décision du Conseil sur l'adhésion de la Communauté européenne d'énergie atomique (CEEA) à la Convention internationale de sécurité nucléaire. Ce qu'elle veut faire véritablement, c'est élargir sa compétence en demandant l'avis de la Cour sur la compatibilité du Traité sur la CEEA avec cette convention, mais un tel pas procédural n'est pas permmissible car il n'est pas prévu par ce Traité. La Cour s'attache au niveau formel et confirme que le pas procédural est tout à fait correct puisque « rien n'indique que la Commission poursuive » un but autre qu'une annulation partielle de la décision du Conseil.⁸¹¹

Dans *Gravier* le gouvernement belge essaie d'expliquer qu'au niveau factuel les étudiantes belges et les étudiantes étrangères poursuivant sa formation en Belgique ne sont pas dans la même situation puisque les parents des étudiantes belges paient normalement leurs impôts en Belgique et

⁸⁰⁹ *Matthews*, 24833/94, CEDH, § 51.4.

⁸¹⁰ *Daktaras*, 42095/98, CEDH, § 44. Voyez également *Šleževičius*, 55479/00, CEDH, §§ 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27 ; *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 279, 280, 281, 282, 407, 416 ; *ibid.*, 393 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, § 83, 84, 85, 86, 90.

⁸¹¹ *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 52, 53. Voyez également *ibid.* §§ 34, 43, 44, 46.

de cette façon contribuent à la diminution du prix des études pour leurs enfants. Les belges soulignent qu'il y a un déséquilibre entre le nombre de belges choisissant de faire leurs études dans les autres pays et le nombre d'étrangères venant en Belgique. La Cour de Luxembourg rejette cette justification et choisit l'égalité formelle.⁸¹²

Dans *Vlaamse Televisie Maatschappij* l'entreprise flamande accusée de violation des règles de concurrence fait un argument au niveau factuel que le commissaire chargé des questions de concurrence est un représentant du parti socialiste flamand (dont, à propos, j'étais également membre. Ce parti a déjà exprimé son point de vue sur la matière. Les socialistes étaient toujours opposés à la constitution d'une chaîne commerciale comme la Vlaamse Televisie Maatschappij jouissant d'un droit exclusif de publicité télévisée à titre temporaire en Flandre. Une commissaire d'un parti de droite ne problématiserait pas cette question. La partie perdante considère que la personne exerçant actuellement cette fonction n'est pas capable d'analyser le dossier de manière impartiale et indépendante. Bien évidemment qu'au niveau formel un tel discours ne serait être admis.⁸¹³

Dans l'affaire *Nachova* la partie perdante produit un argument factuel pour démontrer que le massacre de deux garçons romani par la police bulgare a été motivé par l'hostilité raciste : les rapports de la **Commission européenne contre le racisme et l'intolérance** (CERI) du Conseil de l'Europe témoignent que la situation avec la discrimination raciale ne s'améliore pas en Bulgarie. De plus, la CERI recommande que les autorités de ce pays change son Code pénale afin d'y introduire une disposition définissant expressément la motivation raciste en tant que circonstance aggravante. Cette institution exprime son inquiétude par rapport à l'emploi excessif des armes par la police contre les roms lequel provoque parfois la mort de représentants de la minorité ethnique concernée. Le nombre des roms contre lesquelles les policières utilisent la force et la torture est trois fois plus élevé que le nombre des bulgares. La CERI constate que les autorités nationales n'établissent pas un corps indépendant pour l'investigation des plaintes contre la discrimination raciale conduite par la police. Les deux garçons ont été tués par un policier avec une mitraillette dans un village où n'habitent que des roms. Il y a des témoins confirmant que le policier insultait les roms en raison de leur ethnicité en les tuant. Néanmoins, les chamanes de Strasbourg se limitent à la

⁸¹² *Gravier*, 293/83, CEJ, §§ 12, 26. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 33, 96, 99 ; *Prisco*, C-216/99, CEJ, §§ 42, 53.

⁸¹³ *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 128, 133. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 218, 239 ; *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, § 39.

constatation que l'emploi de la mitraillette par une policière dans un endroit public n'est pas interdit par des règles formelles et qu'il n'y a pas de preuve que le policier n'aurait pas tués les gars si ils avaient été bulgares.⁸¹⁴

Dans une affaire sur l'extradition par la Turquie d'un membre d'opposition politique ouzbèke aux autorités d'Ouzbékistan où il risquait d'être torturé, la Cour de Strasbourg a limité son analyse à des formalités : le gouvernement ouzbek a donné des assurances aux autorités turques que le politicien ne serait pas torturé, l'article 235 du Code pénal ouzbek interdit l'obtention de la confession par contrainte, l'article 110 du même code sanctionne des différentes menaces de l'usage de la force, et l'article 17 du Code de la procédure pénale interdit la torture. De plus, l'Ouzbékistan fait partie de la Convention contre la torture de l'ONU. La situation sur le terrain est plus inquiétante. La définition de la torture dans le droit ouzbek est beaucoup plus étroite que dans la Convention de l'ONU. Contrairement à l'exigence de cette Convention, son Code pénal ne punit pas particulièrement la torture conduite par des agentes de l'État. L'Amnistie internationale fait un rapport devant le Comité contre la torture de l'ONU en indiquant que la torture est une pratique quasi-quotidienne en Ouzbékistan, les massacres dans la région Namangan ont été effectués par les forces de l'ordre, des centaines des personnes accusées d'être « wahhabites » ont été emprisonnées pour de longues périodes en violation de tous les standards internationaux en matière de procédure juste, les dimensions de la cellule ne dépassant pas le mètre carré avec une hauteur de près de 1,5 mètre. Human Rights Watch indique que les opposantes politiques sont emprisonnées sans évidence substantielle et souvent sur la base de ses propres confessions. Le président Karimov d'Ouzbékistan a fait la déclaration qu'il pouvait lui-même couper la tête de 200 personnes afin de garantir la stabilité dans l'État. La République tchèque refuse l'extradition des leaders des partis politiques interdits en Ouzbékistan aux autorités ouzbèkes.⁸¹⁵

Dans l'affaire *Podkolzina* les autorités lettonnes essaient de justifier l'effacement d'une candidate aux élections parlementaires par le fait qu'au niveau factuel elle ne maîtrisait pas suffisamment la langue lettonne. La Cour de Strasbourg a rejeté ce raisonnement en constatant que cette candidate

⁸¹⁴ *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 58.1-3, 149, 151. Voyez également *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 58.1-3, 59, 79, 128, 137, 138, 140, 141, 143, 155.

⁸¹⁵ *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 54, 55, 73, 76, 77. Voyez également *ibid*, 54, 55, 76, 87, 88, 89, 91, 94. *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 143, 152, 153, 154 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 256, 258 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 372, 374 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 44, 45, 53.

avait formellement un certificat de maîtrise de la langue et en conséquence la deuxième vérification n'était pas nécessaire.⁸¹⁶

Après le changement du régime en Grèce, l'ancienne propriété de l'ex-roi a été proclamée appartenant à la République car le roi ne la possédait que dans sa qualité de chef d'État. Dans l'affaire *Ancien roi de Grèce*, le gouvernement grec s'explique par des arguments d'ordre factuel : premièrement, cette propriété n'était pas obtenue suivant les dispositions générales du droit civil grec mais en raison de la fonction royale, l'État ne la transférerait que pour montrer son respect envers l'institution royale ; deuxièmement, le droit général sur l'inhérence n'était pas applicable dans le cas de la mort du roi mais, au contraire, il y avait une loi spéciale ; troisièmement, cette propriété était exemptée d'impôts ; quatrièmement, la propriété royale bénéficiait des prérogatives substantiellement étatiques (par exemple, l'interdiction de son emploi pour la couverture de dettes, la criminalisation de l'accès irrégulier, etc. De plus, aucune citoyenne ordinaire ne pouvait jamais acquérir en qualité de sa propriété privée les sites archéologiques. La Cour de Strasbourg n'accepte pas cette argumentation et donne une raison formelle : la propriété royale doit être considérée comme privée parce qu'elle n'était pas mentionnée dans le registre de la propriété d'État.⁸¹⁷

Dans l'affaire *Beard*, la Cour de Strasbourg considère la question de savoir s'il y a une discrimination contre les roms dans l'octroi des permis de la planification de terrain par les autorités britanniques. La partie perdante essaie de dire qu'il y a une politique générale défavorable vis-à-vis des roms. Selon les données de l'Advisory Council for the Education of Romany et Other Travellers, le taux de succès à obtenir un tel permis tombe progressivement de 35 à 10 %. Normalement, les autorités locales n'identifient pas au préalable le terrain pouvant bénéficier d'un tel permis et qui, par conséquent, peut être consacré au développement par les roms. Pour cette raison leurs demandes de permission sont souvent rétrospectives. Les chamanes ignorent ces arguments du niveau factuel et se limitent à constater que les roms virées de la terre qu'elles possédaient en tant que propriété privée n'avaient pas reçu préalablement un permis de planification.⁸¹⁸

⁸¹⁶ *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, § 36.1. Voyez également *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 9267/81, CEDH, §§ 39, 41, 45, 57.3. *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIA4.4, IIB7.7.

⁸¹⁷ *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 31, 34, 36, 37, 51, 52, 64. Voyez également *Saffi*, 22774/93, CEDH, §§ 45, 46. *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 30, 58, 62, 63 ; *ibid.*, § 70 ; *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 31, 46, 47, 55, 66 sur l'article 5 (2), 74, 75, 87, 88 ; *ibid.*, §§ 40, 46, 47, 68.

⁸¹⁸ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 61, 63, 118.

- 3) La substitution du niveau historique par le niveau immédiat – l’argument acceptable au niveau historique est rejeté par la perspective d’effet immédiat.

Un Land allemand accusé de violation des règles de concurrence défend sa décision de transférer son entreprise WfA à la banque WestLB où il contrôle la prise de décisions par la précision qu’en cas de retrait ou de dissolution de la WestLB, la valeur de la WfA, éventuellement augmentée, ne reviendra qu’à lui seul (argument à long terme, voir au niveau historique). La Cour, au contraire, préfère le niveau immédiat : ce scénario n’est pas souhaitable pour le Land et va à l’encontre des objectifs de l’opération.⁸¹⁹

Dans le procès contre un cartel sur le marché du ciment, une entreprise soutient qu’elle échangeait toujours les données sur les prix avec d’autres entreprises depuis une longue période avant la conclusion de l’accord anticoncurrentiel (niveau historique) et que pour cette raison ces échanges ne doivent pas être vus comme étant des pratiques anticoncurrentielles. La Cour rejette cette vision en faveur du niveau immédiat : ces échanges facilitaient le déroulement des réunions du cartel.⁸²⁰

Dans l’affaire *Ždanoka* devant la Chambre de la Cour de Strasbourg sur l’interdiction à vie pour une ancienne membre du Parti communiste soviétique de se présenter aux élections, les autorités lettonnes produisent un argument de niveau historique en évoquant la lutte pour l’indépendance de la Lettonie, la résistance des communistes à cette lutte, les crimes des communistes et l’interdiction ultérieure de ce parti. La Chambre décide de soutenir la minorité ethnique russe en passant au niveau immédiat. *Ždanoka* n’était pas une militante communiste après l’interdiction de son parti, elle n’a jamais lutté pour détruire l’État indépendant et démocratique letton. Néanmoins, la grande chambre retournera au niveau historique.⁸²¹

- 4) La substitution du niveau immédiat par le niveau historique – l’argument acceptable au niveau d’effet immédiat est rejeté par la perspective historique.

⁸¹⁹ *WestLB*, T-228/99, TPI, § 318.

⁸²⁰ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 266, 282.

⁸²¹ *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 80, 108.1. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 54, 58, 59, 60.

Dans le procès *Microsoft*, cette entreprise demande la permission de ne pas ouvrir aux concurrentes les protocoles de communication de son système opérationnel jusqu'au jour où la Cour de Luxembourg prend la décision finale sur la question de savoir si Microsoft abuse vraiment sa position dominante. L'entreprise insiste sur ce qu'un tel pas constituerait un changement fondamental dans sa politique d'affaire. Le Président du Tribunal de première instance décide de passer au niveau historique et écrit qu'en cas où le Tribunal choisit de dire que ce pas n'était pas exigé par le droit, Microsoft pourra refuser de continuer de fournir l'accès à ses protocoles.⁸²²

Dans une affaire sur l'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Andorre avant son adhésion au Conseil de l'Europe, la partie perdante apporte l'argument qu'actuellement, c'est-à-dire en 1992, la Principauté n'est pas un État véritablement indépendant et, pour cette raison, la Convention y est applicable car elle est ratifiée par la France et par l'Espagne. Premièrement, l'Andorre a deux chefs d'État (Co-princesses) : la Présidente de France et l'évêque d'Urgel. Deuxièmement, les Co-princesses ont le « droit de justice », c'est-à-dire, les cours andorranes sont directement sous la responsabilité de la Présidente française qui est obligée par le système juridique français de suivre la Convention. Troisièmement, les accusées pour la période excédant 3 mois sont emprisonnées soit en France, soit en Espagne, l'ordre dans la Principauté est maintenu par la police française et espagnole. Quatrièmement, certains actes juridiques français et espagnols sont directement applicables en Andorre. Cinquièmement, il n'y a jamais eu aucun accord international entre la Principauté, l'Espagne et la France. L'Andorre n'est membre d'aucune organisation internationale. Le gouvernement français ne reconnaît pas l'indépendance de cette région. Il n'y a ni consulat espagnol, ni français. Pour des affaires consulaires, les citoyens doivent saisir le département Pyrénées-Orientales. Malgré cet état factuel, la Cour de Strasbourg reconnaît le potentiel historique de l'Andorre à devenir un État au sens propre de ce mot et refuse de constater que la Convention est applicable dans la Principauté en raison de sa ratification par la France et par l'Espagne.⁸²³

⁸²² *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 297, 298.

⁸²³ *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 34, 46, 108, 52, 55, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 89.3, 69, 89.2. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 83, 84.

8. L'ESPRIT VAINQUEUR DANS LA VARIANTE « 4E DIMENSION »

Normalement, « l'esprit vainqueur » est une technique d'interprétation appartenant au groupe de l'abus de déduction, mais dans sa variante « 4^e dimension » nous le plaçons dans l'abus de construction du système.

L'esprit vainqueur dans la variante « 4^e dimension » est la victoire d'un esprit invité par la chamane contre les esprits de la partie perdante dans la situation où, premièrement, l'esprit vainqueur vient d'en dehors du système du raisonnement de la partie perdante ; deuxièmement, le conflit considéré par la partie perdante est laissé tomber ; troisièmement, nous ne pouvons pas affirmer que l'esprit vainqueur vienne d'un autre niveau argumentatif. Son niveau d'origine sort des 3 dimensions classiques de la partie perdante.

Par exemple, dans l'affaire *Marshall* la requérante veut profiter d'une protection contre la discrimination fondée sur le sexe qui est garantie par une directive européenne non-transposée dans le droit du Royaume-Uni. Pour cette raison elle engage un procès judiciaire. Le gouvernement britannique répond par un argument classique en informant les juges qu'une directive ne peut jamais imposer directement des obligations à des particuliers. La requérante était employée par Southampton et South-West Hampshire Area Health Authority qui n'était jamais considéré comme une partie de l'administration centrale du gouvernement et ses agents n'avaient jamais le statut de fonctionnaire. L'autorité sanitaire concernée a agit en tant qu'employeuse privée. Même si la requérante était assimilée aux fonctionnaires et l'autorité sanitaire à l'État, elle ne pouvait pas attaquer la non-transposition parce qu'un tel régime introduirait une discrimination injustifiée entre les employées privées et étatiques. La Cour de Luxembourg refuse de participer à ce débat et invite un esprit de l'autre dimension : « l'État ne peut tirer l'avantage de sa méconnaissance du droit communautaire ».⁸²⁴

Cette technique ne peut pas être assimilée à l'abus des niveaux argumentatifs car, par exemple, « l'État ne peut tirer l'avantage de sa méconnaissance du droit communautaire » englobe le niveau factuel (« l'État ne peut tirer l'avantage ») ainsi que le niveau formel (« méconnaissance du droit communautaire »).

⁸²⁴ *Marshall*, 152/84, CEJ, §§ 43, 44, 49.

9. L'ABUS DANS LE CHOIX DE QUESTION

L'abus dans le choix de question à poser aux esprits est le choix fait par la chamane dans la situation où une question alternative pourrait amener un résultat judiciaire tout à fait contraire.

Par exemple, en calculant l'amende à imposer à une entreprise afin de la sanctionner pour la participation à un accord anticoncurrentiel, la Commission européenne doit se baser sur le chiffre d'affaire effectué avec le produit faisant l'objet d'un tel accord (disons, ciment gris comme en l'espèce. Dans *Cimenterie CBR*, certaines entreprises ont transmis à la Commission les données concernant seulement le ciment gris et les autres – ciment gris pur, plus les montants liés au remboursement de frais de transport, à des ventes de sacs et à d'autres services. Par conséquent, les amendes se forment en suivant deux méthodes différentes de calcul. L'entreprise perdante propose de poser aux esprits la question de savoir s'il faudrait recalculer le montant de son amende sur la base du calcul unique en excluant les services accompagnants. Mais les chamanes choisissent une autre question : si les frais de transport, les ventes de sacs, etc. font une partie intégrante du chiffre d'affaire effectué avec la vente du ciment gris. Le Tribunal s'arrête en disant « oui » sans considérer le problème de l'égalité de traitement.⁸²⁵

Dans *Lechouritou*, un groupe de citoyennes grecques entame un procès civil pour obtenir une compensation payée par les autorités allemandes sur la base de la Convention de Bruxelles pour le massacre des 676 habitantes de la municipalité de Kalavrita qui a eu lieu le 13 décembre 1943. Ladite Convention n'est pas applicable aux requêtes déposées contre les autorités publiques. Les chamanes demandent si le pouvoir militaire nazi exerçait le pouvoir public en Grèce pendant la deuxième guerre mondiale et reçoivent la réponse spirituelle que « oui » et que les massacres constituait une partie de la « politique étrangère et de sécurité » de l'Allemagne. Pour cette raison les victimes dudit massacre ne peuvent pas profiter de la Convention de Bruxelles et bénéficier de la compensation. La question alternative à poser aux esprits pouvait être, par exemple, si une entité autre que le gouvernement grec peut exercer le pouvoir public sur le territoire de la République

⁸²⁵ *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 5028, 5030. Voyez également *ibid.*, §§ 1510, 1516 ; *ibid.*, § 1510, 1516, 1649, 1651 ; *ibid.*, §§ 1513, 1516 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 321, 342 ; *ICI*, C-264/96, CEJ, § 32 ; *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 79, 84, 85, 94 ; *ibid.*, § 103, 108 ; *ibid.*, § 134, 139 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 253 ; *ibid.*, §§ 406, 410 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 44, 65 ; *ibid.*, §§ 71, 78, 82 ; *ibid.*, §§ 85, 87 ; *ibid.*, § 201, 202.

hellénique. Il est bien évident que la perspective grecque, française, polonaise, autrichienne etc. ne reconnaît les militaires allemands qu'en tant qu'éléments criminels n'ayant aucune prérogative du pouvoir public légitime.⁸²⁶

Dans *Brasserie du Pêcheur*, le gouvernement allemand soutient qu'un droit à réparation pour les particuliers du fait de la violation du droit communautaire par les autorités nationales ne pourrait être consacré que par voie législative et que la reconnaissance d'un tel droit par voie judiciaire serait incompatible avec la répartition des compétences entre les institutions de la Communauté et les États membres, et avec l'équilibre institutionnel instauré par le traité. La Cour de Luxembourg répond que dans l'ordre juridique international, l'État dont la responsabilité serait engagée du fait de la violation d'un engagement international, est considéré dans son unité, que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif. Autrement dit, la question de la partie perdante « l'introduction du droit à réparation à engager contre un État membre, peut-elle être effectuée par la Cour européenne de justice sans changer le texte même du Traité sur la CE ? » est remplacée par la question choisie par les chamanes : « est-ce que le droit à réparation du fait de la violation du droit communautaire est imposable là où cette violation est effectuée par la législature nationale ? »⁸²⁷

Dans l'affaire *Podkolzina*, la Cour de Strasbourg cherche des raisons à soutenir que les autorités lettonnes discriminaient les candidates de la minorité ethnique russe aux élections législatives en demandant qu'elles passent un examen supplémentaire de langue lettonne (premièrement, elles étaient déjà en possession d'un certificat de connaissance de la langue d'État ; deuxièmement, l'examen a été conduit par une seule examinatrice [mais en présence de témoins] ; troisièmement, pendant l'examen, les candidates eu des questions sur leur choix politique. La cour ne pose pas la question de savoir pourquoi Mme Podkolzina a été la seule parmi les neuf candidates russes qui a raté l'examen. Est-ce que cela a pu arriver à cause de la plus petite compétence ?⁸²⁸

⁸²⁶ *Lechouritou*, C-292/05, CEJ, §§ 9, 27, 37, 40-43. Voyez également *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 92, 25, 22.

⁸²⁷ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 33-34, *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 32, 68 ; *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 79, 81, 82, 87, 88, 90, 91. *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 275, 283.

⁸²⁸ *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 12, 36.2. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 301-333 ; *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 12, 19, 31. 46, 110.

10. LA RECOMPÉTENCIALISATION DANS SA VARIANTE MUETTE

La recompétencialisation est le transfert de la compétence d'une entité à une autre sans développer un échange d'arguments sur cette question, échange constaté en choisissant la vision de la partie perdante comme point de départ.

Dans la majorité des cas, la recompétencialisation se trouvera au sein de l'abus de déduction, mais dans sa variante muette elle doit être placée dans le groupe de l'abus dans la construction du système.

La variante muette est caractérisée par l'absence de raisonnement officiel concernant l'attribution de compétence.

Par exemple, il est marqué dans les articles 22 et 25.1-2 de l'Accord d'association CE-Turquie que c'est le Conseil d'association qui assure le respect dudit Accord, le règlement des différends, et qui a le pouvoir de saisir la Cour de Luxembourg ou une autre cour afin d'obtenir une interprétation judiciaire de l'Accord. Dans *Kaufring*, la Cour de justice commence à interpréter cet Accord sans demande de la part du Conseil d'association et même constate que ce Conseil lui-même ne respecte pas ses obligations en provenance de l'Accord.⁸²⁹

Dans l'affaire *Hornsby* la Cour de Strasbourg commence à considérer la question de savoir si les autorités grecques n'ont pas violé l'article 6.1 de la Convention des droits de l'homme en manquant d'appliquer une décision de la Cour européenne de justice pour 5 ans.⁸³⁰ La question de compétence qui pourrait se poser est due à ce que probablement la Cour de Luxembourg elle-même ou les autres institutions de la CE sont mieux placées pour interpréter ce problème.

⁸²⁹ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 274, 275. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 238, 240, 241, 243, 244, 249, 250, 254, 256.

⁸³⁰ *Hornsby*, 18357/91, CEDH, § 43. Voyez également *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 26, 33 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, §§ 119, 120, 121 ; *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, § 340 ; *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 28, 44, 47, 48, 69, 70 ; *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 34, 99, 100, 150, 151, 292, 357.1, 357.3, 357.4, 391 ; *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1.

11. L'IGNORANCE DANS SA VARIANTE MUELTE

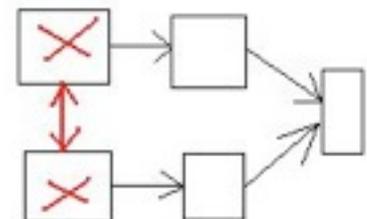
L'ignorance dans sa variante muette est l'absence d'une quelconque réponse face à l'argument de la partie perdante.

Il y a plusieurs variantes d'ignorance accompagnées d'un contre-argument ignorant – ces variantes sont classées dans le groupe de l'abus de déduction.

Dans *Cimenteries CBR* une entreprise affirme qu'en calculant l'amende sanctionnant sa participation à l'entente anticoncurrentielle en fonction du bénéfice réalisé avec la marchandise constituant l'objet de l'entente, la Commission a violé le principe d'égalité de traitement puisque dans ce cas, l'institution communautaire n'a pas seulement calculé le bénéfice réalisé par les ventes de ciment gris et de clinker, mais également les montants liés au remboursement de frais de transport, à des ventes de sacs, tandis que ces derniers montants n'étaient pas inclus dans le calcul des bénéfices d'autres entreprises. Les chamanes répondent que ces montants font partie intégrante de la vente du produit et de son prix global, mais n'expliquent pas pourquoi ils ne sont pas inclus dans le calcul d'amende d'autres participantes à l'entente.⁸³¹ Comme nous avons déjà vu en discutant de l'abus dans le choix de la question, l'ignorance dans sa variante muette peut être facilement transformée en abus dans le choix de la question.

12. LE MULTICHAÎNISME CONTRADICTOIRE

Le multichaînisme contradictoire est l'utilisation, par la juge, d'au moins deux chaînes argumentatives incompatibles pour justifier la même conclusion.



D'habitude, la contradiction est enracinée dans les préconditions.

Elle est caractérisée par l'utilisation d'au moins quatre arguments juridiques partagés entre deux

⁸³¹ *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 5028, 5030. Voyez également *ibid.*, §§ 3353, 3354, 3355, 3357 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 285 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 173, 174.

chaînes argumentatives où, premièrement, nous pouvons distinguer une précondition et une condition au sein de chaque chaîne et où, deuxièmement, les préconditions dans les deux chaînes sont incompatibles. La contradiction entre deux préconditions renverse la compatibilité entre les deux chaînes. L'argument préconditionnel est notre point d'appui afin de formaliser cette structure argumentative.

La précondition et la condition sont deux critères juridiques que l'esprit, invité par la partie perdante doit, selon la chamane, satisfaire.

Dans l'affaire *Vogt* se pose la question de savoir si l'interdiction d'être communiste pour les fonctionnaires allemandes était « prévue par loi ». La partie perdante, la communiste de l'Allemagne de l'Ouest, soutient que la décision de la Cour constitutionnelle du 22 mai 1975 et que, par conséquent, la jurisprudence de la Cour fédérale administrative et de la Cour fédérale de travail est incohérente et contradictoire. Elle ajoute de plus que, sans changer la loi applicable, elle a été restituée dans le service public en 1991 malgré le fait qu'elle continuait à être un membre du Parti communiste, ce qui signifie que cette loi était toujours suffisamment souple. Les chamanes emploient deux chaînes argumentatives. La précondition dans la première chaîne de la Cour de Strasbourg est l'estimation que le droit applicable était « clair » : le devoir de loyauté politique a été imposé aux fonctionnaires par la jurisprudence de la Cour fédérale constitutionnelle et par la Cour fédérale administrative, ainsi que par la Loi de la fonction publique de Basse-Saxe. Les chamanes développent que les objectifs du Parti communiste étaient anticonstitutionnels et que, pendant la procédure disciplinaire, Mme Vogt a eu l'occasion de prendre connaissance de la régulation respective. Par les mots « même si » les juges introduisent la deuxième chaîne qui se base sur la précondition « la jurisprudence était incohérente ». Cette chaîne se développe par l'estimation que, dans le cas de contradiction entre la jurisprudence de la Cour fédérale administrative et de la Cour fédérale de travail, les cours disciplinaires doivent suivre la ligne de la Cour fédérale administrative.⁸³²

⁸³² *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 30, 32, 73, 77, 96, 123-125.

13. DÉCLARATION D'UNE CATÉGORIE DANS LA COMPARAISON ASPECTUELLE JURISPRUDENTIELLE

La déclaration d'une catégorie dans la comparaison aspectuelle jurisprudentielle est la comparaison basée sur certains aspects en provenance des arrêts précédents (amulettes) différents dans la combinaison suivant :

I. Lumière : le rôle d'amulette

- L'invitation d'esprits différents en provenance d'amulettes différentes

II. Lumière : la nature des aspects gagnants

- L'attribution de catégorie.

La comparaison aspectuelle jurisprudentielle dans la combinaison de la variante d'invitation des esprits différents en provenance des amulettes différentes sous la perspective sur le rôle d'amulette, **et de** la variante d'attribution de catégorie sous la perspective sur les aspects gagnants, **est** une déclaration de la juge qu'une certaine situation factuelle doit être considérée en tant qu'appartenant à une catégorie (à un esprit) qui est définie dans un certain arrêt (qui habite dans une certaine amulette) dans le cas où, premièrement, la partie perdante affirme que cette situation factuelle appartient à une autre catégorie juridique définie dans un autre arrêt ; et deuxièmement, une précision officielle des raisons pour un tel choix particulier ne suit pas.

Cette technique d'interprétation est classée dans le groupe d'abus dans la construction du système puisqu'elle exclut la lutte directe entre les esprits qui habitent dans des amulettes différentes. La chamane proclame tout simplement qu'une certaine catégorie définie dans un certain arrêt est applicable sans expliquer son choix.

Par exemple, le Conseil de l'UE prend la décision que l'importatrice de viande bovine Hilton en provenance d'Argentine doit recevoir un traitement préférentiel et ne payer que le droit du tarif douanier, sans prélèvement à importation. Ce type de viande devait toujours être accompagné avec des certificats d'authenticité. En 1991 et en 1992 la quantité de cette viande importée en Europe dépasse la quantité mentionnée dans les certificats délivrés par les autorités argentines. Après un certain temps, en 1994, l'entreprise Eyckeler & Malt est pris sur le fait d'avoir des certificats falsifiés et il lui est demandé de payer 11 422 736,45 marks allemandes. Cette dernière déclare qu'elle ne savait pas que les certificats avaient été falsifiés et essaie d'obtenir une remise, mais la

Commission européenne refuse et le différend est alors transmis à Luxembourg. La Commission apporte plusieurs amulettes (*Acampora*,⁸³³ *Van Gend & Loos*,⁸³⁴ *Mecanarte*,⁸³⁵ *Faroe Seafood*⁸³⁶ et *Pascoal & Filhos*⁸³⁷) selon lesquelles la situation entre dans la catégorie « la confiance d'un redevable en la validité d'un certificat d'authenticité qui se révèle faux lors d'un contrôle ultérieur n'est normalement pas protégée par le droit communautaire, une telle circonstance relevant du risque commercial ». Mais, sans présenter de comparaison plus approfondie, les chamanes choisissent l'amulette *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*⁸³⁸ et classifient le cas en l'espèce sous la catégorie « il n'est pas équitable d'imposer à cet opérateur un préjudice qu'il n'aurait normalement pas subi ». Ce choix est lié au fait que la Commission a manqué à son devoir de surveillance pendant les années 1991 et 1992.⁸³⁹ Une analyse plus fine des amulettes de la Commission pourrait amener à une conclusion différente. Dans *Faroe Seafood*, *Van Gend & Loos*, *Bosman*, *Acampora*, *Mecanarte* et *Pascoal & Filhos* la Cour de Luxembourg essayait toujours de dissocier la bonne foi de l'importatrice en son certificat falsifié d'un côté, et la qualité de surveillance menée par les autorités respectives d'un autre côté. De plus, l'amulette *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons* ne parle du tout de la surveillance. Si une comparaison plus approfondie existait, nous classerions ce cas dans le groupe d'abus de déduction.⁸⁴⁰

Dans l'arrêt C-176/03, CEJ nous retrouvons la Commission européenne qui engage le procès contre le Conseil pour son refus de revendiquer directement que les États membres introduisent des sanctions pénales pour les crimes contre l'environnement. Elle apporte plusieurs amulettes : *Amsterdam Bulb* 50/76, CEJ, *Nunes et de Matos* C-186/98, CEJ, *Zwartveld et autres* C2/88 où la

⁸³³ *Acampora*, 827/79, CEJ, § 8.

⁸³⁴ *Van Gend*, 98/83, CEJ, §§ 17, 20.

⁸³⁵ *Mecanarte*, C-153/94, CEJ, §§ 17, 20, 24.

⁸³⁶ *Faroe Seafoods*, C-153/94, CEJ, § 93.

⁸³⁷ *Pascoal*, C-97/95, CEJ, §§ 59, 60.

⁸³⁸ *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, 58/86, CEJ, §§ 2, 3, 22.

⁸³⁹ *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 112, 113, 117, 188, 189, 190.

⁸⁴⁰ Voyez, par exemple, *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 2, 3, 12, 15, 16, 18, 24, 26, 31, 50, 54, 60 en comparaison avec *Singh*, C-370/90, CEJ, §§ 12, 24, avec *Safir*, C-118/96, CEJ, §§ 2, 3, 8, 11, 24, 25, 33, 34, avec *ICI*, C-264/96, CEJ, §§ 26, 28, avec *X et Y*, C-436/00, CEJ, §§ 2, 61, avec *Metallgesellschaft*, C-397/98, CEJ, §§ 26, 59. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 18, 37, 38, 39, 40 en comparaison avec *Futura Participations*, C-250/95, CEJ, §§ 2, 3, 9, 10, 11, 16, 18, 21, 22, avec *Metallgesellschaft*, C-397/98, CEJ, §§ 5, 6, 24, 26, 60, Heubach, T-64/02, TPI, §§ 55, 68, 71, 73-75, 76, 111, 113, 115-118 en comparaison avec *Enso Española*, T-348/94, TPI, §§ 303, 304, 306-310, avec *Enichem Anic*, T-6/89, TPI, §§ 269, 270, 271, 281, 282, avec *Martinelli*, T-150/89, TPI, § 58, 59, 60, avec *Archer Daniel Midland*, T-150/89, TPI, § 56. Voyez également *Vogel*, C-35/02, CEJ, §§ 3, 8, 9, 11, 13, 17, 23, 25, 26, 29, 36 en comparaison avec *Commission c. Italie*, C-40/93, CEJ, §§ 21, 22, 23, 24, avec *Klett*, C-204/01, CEJ, § 33.

Cour de Luxembourg a imposé aux États l'exigence de la coopération loyale et l'exigence de suivre les principes de l'efficacité et de l'équivalence. Ces arrêts ont eu pour effet l'introduction des sanctions pénales pour violation du droit communautaire. Le Conseil essaie de se protéger par les amulettes *Casati* 203/80, CEJ et *Lemmens* C226/97 où l'on trouve la constatation que ni le droit pénal, ni la procédure pénale n'entre dans le domaine de la compétence communautaire. Néanmoins, les chamanes soutiendront la position de la Commission.⁸⁴¹

Dans le pourvoi *Parlement contre Reynolds* sur le licenciement du secrétaire général du groupe politique pour *l'Europe des démocraties et des diversités* sans lui avoir donné l'occasion de se défendre avant la prise de décision de le renvoyer, il y a deux catégories auxquelles on peut rattacher la situation : premièrement, « sans lui donner l'occasion de se défendre avant la prise de décision de le renvoyer ». Les amulettes *Almini* 19/70, *Gómez de Enterría* T-82/95, TPI et *F* T-211/98, TPI indiquent que le droit à la défense dans le cas de licenciement doit être garanti même si aucune disposition écrite ne le mentionne pas. La deuxième catégorie est que le secrétaire général d'un groupe politique effectue des fonctions de nature essentiellement politique et que pour cette raison il peut se faire licencié plus facilement que les autres fonctionnaires, comme il est décidé dans l'arrêt *Schertzer* 25/68, CEJ. La CEJ rejette la position de Reynolds.⁸⁴²

Dans l'affaire *Goodwin*⁸⁴³ sur la reconnaissance juridique du changement du sexe par une transsexuelle, deux types d'amulettes peuvent servir de moyen de communication avec le monde spirituel. Le gouvernement britannique vient avec *B*⁸⁴⁴ où il faut comparer le niveau de souffrance d'une transsexuelle, niveau causé par l'intervention quotidienne, pour obtenir le statut de victime de

⁸⁴¹ *Commission c. Conseil*, C-176/03, CEJ, §§ 15, 19, 20, 21, 47, 48, 50 en comparaison avec *Amsterdam Bulb*, 50/76, CEJ, § 33, *Nunes et de Matos*, C-186/98, CEJ, §§ 12 et 14, *Zwartveld et autres*, C-2/88, 13 07 1990, CEJ, § 17, *Casati*, 203/80, CEJ, [1981] ECR 2595, § 27, *Lemmens*, C-226/97, CEJ, [1998] ECR I3711, § 19.

⁸⁴² *EP c. Reynolds*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50, 51, 53, 55 en comparaison avec *Schertzer*, 25/68, CEJ, §§ 1, 10, 26, 36, 39, 42, avec *Reynolds*, T-237/00, TPI, §§ 8, 9, 90, 91, 95, avec *Almini*, 19-70, CEJ, §§ 1, 10, 11, avec *F*, T-211/98, TPI, §§ 3, 27, 28, 34 avec *Quijano c. Commission*, T-169/95, TPI, § 44, avec *Gaspari c. Parlement*, T-36/96, TPI, point 32, avec *Gómez de Enterría*, T-82/95, TPI, §§ 2, 20, 27, 28.

⁸⁴³ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 65, 89.

⁸⁴⁴ *B*, 13343/87, CEDH, §§ 59-63.

violation des droits de l'homme. Mais les chamanes choisissent les amulettes *Pretty*⁸⁴⁵ et *Mikulić*⁸⁴⁶ qui reconnaissent le droit à l'identité.⁸⁴⁷

14. LA COMPARAISON FALSIFIÉE

La comparaison falsifiée est l'affirmation émise de la juge qu'une situation factuelle en l'espèce est déjà solutionnée par un certain arrêt précédent, dans le cas où nous ne sommes pas capables de trouver les aspects identiques.

Cette technique d'interprétation a quatre variantes.

- 1) L'application du principe à comparer ne fait aucune référence aspectuelle.

En appliquant un principe décrit dans un arrêt particulier, la juge ne détaille pas quels aspects similaires dans la situation factuelle en l'espèce et dans la situation factuelle décrite dans cet arrêt particulier justifient l'application dudit principe et, *prima facie*, nous ne trouvons pas ces aspects.

Par exemple, le 31 mars 2000 le Premier ministre français adopte un décret supprimant le mandat du député européen Le Pen en liaison avec le fait que la Cour de cassation avait constaté qu'il avait violé le Code pénal et l'a déclaré coupable de violences et d'injures publiques en le condamnant à trois mois d'emprisonnement ainsi qu'à 5 000 FRF d'amende. Le 23 octobre 2000 la Présidente du Parlement européen a pris la décision sur la déchéance de son mandat et, en plénière, a demandé à Le Pen de quitter l'hémicycle. Ensuite, il a introduit un recours contre le PE devant le Tribunal de première instance. Ce dernier a rejeté le recours considéré irrecevable. Le Tribunal a motivé cette

⁸⁴⁵ *Pretty*, 2346/02, CEDH, § 62.

⁸⁴⁶ *Mikulić*, 53176/99, CEDH, § 53.

⁸⁴⁷ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 89, 90 en comparaison avec *B. c. France*, 13343/87, CEDH, §§ 59-63, avec *Pretty c. Royaume-Uni*, 2346/02, CEDH, § 62, et avec *Mikulić c. Croatie*, 53176/99, CEDH, § 53. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 460, 462 en comparaison avec *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 2832/66, 2835/66, 2899/66, CEDH, § 78, avec *Chypre c. Turquie*, 25781/94, §§ 231, 236-237. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 35, 38 en comparaison avec *Keenan c. Royaume-Uni*, 27229/95, CEDH, ECHR 2001-III, § 91, avec *L.C.B. c. Royaume-Uni*, 23413/94, CEDH, § 36, avec *Osman c. Royaume-Uni*, 23452/94, CEDH, § 115, avec *Kılıç c. Turquie*, 22492/93, CEDH, §§ 62 et 76, Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 14, 39 en comparaison avec *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 7601/76, 7806/77, CEDH, § 52, avec *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 16130/90, CEDH, § 35. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 44, 45, 53 en comparaison avec *D. c. Royaume-Uni*, (1997) 24 EHRR 423, CEDH, §§ 46-54. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 62, 71 en comparaison avec *Laskey, Jaggard et Brown*, 21627/93, 21826/93, 21974/93, CEDH, avec *Acmanne et autres c. Belgique*, 10435/83, CEDH, avec *Dudgeon*, 7525/76, CEDH, § 52, avec *A.D.T. c. Royaume-Uni*, 35765/97, CEDH, § 37.

décision par l'attribution de la catégorie « seules les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci » au décret du Premier ministre français et non à la décision de la Présidente du PE. Cette attribution de la catégorie, ou l'application du principe, se base sur la référence aux arrêts *IBM*, *Assicurazioni generali* et *Commission/Conseil*, 22-70, CEJ.⁸⁴⁸ De cette manière les observatrices reçoivent une impression que l'application de ladite catégorie est automatique car elle est déjà développée dans les trois arrêts précédents, mais en réalité il s'agit de quatre situations complètement différentes. La seule similarité évidente, c'est le fait d'application même de cette catégorie. Dans l'arrêt *IBM*, la requête a été rejetée car IBM a voulu attaquer devant la Cour le refus de la Commission d'arrêter la procédure d'enquête quant à l'abus hypothétique de la position dominante par cette entreprise. La Cour a expliqué qu'on ne peut attaquer la Commission qu'à la fin de cette enquête, après la prise de la décision finale.⁸⁴⁹ Dans *Assicurazioni generali* le Tribunal de première instance a décidé que nous pouvions attaquer la Commission si elle change la base juridique d'une procédure ayant le potentiel de faire grief à une entreprise et changeant le statut juridique de cette dernière. En particulier, le passage de la procédure sous l'égide du Règlement no. 4064/89 au champ de l'article 2 du Règlement no. 17, ou autrement dit, la décision que la constitution de la société CG Vita n'est pas une concentration autorisée, mais probablement un accord interdit, peut faire l'objet d'un recours et entre dans la catégorie « seules les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci ».⁸⁵⁰ Finalement, par l'arrêt *Commission contre Conseil* 22-70, CEJ la Cour a décidé que les conclusions du Conseil peuvent produire des effets juridiques et que, pour cette raison, elles peuvent être attaquées devant la juridiction.⁸⁵¹ Autrement dit, dans ces arrêts il n'y a aucun aspect à soutenir directement la conclusion dans l'arrêt *Le Pen*.

Il faut également parler de la comparaison falsifiée en analysant l'admission ou le rejet d'arguments apparus dans la réplique au sein d'un procès judiciaire en raison de leur absence dans la requête initiale. Prenons l'arrêt *Mattila* : il s'agit du refus de la part du Conseil de l'UE de communiquer à son ancien fonctionnaire certains documents. Dans la requête, le requérant invoque plusieurs

⁸⁴⁸ *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 77, 97.

⁸⁴⁹ *IBM*, 60/81, CEJ, §§ 2, 3, 4, 9, 12.

⁸⁵⁰ *Assicurazioni generali*, T-87/96, TPI, §§ 32, 33, 38, 41, 43.

⁸⁵¹ *Commission c. Conseil*, 22-70, CEJ, §§ 1-3, 35, 36, 44, 46, 47, 49, 52, 53, 55, 67.

moyens : une violation du principe selon lequel la demande d'accès doit être examinée au regard de chaque document, une violation de l'obligation de motivation, une erreur manifeste d'appréciation dans l'interprétation de l'exception afférente à la protection des relations internationales (la raison de non communication) et une méconnaissance de son intérêt particulier à avoir accès aux documents en cause. Ensuite, dans sa réplique, ce requérant invoque encore deux moyens : une violation du principe d'appréciation indépendante et un détournement du pouvoir. La violation du principe d'appréciation indépendante consiste en ce que le projet de réponse a été inscrit au « point I » de l'ordre du jour du Coreper II puis au « point A » de l'ordre du jour du Conseil, ce qui implique qu'aucun débat n'a eu lieu et que l'institution n'a ainsi procédé à aucun examen avant d'adopter la décision attaquée. Le requérant insiste sur ce que le détournement de pouvoir existe dans la mesure où le Conseil ne fournit que des motifs généraux de refus de communication de documents, sans prendre en compte leur contenu ni le préjudice réel que pourrait causer leur communication. La partie perdante dit que ces deux moyens de réplique sont enracinés dans les moyens mentionnés dans la requête et que pour cette raison ils sont recevables, mais les chamanes de Luxembourg les déclarent inadmissibles. Le Tribunal de première instance de l'UE justifie le rejet par une référence aux arrêts *Limbourgse Vinyl Maatschappij*, *Verros*, *Gil* et *Passera*.⁸⁵² Il faut que nous les regardions plus en détail. Dans *Limbourgse Vinyl Maatschappij* le TPI décide qu'eu égard au contexte de l'affaire, le moyen d'une violation de l'obligation de motiver sa décision par la Commission européenne invoqué dans la réplique doit être vu comme une partie du moyen d'une violation du principe de proportionnalité inscrit dans la requête. Par contre, le TPI rejette le moyen basé sur l'hypothèse que le Règlement de la Commission, suivant lequel la décision attaquée a été prise, était illégal en tant que « nouveau » et comme invoqué dans la réplique.⁸⁵³ Dans *Verros* nous voyons un participant au concours qui n'a pas été choisi par le comité de sélection pour un poste de fonctionnaire en raison de son âge. Par cet arrêt la CEJ a considéré le moyen d'une violation de l'article 1 (1) (g) de l'annexe III au Règlement des fonctionnaires : la limite d'âge n'était pas mentionnée parmi les conditions d'admission au poste vacant, faisait partie du moyen d'une violation de l'article 5 (1) (g) de la même annexe se basant sur l'allégation que le comité de sélection a introduit une nouvelle condition de limite d'âge aux conditions de la note de vacance. Par contre, la CEJ a rejeté le moyen de l'absence de conditions pour l'application de l'article 29 (2) du Règlement comme n'apparaissant que dans la réplique. Ce dernier article prévoit qu'une procédure autre que concours peut être choisie par le comité de sélection pour le recrutement de

⁸⁵² *Mattila*, T-204/99, TPI, §§ 28-33.

⁸⁵³ *LVM*, T-305/94, TPI, §§ 56, 57, 59, 60.

certaines catégories de fonctionnaires.⁸⁵⁴ Par l'arrêt *Gil* le TPI interprète que le moyen sur la discrimination entre les agentes temporaires engagées pour une certaine période et les agentes auxiliaires ne constitue pas une partie du moyen sur la discrimination parmi les agentes temporaires elles-mêmes.⁸⁵⁵

Autrement dit, la question-clé dans *Mattila*, *LVM*, *Verros* et *Gil* est la détermination des liaisons familiales entre différents esprits. Cette détermination ressemble la à méthode « l'esprit a choisi » dont on parlera plus bas, mais se distingue par les références aux arrêts précédents et par l'absence de comparaison-déduction plus élaborée.

- 2) Les parties adversaires utilisent exactement les mêmes références aspectuelles aux mêmes esprits en provenance des amulettes.

Cette variante est caractérisée par le fait que la chamane et la partie perdante emploient exactement les mêmes références aspectuelles, à un arrêt précédent, et également aux mêmes principes y figurant, pour justifier deux conclusions incompatibles. La possibilité d'employer la même référence jurisprudentielle afin d'arriver aux conclusions diamétralement opposées montre que cette comparaison jurisprudentielle est falsifiée.

Par exemple, dans l'affaire *McVicar* la question posée est de savoir quand la personne a le droit à une avocate gratuite. *McVicar*, un journaliste accusé de diffamation consistant en l'affirmation qu'un sportif recourait probablement au doping, apporte l'amulette *Airey* par laquelle la situation antérieure a été résolue en faveur de l'obtention d'avocate payée par l'État, et il fait quatre analogies. Premièrement, le droit sur la diffamation et la procédure judiciaire sont complexes. Deuxièmement, le seuil de preuve était significatif. L'accusé a dû cross-examiner les témoins. Troisièmement, la procédure se déroulait dans un « environnement hautement chargé d'émotions » car elle était couverte très largement par la presse et car la réputation du journaliste et ses finances ont été mises en jeu. Quatrièmement, *McVicar* n'avait pas de formation juridique. Il a mécompris les exigences du droit et pour cela le témoignage de deux de ces meilleurs témoins a été exclu par les

⁸⁵⁴ *Verros*, 306/81, CEJ, §§ 7, 8, 9, 11.

⁸⁵⁵ *Gil*, T-207/95, TPI, §§ 34, 35, 40, 43, 49, 51, 52, 54.

juges britanniques. Les déficiences techniques ont déterminées l'exclusion partielle de l'évidence de l'expertise de M Moule. De plus, certaines parties de l'évidence de son adversaire M Christie pourraient être exclues si McVicar avait su le demander. La CEDH rejette l'argumentation de la partie perdante par quatre références aux mêmes aspects de l'affaire précédente. Premièrement, selon les chamanes, dans le divorce d'Airey la procédure s'est déroulée devant la Haute Cour d'Irlande et pour cette raison l'affaire devait être considérée comme « complexe ». Deuxièmement, l'affaire nécessitait des preuves d'adultère, l'examen de l'évidence des experts et des témoins. Troisièmement, les disputes maritales signifient souvent un engagement émotionnel incompatible avec le degré d'objectivité nécessaire pour une défense efficace. Quatrièmement, Mme Airey, mère de quatre enfants, n'a travaillé que comme assistante dans un magasin et était au chômage quasiment toute sa vie.⁸⁵⁶

Autrement dit, ce que l'on voit ici n'est pas une comparaison entre une situation factuelle actuelle et une situation factuelle antérieure, mais une application des esprits figurant dans la situation du passé.

3) L'amulette référée par la chamane ne contient pas d'esprit déclaré.

C'est la situation où la juge applique un principe qui est introduit, selon elle, par un arrêt précédent, mais en fait cet arrêt ne parle aucunement de ce principe.

Dans l'affaire *Mamatkulov*, la partie perdante, un des membres actifs de l'opposition musulmane en Ouzbékistan, essaie de contester son extradition par la Turquie aux mains des ouzbèkes. Il dit que l'article 6 § 1 a été violé parce que la cour turque ne lui a pas donné l'accès aux documents envoyés par les ouzbèkes pour justifier l'extradition et que, par conséquent, il ne pouvait pas se défendre. La CEDH rejette ce point de vue en déclarant que, comme il est constaté par l'arrêt *Sardinas Albo*, les décisions concernant l'entrée, le séjour et la déportation des étrangères ne concernent pas la détermination des obligations ou des droits civils comme il est le cas dans les affaires criminelles.⁸⁵⁷ Regardons sur ce que l'on trouve vraiment dans l'affaire *Sardinas Albo*. Cette dernière ne parle pas

⁸⁵⁶ *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 33, 34, 48, 49, 51-53, 61.

⁸⁵⁷ *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 81, 82.

du tout de l'article 6 de la Convention, mais de l'article 5 § 3 sur la détention qui doit être « prévue par la loi ». ⁸⁵⁸

4) La décision n'était pas prise dans l'arrêt référé.

Cette variante englobe les cas où la juge fait référence à un arrêt précédent pour justifier l'application d'un principe particulier dans la situation factuelle en l'espèce, mais en fait, la décision concrète sur l'applicabilité dudit principe n'a pas été prise dans l'arrêt référé.

L'affaire *Czekalla* soulève la question de savoir si on peut commencer une procédure judiciaire contre une avocate payée par l'État dans la situation où elle a commis une erreur à l'origine de la perte du procès concerné. Strasbourg décide qu'on peut effectivement le faire en se référant à l'arrêt *Daud*. Dans *Daud*, la Commission européenne des droits de l'homme a conclu sur l'existence d'un tel droit, par exemple, dans le cas où l'avocate publique oublie de mentionner dans sa requête nationale quelle disposition du droit national a été violée ; mais quand la requête a été référée devant la Commission européenne des droits de l'homme, cette dernière ne s'est pas prononcée sur ce problème et s'est concentrée sur d'autres questions. Donc en fait, il n'y a pas de décision de la Cour au regard de ce droit. Néanmoins, dans *Czekalla* la Cour se base sur cette précédente affaire. Elle indique que s'il n'y avait pas d'autres droits violés dans *Daud*, elle reconnaîtrait le droit de faire appel en justice contre une avocate payée par l'État. ⁸⁵⁹

15. LES ESPRITS ONT CHANGÉ LEUR OPINION DANS LA VARIANTE IMPLICITE

La variante implicite du type d'interprétation « les esprits ont changé leur opinion » est un cas où, premièrement, la juge change la vision interprétative précédente sans le confirmer expressément et, deuxièmement, nous voyons qu'il y a une grande probabilité qu'elle suivra la nouvelle interprétation dans les situations factuelles analogues futures.

⁸⁵⁸ *Sardinas Albo*, 56271/00, CEDH, §§ 10, 29, Conclusion 2.

⁸⁵⁹ *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 28, 56, 63, 64, 65.

Prenons l'exemple d'une charge de preuve pour établir la participation à une entente anticoncurrentielle. Dans *Orkem* la Commission pose deux questions à l'entreprise concernée : premièrement, fournir « toute démarche ou mesure concertée qui est susceptible d'avoir été envisagée ou arrêtée pour soutenir des initiatives en matière de prix » et, deuxièmement, communiquer les « modalités de tout système ou de toute méthode ayant permis d'attribuer des objectifs de vente ou des quotas aux participants » et décrire « toute méthode ayant permis de contrôler, chaque année, le respect de tout système d'objectif exprimé en volume ou en quotas ». La CEJ conclue que ces questions violent le droit de ne pas témoigner contre soi-même et qu'il appartient à la Commission d'établir la preuve.⁸⁶⁰ Plus tard, dans *Hüls*⁸⁶¹ et dans *Anic partecipazioni*⁸⁶² la Cour décidera que, pour prouver l'implication d'une entreprise dans une entente anticoncurrentielle, il suffit de prouver que l'entreprise a participé à des réunions ayant un objectif anticoncurrentiel. Elle laisse à l'accusée le soin de prouver que, pendant ces réunions, l'entreprise a informé clairement les autres qu'elle ne ferait pas partie de l'entente. Dans *Hüls* la Cour parle de réunions « manifestement anticoncurrentielles », mais dans *Anic partecipazioni* le mot « manifestement » se perd. Si dans *Orkem* la CEJ dit que la Commission doit elle-même prouver que l'entreprise a envisagé des mesures pour soutenir les initiatives anticoncurrentielles, dans *Sarrió* les chamanes ont déjà une vision selon laquelle l'absence de suite aux résultats de ces réunions dans la pratique de l'entreprise n'est pas de nature à prouver sa non-participation dans l'entente anticoncurrentielle.⁸⁶³ Dans *Aalborg*, l'absence d'exécution de l'entente après la participation à ses réunions sans se distancier publiquement est intitulée « mode passif de participation à l'infraction ».⁸⁶⁴ Donc la charge de preuve se renverse graduellement vers l'entreprise suspecte sans le reconnaître officiellement.

16. LA MYTHOLOGIE CHAOTIQUE

⁸⁶⁰ *Orkem*, 374/87, CEDH, §§ 35, 37, 38, 39.

⁸⁶¹ *Hüls*, C-199/92 P, CEJ, § 155.

⁸⁶² *Anic partecipazioni*, C-49/92 P, CEJ, § 96.

⁸⁶³ *Sarrió*, C-291/98 P, CEJ, § 50.

⁸⁶⁴ *Aalborg*, C-204/00 P, CEJ, §§ 81, 84, 85.

La mythologie chaotique est un état de jurisprudence où les juges prennent plusieurs décisions contradictoires concernant le même problème, de façon aléatoire, et sans aucune précision sur la relation entre ces décisions.

Il faut distinguer quatre variantes de ce type d'interprétation.

1) Le choix chaotique du mode analytique.

La variante du choix du mode analytique est un cas où la juge choisit plusieurs modes analytiques différents pour considérer les situations factuelles similaires ou pour appliquer le même principe juridique. Les exemples sont nombreux, mais nous en choisirons trois en provenance de chacune de nos deux Cours.

Dans *WestLB* et dans *Aalborg* les chamanes de Luxembourg constatent que la Commission européenne a commis une erreur mathématique dans le calcul de l'amende à imposer aux entreprises pour la violation des règles de concurrence. Néanmoins, les conséquences immédiates sont différentes : par l'arrêt *WestLB* la décision de la Commission devient annulée, mais dans *Aalborg* la Cour décide de diminuer l'amende de 12 519 000 à 9 620 000 €. ⁸⁶⁵ Donc il y a deux modes analytiques différents pour approcher la question, choisis de manière aléatoire et potentiellement abusive, car tout dépend de la volonté des chamanes.

Dans l'affaire sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme la Cour choisit le mode analytique très positiviste et se cache derrière le slogan « le texte ne le prévoit pas ». ⁸⁶⁶ Par contre, dans les autres arrêts comme *Defrenne*, les chamanes développent une déduction impressionnante sur la base du préambule, ⁸⁶⁷ ce qui était facilement possible dans le cas de cette Convention. De même, par *Commission c. Conseil C-29/99*, la Cour autorise l'adhésion de l'Euratom à la Convention internationale de sécurité nucléaire, malgré le slogan « le texte ne le

⁸⁶⁵ *WestLB*, T-228/99, TPI, § 420 en comparaison avec *Aalborg*, C-204/00 P, CEJ, §§ 381-385, *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 142, 146, 201, 202, 207 en comparaison avec *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 411, 415, 416. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 150, 155 en comparaison avec l'affaire *SCK*, T-213/95, TPI. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128, 216, 220 en comparaison avec *WestLB* §§ 80, 91. Voyez également *Leitner*, C-168/00, CEJ, §§ 6, 10, 16, 21 en comparaison avec *Keck*, *op. cit.*, *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 23, 43 en comparaison avec *Keck*.

⁸⁶⁶ *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30, 34, 35.

⁸⁶⁷ *Defrenne*, 43/75, CEJ.

prévoit pas », cette fois employé par des opposantes à l'adhésion complète et inconditionnelle. Dans cette affaire la Cour utilise la moindre possibilité et chaque mot opportun pour expliquer que la Communauté de l'énergie atomique européenne possède la compétence nécessaire.⁸⁶⁸ Évidemment, il y a également un grand nombre de mots opportuns pour conclure que la Communauté européenne a une compétence suffisamment importante dans le domaine des droits de l'homme.

Dans l'affaire *Hectors*, la Cour décide que l'absence totale de motivation justifiant le refus d'employer Mme Hectors dans un groupe politique du Parlement européen avant l'introduction d'un recours, ne peut être couverte par les explications fournies devant la juge. Pour cette raison, la décision de rejeter cette candidature, est alors annulée.⁸⁶⁹ Dans d'autres cas, la CEJ commence à s'interroger sur le fait que si l'intéressée avait su cette motivation et qu'elle avait eu l'opportunité de présenter son point de vue est-ce que cela aurait pu amener un résultat contraire.

Dans l'affaire *Pretty* la partie perdante essaie de produire un argument que l'autorisation à faire l'euthanasie dans son cas ne créerait pas un précédent général. La CEDH répond qu'il ne serait pas possible d'éviter l'application générale d'une telle décision, ni dans la pratique, ni dans la théorie.⁸⁷⁰ Le mode analytique qu'on voit ici peut être appelé généralisation. Mais dans l'affaire *Beard*, les juges choisissent le mode de particularisation. Les roms semi-nomades, la partie perdante, disent qu'au Royaume-Uni elles ne sont pas autorisées à vivre sur la terre qu'elles possèdent en tant que propriété privée en raison des considérations de « sécurité routière » établies par des bureaucrates, ni sur d'autres sites réservés aux roms car soit ces sites n'existent pas, soit il n'y pas de place libre. En même temps, la vie nomade est une partie essentielle de l'identité des roms ; or dès qu'elles trouvent une place pour se garer temporairement, elles violent la loi criminelle britannique. La Cour répond qu'elle ne peut pas examiner la politique ou la législation « dans l'abstrait », mais seulement des faits isolés.⁸⁷¹

⁸⁶⁸ *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 7, 13-15, 23, 34, 43, 44, 49, 64-66, 78-81, 90, 94, 95, 105.

⁸⁶⁹ *Hectors*, C-150/03 P, CEJ, § 50. Voyez également *Gravier*, 293/83, CEJ, § 20 en comparaison avec *Raulin*, C-357/89, CEJ, § 18.

⁸⁷⁰ *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 26, 27, 46, 73-75.

⁸⁷¹ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 31, 46, 47, 55, 66 (article 5.2), 74, 75, 87, 88, *aulkner*, 30308/96, CEDH, §§ 6, 11, 12, 24, 26, 27 en comparaison avec *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 20, 38, 48, 55, 64, 65, 77. Voyez également *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, §§ 14, 15, 20, 49, 57, 59, 60.1, 62.3. Voyez également *Sheffield*, 22985/93, CEDH, § 36 en comparaison avec *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 61.3, avec *Broniowski*, 31443/96, CEDH, § 183, et avec *Ilaşcu*, Drozd, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1-2 en comparaison avec *Aerts*, 5357/94, CEDH, § 60. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 358, 384, 385 en comparaison avec *Mamatkulov*.

L'affaire *Chypre contre Turquie* concernant 1485 personnes disparues pendant la guerre de Chypre. Le gouvernement de Chypre grec attaque Ankara et le tient pour responsable. Ici la Cour rejette les accusations suivantes faites contre la Turquie : premièrement, une violation de l'article 8 de la Convention sur le respect de la vie familiale et en, deuxièmement, une violation de l'article 10 sur la liberté d'expression en ce qui concerne la circonstance que les familles des personnes disparues étaient privées de la possibilité de recevoir toute information liée à leurs proches. Le refus de considérer la violation de ces deux articles se base sur le fait que la Cour a déjà examiné l'article 3 sur le traitement inhumain de ces familles en raison de l'absence de nouvelles sur leurs proches.⁸⁷² Bref, il y a plusieurs esprits interpénétrés habitant dans trois amulettes différentes et la chamane choisit le mode analytique où il ne faut communiquer qu'avec l'un entre eux. Par contre, dans l'affaire *Vogt* la CEDH décide de déclarer la violation de tous les articles concernés malgré leur interpénétration. Cette affaire concerne une enseignante d'école secondaire qui a été licenciée en raison de sa présentation aux élections en tant que candidate du parti communiste en Allemagne. La Cour a constaté la violation double de l'article 10 sur la liberté d'opinion et de l'article 11 sur la liberté d'association.⁸⁷³

Dans l'affaire *Markt intern*, la CEDH dit que là où l'application du critère « nécessaire dans la société démocratique » destinée à limiter les restrictions à l'article 10 sur la liberté d'expression présuppose la reconsidération des faits complexes, ce critère doit être à suffisance remplacé par la question de savoir si la restriction est « justifiée en principe et proportionnelle ».⁸⁷⁴ Dans *Ždanoka*, la grande Chambre cherche également des moyens pour rejeter le critère « nécessaire dans la société démocratique » en tant qu'obstacle à la restriction au droit de se présenter aux élections protégé par l'article 3 du Première protocole ; or ici les juges choisissent un autre foyer : les articles de 8 à 11 ont une deuxième partie où l'on observe clairement la présence de ce critère limitant les restrictions, tandis que l'article 3 du Première protocole n'a pas une telle deuxième partie. C'est pour cette raison que les standards limitant ces restrictions aux droits des articles de 8 à 11 ne sont pas applicables par analogie au droit d'élection.⁸⁷⁵ Donc on peut constater l'existence de deux modes analytiques plus ou moins indépendants. Dans le mode utilisé dans *Ždanoka*, la Cour a oublié que

⁸⁷² *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 119, 157, 159, 161.

⁸⁷³ *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 63, 64, 68. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 56, 58 en comparaison avec *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 63.

⁸⁷⁴ *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16, 18, 19.2, 20, 32.1, 33.

⁸⁷⁵ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115.

l'application du critère « nécessaire dans la société démocratique » n'est pas uniforme dans les articles de 8 à 11. En même temps, si, pendant la délibération de *Markt intern*, la Cour savait quel mode elle emploierait dans l'affaire *Ždanoka*, cela aurait renforcé l'esprit de la « nécessité dans la société démocratique ».

Dans *Sporrong* la requérante reçoit la décision des autorités suédoises d'exproprier son immobilier à Stockholm afin de redévelopper le quartier pour l'adapter aux besoins administratifs et commerciaux sans préciser de date concrète. Entre-temps, il était interdit de reconstruire les bâtiments respectifs ou de construire de nouveaux bâtiments sur ce territoire à exproprier.⁸⁷⁶ Les propriétaires devaient vivre dans l'incertitude quant à destin de leur immobilier. La Cour de Strasbourg a considéré que dans ce cas la substance même du droit de propriété consacré par l'article 1 du Protocole n° 1 est affectée car la Suède a, en pratique, réduit la possibilité de son exercice de manière significative. Les chamanes constatent la violation du droit au respect des biens.⁸⁷⁷ Dans *Beard* la situation est similaire. Une famille romani a acheté une terre avec l'intention d'y construire sa maison, mais les autorités britanniques lui interdisent de le faire pour sécuriser le trafic routier. Il n'y a que deux routes pour sortir de cet endroit. Un de ces deux chemins est connecté à l'autoroute : son utilisation porte donc atteinte à la sécurité de trafic. L'autre chemin est plus long. Les autorités présument donc que les roms choisiront de manière permanente la route dangereuse. Les chamanes de Strasbourg répondent que cette restriction ne viole pas l'article 8 de la Convention protégeant le droit du respect de domicile car il n'y a pas de droit au domicile pour chacune.⁸⁷⁸ Ici, on constate deux mode d'analyse : le même problème peut être analysé sous la perspective du droit au respect des biens et sous la perspective du droit au respect de domicile. Je crois personnellement que le choix du mode analytique dépend de l'ethnicité de la requérante.

2) Plusieurs avis contradictoires sur le même sujet.

⁸⁷⁶ *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 27, 30, 43, 50, 58, 63.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, §§ 59, 60.1-3, 62.

⁸⁷⁸ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 12, 19, 30, 31, 32, 40, 46, 47, 61, 63, 66 (article 5.2), 69, 70-75, 77, 81, 83, 84, 87, 88, 96, 100, 105, 108-110, 113, 116, 118, 123-125.

Cette variante est caractérisée par plusieurs conclusions incompatibles concernant un même sujet : nous perdons ainsi la possibilité de prévoir la solution juridique qui sera adoptée dans le prochain cas analogue.

Dans l'affaire *Italie contre Conseil*, C-352/96, CEJ, la Cour décide que le Conseil n'est pas tenu de motiver la raison pour laquelle il fixe, par exemple, le seuil d'importation du riz à 33 428 tonnes.⁸⁷⁹ Par contre, dans *WestLB* la Cour dit que la Commission est obligée de motiver sa décision et de fixer la valeur de taux de rendement de base utilisé à 12 % afin d'appliquer le principe d'investisseur privé à l'investissement d'État.⁸⁸⁰

Dans l'affaire *DOUBLEMINT* le TPI prend la décision que la marque « doublemint » peut être enregistrée par l'Office d'enregistrement des marques et des dessins ou modèles de l'Union européenne car cela peut être fait quand deux mots faisant partie de la marque pris ensemble ont au moins deux sens différents. Autrement dit, « doublemint » peut être compris de deux façons : deux fois plus de menthe ou deux sortes de menthe.⁸⁸¹ Par contre, dans le procès *CARCARD* où cette conjugaison peut également avoir plusieurs sens (une carte de réduction pour les voitures, une carte pour le parking, une carte d'automobile, une carte pour l'automobile, etc.), le TPI écrit que la marque ne peut être enregistrée si le vocable a au moins une signification désignant une caractéristique des produits ou des services.⁸⁸²

Dans l'affaire *Ilaşcu* on voit le conflit suivant : les autorités de la République moldave de Transnistrie libère le politicien moldave Ilie Ilaşcu se trouvant en prison pour l'accusation en activités terroristes. La version de Transnistrie est que la base juridique de la libération est le décret sur le pardon signé par le Président de la République. La version de M. Ilaşcu est que le décret est fictif et il reste toujours condamné. Au paragraphe 282, la Cour de Strasbourg écrit qu'elle ne peut pas rendre une décision sur cette question car les deux versions diamétralement opposées sont

⁸⁷⁹ *Italie c. Conseil*, C-352/96, CEJ, §§ 40, 41.

⁸⁸⁰ *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 375, 376, 401-404.

⁸⁸¹ *DOUBLEMINT*, T-193/99, TPI, §§ 19-22, 24, 25, 28.

⁸⁸² *CARCARD*, T-356/00, TPI, § 30. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, § 172, 183-185 en comparaison avec *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 126 et avec *WestLB*.

équivalentes au niveau de l'évidence. Par contre, au paragraphe 407 du même arrêt la même Cour dit que la condamnation reste toujours valide.⁸⁸³

- 3) Plusieurs avis contradictoires émanant de modes de pensée différents sur différents côtés du même sujet.

Cette variante est caractérisée par le choix aléatoire de modes analytiques différents en approchant différents côtés du même problème juridique où le choix d'un mode unique est possible.

Regardons, par exemple, sur le principe de l'État en tant que personne privée. Dans *Marshall* le gouvernement britannique soutient qu'une directive ne peut jamais imposer directement des obligations à des particuliers. La requérante n'était pas une fonctionnaire, le contrat d'emploi qu'elle avait avec l'hôpital où elle travaillait était un contrat entre deux particulières, selon le Royaume-Uni. Si la Cour reconnaît le droit de recours pour cette requérante, elle introduira une discrimination injustifiée entre les employées dans les domaines privée et public. La CEJ répond que l'État ne peut pas tirer avantage de sa méconnaissance du droit communautaire.⁸⁸⁴ Dans *Commission c. Espagne*, C-83/99, CEJ, Luxembourg apporte encore deux précisions. Premièrement, si les autoroutes sont gérées par une institution publique, l'État peut ne pas imposer la TVA sur cette activité, mais si elles sont gérées par une institution privée, l'État ne peut accorder aucune aide comme, par exemple, la réduction du niveau de TVA. Par contre, dans *Banco Exterior de España* la décision est prise que l'exemption des taxes garantie pour les institutions publiques de crédit, en principe, viole les règles de concurrence communautaires.⁸⁸⁵ Mais ces règles ne sont pas violées si l'État oblige les particulières à s'inscrire au service de la sécurité sociale national, malgré la volonté de certaines de se cotiser à l'étranger.⁸⁸⁶ Deuxièmement, l'État, contrairement à un particulier, ne peut invoquer le principe de sécurité juridique pour se protéger contre la violation d'une directive.⁸⁸⁷ Par contre, dans *Edis* la CEJ écrit que la sécurité juridique dans le domaine du

⁸⁸³ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 279-282, 407. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 81-84 en comparaison avec *Buckley*, 20348/92, CEDH, §§ 54, 55.

⁸⁸⁴ *Marshall*, 152/84, CEJ, §§ 43, 44, 49, 51.

⁸⁸⁵ *Banco Exterior de España*, C-387/92, CEJ, §§ 2, 4, 13, 19, 20, 21.

⁸⁸⁶ *Poucet*, C-159/91, CEJ, §§ 3, 17, *Hoefner c. Elser*, C-41/90, CEJ, [1991] ECR I-1979, § 18.

⁸⁸⁷ *Commission c. Espagne*, C-83/99, CEJ, §§ 3-5, 7, 11, 12, 19, 22, 24.

remboursement d'impositions perçues en violation d'une disposition du droit communautaire protège à la fois le contribuable et l'administration.⁸⁸⁸

La Cour de Strasbourg dans *Gregory* rencontre cette situation avec un litige qui se déroule au Royaume-Uni. L'affaire est considérée par le jury. Pendant le procès, une note en provenance de la chambre du jury passe à la juge avec le contenu suivant : « PROPOS À CONNOTATION RACIALE AU SEIN DU JURY – UN MEMBRE À EXCUSER. » L'accusé, qui est un Noir, demande à remplacer le jury en raison de sa partialité, mais cette proposition se trouve rejetée. Les chamanes strasbourgeoises expliquent que cette décision ne viole pas le droit au tribunal impartial car l'accusé n'a pas le droit de savoir les motifs du jury.⁸⁸⁹ Prenons une autre affaire, *Daktaras*, où l'accusé est blanc. Le président de la chambre criminelle de la Cour suprême lituanienne a exprimé sa vision négative envers l'accusé. D'un point de vue administratif, il choisit les juges qui vont traiter l'affaire de l'accusé. Ici, la Cour de Strasbourg trouve une violation de l'article 6 de la Convention.⁸⁹⁰

4) La déhiérarchisation institutionnelle.

La déhiérarchisation institutionnelle est le cas où plusieurs cours faisant partie d'une structure institutionnelle hiérarchisée prennent des décisions contraires aux arrêts de la cour hiérarchiquement supérieure.

On trouve davantage d'exemples dans la jurisprudence grecque que dans l'europpéenne, mais cette méthode a le potentiel d'être transposé au niveau de la justice de Strasbourg ou de Luxembourg. La Cour de cassation grecque adopte l'arrêt n° 1155/1978 qui, pratiquement, décriminalise les activités des témoins de Jéhovah ; or les cours inférieures ne l'appliquent pas dans la pratique quotidienne.

⁸⁸⁸ *Edis*, C-231/96, CEJ, §§ 13, 20. Pour un exemple avec le principe de la violation du droit communautaire par l'État, voyez *Marshall*, 152/84, CEJ, §§ 43, 44, 49, 51 en comparaison avec *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 31, 32. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 115, 116, 129, 130, 126, 127, 153, 154, 374, 395, 396, 400.

⁸⁸⁹ *Gregory*, 22299/93, CEDH, §§ 9, 44, 50.

⁸⁹⁰ *Daktaras*, 42095/98, CEDH, § 30. Voyez également *Mellors*, 57836/00, CEDH, §§ 25, 27, 32, 33, 35 en comparaison avec *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 54, 56, 68, 72, 73, 76, 77, 80, 84, 89, 92, 93, 95, 96.

Le requérant s'adresse à la CEDH pour rétablir les relations hiérarchiques dans le système institutionnel de justice en Grèce.⁸⁹¹

TITRE 2. ABUS DE DÉDUCTION

L'abus de déduction est le raisonnement qui suit la construction du système ou le choix de la planète. C'est la description de la lutte entre les principes juridiques (entre les esprits) qui se déroule dans des conditions systématiques préalablement définies (dans les conditions physiques de la planète choisie).

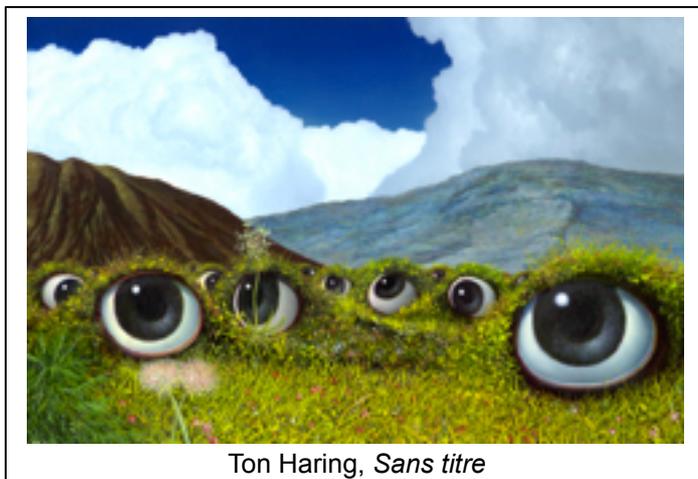
Les techniques du groupe de l'abus de déduction sont nombreuses. La tâche de leur sous-classification n'est pas facile car il n'y a pas de critère évident. Je les divise en trois sous-groupes : les techniques principales, les techniques importantes et les secondaires. Je définis les techniques principales comme utilisé par nos deux Cours le plus souvent. Ces techniques sont accompagnées de la doctrine, des analyses académiques etc. Les techniques importantes, contrairement aux principales, n'ont pas le même niveau de théorisation mais souvent elles jouent un rôle clé dans la jurisprudence. Par contre, les techniques secondaires jouent plutôt le rôle de soutien, de légitimation supplémentaire ou de renforcement de la conclusion achevée par les techniques principales et importantes. Il faut ajouter que cette classification correspond davantage à ce que je sens qu'au « standard objectif ». Le but de cette classification consiste à faciliter la lecture et la compréhension.

⁸⁹¹ *Kokkinakis*, 14307/88, CEDH, §§ 20, 23.

SECTION 1. TECHNIQUES PRINCIPALES

17. NOTRE PLANÈTE TERRE EST VIVANTE ET ELLE PARLE AVEC MOI

« Notre Planète Terre est vivante et Elle parle avec moi » est le type d'interprétation qui s'appelle « la cohérence du droit » dans la classification classique. Il est bien commercialisé par Ronald Dworkin.



Ton Haring, *Sans titre*

Le caractère commun pour presque toutes les formes du chamanisme est l'affirmation que notre planète est vivante et qu'elle parle. Dans la mythologie slave, les herbes et les arbres sont les chevaux de la Terre, les rivières sont le sang de la Terre et les montagnes sont ses os. Certaines chamanes considèrent que la Terre contrôle tout ce qui se passe sur sa surface.⁸⁹² La Terre est tous les esprits réunis ensemble. Tous les procès sont en relation multi-mutuelle. La planète maintient un lien direct et permanent avec la chamane pour pouvoir lui communiquer sa position.

Dans la langue formelle juridique, la voix de la Terre est introduite par des concepts tels que « l'esprit », « la cohérence », « toutes les règles ensemble », « la structure générale », « l'économie » et « le patrimoine commun d' idéal et de traditions politiques, le respect de la liberté et de prééminence du droit ».

1) L'esprit.

« L'esprit du droit » est une déclaration de la juge indiquant que l'esprit du droit exige une solution juridique qu'elle propose.

⁸⁹² Mat Syra Zemlia, <http://godsby.ru/slavs/syrazeml.html>, 14 04 2010.

Par exemple, par l'arrêt *Van Gend & Loos* les chamanes luxembourgeoises affirment que l'« esprit » du Traité CEE exige l'application immédiate du droit communautaire et la reconnaissance du droit des particuliers à défendre leurs intérêts sur la base du Traité devant la justice nationale.⁸⁹³

Dans l'affaire *Perez* la Cour de Strasbourg explique que l'« esprit » de la Convention exige que la constitution de la partie civile (l'intervention au procès) implique l'action civile (la demande de réparation) même si une telle demande n'est pas formulée de manière explicite.⁸⁹⁴

2) La cohérence.

« La cohérence » est une déclaration de la juge indiquant que la cohérence du droit exige une solution juridique qu'elle propose.

Par exemple, dans *Pretty*, Strasbourg dit que la « cohérence » de la Convention, c'est-à-dire, l'article 3 sur la protection contre un traitement inhumain ou dégradant interprété en harmonie avec l'article 2 qui garantit le droit à la vie mais pas à la mort, exclut l'élargissement du terme « traitement » jusqu'à l'euthanasie, ce qui, par conséquent, devrait abolir son interdiction.⁸⁹⁵

3) Toutes les règles ensemble.

La phrase « toutes les règles ensemble » est une déclaration de la juge indiquant que toutes les règles « ensemble » exigent une solution juridique qu'elle propose.

Dans l'avis sur l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Luxembourg interprète que toutes les dispositions du Traité ensemble ne confèrent pas à la Communauté la compétence suffisante pour une telle adhésion.⁸⁹⁶

⁸⁹³ *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 22 et 25. II. B.

⁸⁹⁴ *Perez*, 47287/99, CEDH, §§ 63, 64. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 101.

⁸⁹⁵ *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 44, 45, 54. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 70, 73, 78.

⁸⁹⁶ *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27. 30.

L'article 3 du Protocole n° 1 protège « la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif ». Il ne parle donc pas du droit individuel à se présenter aux élections, mais la Cour donne l'explication que les dispositions de la Convention prises ensemble impliquent ce droit.⁸⁹⁷

4) Le système général, la structure générale et l'économie (*broad logic*).

Les concepts de « système général », de « structure générale » et d'« économie » sont une déclaration de la juge indiquant que le « système général », la « structure générale » ou l'« économie » exigent une solution juridique qu'elle propose. Les trois termes sont employés de manière synonymique.

L'Allemagne et la France ont un déficit budgétaire excessif et de ce fait violent le Pacte de stabilité et de croissance. L'article 104 du Traité CE prévoit une procédure contre ce manquement qui commence par la formulation de recommandations de la part du Conseil à l'État concerné et qui peut potentiellement amener aux amendes. Eu égard au fait que les deux États ne suivent pas les recommandations, la Commission propose de passer à l'étape suivante de la procédure, mais le Conseil n'adopte pas cette proposition. Il rend des conclusions dans lesquelles il félicite l'engagement des États concernés à prendre des mesures nécessaires visant à faire baisser le déficit. La Commission pense que ces conclusions doivent être interprétées comme remplaçant les recommandations antérieures et commence un procès devant la Cour de Luxembourg. Le Conseil considère que ces conclusions ne remplacent pas les recommandations, mais ces dernières sont alors gelées car il n'y a pas la volonté politique au sein du Conseil de continuer la procédure. La Cour indique qu'il résulte de l'« économie du système instauré par le traité » que le Conseil ne peut adopter aucun document sauf les actes prévus dans le cadre de la procédure à l'encontre du déficit budgétaire excessif.⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 102. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 63. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 70, 71, 72.3.

⁸⁹⁸ *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 58, 59, 62-64, 81. Voyez également *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 17, 26. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 59, 61, 66, 67, 75. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 41, 42, 55. Voyez également *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 22 et 25. II. B. Voyez également *ibid.*, p. 26. III. B. *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 28, 30, 35.

Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* le gouvernement irlandais demande à la Cour de Strasbourg de reconnaître, contrairement à la position de la Commission européenne des droits de l'homme, que l'article 3 (la torture, le traitement inhumain ou dégradant) a été violé dans les cas T3 et T5, ainsi que dans un grand nombre de places, entre 1971 et 1974. Au contraire, le gouvernement britannique demande de réduire le champ et d'exclure ces cas car ce sont des cas individuels et non une pratique administrative. La Cour rejette les deux positions en disant que, comme cela découle de la « structure des sections III et IV de la Convention », elle ne peut pas modifier le champ de l'analyse définie par la Commission.⁸⁹⁹

- 5) Les idéaux et traditions politiques, le respect de la liberté et de prééminence du droit.

La phrase « les idéaux et traditions politiques, le respect de la liberté et de prééminence du droit » est une déclaration de la juge indiquant que « les idéaux et traditions politiques, le respect de la liberté et de prééminence du droit » exigent une solution juridique qu'elle propose.

Dans *Ilaşcu* sur l'emprisonnement des politiciennes moldaves en République moldave de Transnistrie, soit par les transnistriennes, soit par les russes, après le dépôt du mémoire du gouvernement moldave à la Cour de Strasbourg, le gouvernement russe envoie une note aux moldaves en indiquant que ce mémoire peut nuire aux relations amicales entre les deux pays et en demandant de retirer une partie de ce document. Ensuite, le gouvernement moldave s'adresse à la Cour et lui demande de retirer effectivement une partie de son commentaire concernant l'engagement de la Russie dans cette affaire. La Cour de Strasbourg refuse de satisfaire cette demande en disant que Moscou nie « les idéaux et traditions politiques, le respect de la liberté et de prééminence du droit ».⁹⁰⁰

18. LE COURONNEMENT

⁸⁹⁹ *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 110, 111, 113, 140, 141, 143, 147, 156.1, 156.2, 157, 159.

⁹⁰⁰ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 278, 481.4, 481.5.

Le couronnement est une déclaration de la juge qu'un principe juridique est le plus important. Il faut distinguer sept variantes et une variante supplémentaire de couronnement sous l'angle de la perspective de la forme du couronnement et six variantes sous l'angle de l'identité de l'adversaire de l'esprit couronné.

I. Lumière : la forme du couronnement.

La forme du couronnement est la formule verbale utilisée par la juge qui décrit le couronnement et les qualités de la couronne.

1) La démocratie.

La variante « démocratie » est la déclaration que la solution choisie par la juge est exigée par la démocratie.

Par exemple, la Cour de Strasbourg dit que l'exclusion du Parlement européen du champ d'application de l'article 3 du Protocole n° 1 car la Convention ne protège que le droit d'être élue au niveau national, mettrait en cause le fondement du régime véritablement « démocratique ».⁹⁰¹

2) Le fondamentalisme.

Le fondamentalisme est la déclaration que le concept juridique choisi par la juge doit être appliqué puisqu'il est fondamental.

Le fondamentalisme ou le mot « fondamental » peut avoir plusieurs bases d'attachement dans l'arrêt de la cour : un principe juridique, l'importance d'un principe, une règle, une disposition, un élément, un moyen, une garantie, un aspect, un objectif, une valeur et une nature.

Par exemple, Luxembourg prend la décision pratiquement annulant la régulation allemande qui fixe le niveau minimal d'alcool dans la bière pour pouvoir appeler son produit « Bier » (« bière » en

⁹⁰¹ *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 36, 38, 43. Voyez également *ibid.*, §§ 45, 47, 52.

allemand), en indiquant que cette loi nationale enfreint la libre circulation des marchandises qui est une « règle fondamentale ». ⁹⁰² Dans le post-pourvoi *Reynolds* le Tribunal de premier instance essaie de soutenir, en résistant à la vision de la Cour européenne de justice, que l'obligation de motivation pendant le licenciement d'un agent temporaire au sein d'un groupe politique soit néanmoins une « garantie procédurale fondamentale ». ⁹⁰³

En considérant la question du transfert de la propriété royale en Grèce à l'État après le passage vers la République, le gouvernement grec fait valoir que l'exemption fiscale et les autres privilèges qui existaient toujours pendant la période du Royaume signifient que cette propriété était vue comme publique, propriété se trouvant en disposition du chef d'État. La Cour de Strasbourg répond que cette exemption n'exclue pas le « caractère fondamentalement » privé de cette propriété. ⁹⁰⁴

3) Le principe général commun.

« Le principe général commun aux États membres » est la déclaration que le concept juridique choisi par la juge doit être appliqué puisqu'il est le principe général commun.

Dans *Brasserie du Pêcheur* le gouvernement allemand soutient qu'un droit général à réparation pour les particuliers ne pourrait être consacré que par voie législative et que la reconnaissance d'un tel droit par voie prétorienne serait incompatible avec la répartition des compétences entre les institutions de la Communauté et les États membres, et avec l'équilibre institutionnel instauré par le traité. Les chamanes luxembourgeoises répondent qu'en absence de dispositions expresses et

⁹⁰² *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, 120/78, CEJ, §§ 12, 14.

⁹⁰³ *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 96. Voyez également *Reynolds*, T-237/00, TPI, § 86. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 27. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 190, 191, 193. Voyez également *Van Duyn*, 41-74, CEJ, § 13. Voyez également *Van Duyn*, 41-74, CEJ, § 17, 18, *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, § 18, 19, 24, 32, 33, 40. Voyez également *Marshall*, 152/84, CEJ, § 35, 36. Voyez également *Francoovich*, C-6/90, CEJ, § 28, 30, 35. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, § 7, 21, 26. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, § 150, 151 (par exemple : « Il convient toutefois de rappeler que, selon une jurisprudence constante, le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental de droit communautaire qui doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure en cause (arrêts Pays-Bas e.a./Commission, cité au point 138 ci-dessus, point 44, Fiskano/Commission, cité au point 138 ci-dessus, point 39, et Commission/Lisrestal e.a., cité au point 138 ci-dessus, point 21. »)

⁹⁰⁴ *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 31, 34, 36, 37, 51, 52, 64. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, § 14, 39. Voyez également *ibid.*, §§ 44, 45, 54. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 100. *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 98. Voyez également *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 36, 38, 43.

précises, la Cour peut baser son décision sur les « principes généraux communs aux systèmes juridiques des États membres. »⁹⁰⁵

4) Le principe général.

« Le principe général » est la déclaration que le concept juridique choisi par la juge doit être appliqué puisqu'il est un principe général.

Par exemple, dans le post-pourvoi *Reynolds* le TPI prend la décision que la pratique du Parlement européen de prendre des actes concernant la carrière des fonctionnaires, avec effet au premier ou au quinzième jour du mois pour faciliter le calcul des traitement, ne justifie pas une exception au « principe général » de non-rétroactivité des décisions affectant la situation juridique et financière du destinataire.⁹⁰⁶

Un principe fondamental doit être considéré comme supérieur au principe général commun, et le principe général commun est aussi plus important qu'un principe *seulement* général.

5) La forme substantielle (*essential procedural requirement*).

« La forme substantielle » est la déclaration judiciaire indiquant que le concept juridique choisi par la juge doit être appliqué puisqu'il est la « forme substantielle ».

Dans *Kaufring* le gouvernement français intervient avec la proposition de soulever le moyen du respect aux droits de défense. La Commission résiste en disant que ledit moyen n'a pas été invoqué par les requérantes. Les juges rejettent ce dernier argument en proclamant que les droits de défense constituent une « forme substantielle » dont la violation peut être soulevée d'office.⁹⁰⁷

⁹⁰⁵ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 27, 28. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, § 82-85. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 106, 108 - 111.

⁹⁰⁶ *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 118.

⁹⁰⁷ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 131, 133, 134, 137.

6) Le moyen d'ordre public.

« Le moyen d'ordre public » est la déclaration judiciaire indiquant que le concept juridique choisi par la juge doit être appliqué puisqu'il est un « moyen d'ordre public ».

Dans *Reynolds (post-pourvoi)* le Parlement européen insiste sur le rejet du moyen tiré de la rétroactivité de la décision sur le licenciement car il est soulevé tardivement. Le Tribunal de première instance explique que ce moyen fait partie d'un défaut ou d'une insuffisance de motivation et qu'un défaut de motivation constitue un « moyen d'ordre public » qui doit alors être soulevé d'office par la chambre communautaire.⁹⁰⁸

7) Les considérations impérieuses.

« Les considérations impérieuses » sont la déclaration proclamant que le concept juridique choisi par la juge doit être appliqué puisqu'il représente les considérations impérieuses.

Dans *Sürül* la CEJ arrête dans le temps les effets de son interprétation autorisant les immigrées turques à profiter de certains avantages sociaux en le justifiant par des « considérations impérieuses » de sécurité juridique : l'effet rétroactif aurait de graves conséquences financières pour les systèmes de sécurité sociale des États membres, les dispositions statutaires concernées sont interprétées pour la première fois, la jurisprudence précédente a raisonnablement pu créer une situation d'incertitude.⁹⁰⁹

➤ La pluralisation.

La pluralisation est une variante supplémentaire du couronnement. Elle est caractérisée par le fait que la juge commence à parler de son principe juridique choisi au pluriel.

⁹⁰⁸ *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 120.

⁹⁰⁹ *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 106, 108-111.

II. Lumière : l'adversaire du roi des esprits.

Il est intéressant de créer la perspective sur l'identité de l'esprit adversaire au roi spirituel car c'est exactement en raison de l'importance de cet adversaire que la chamane commence le rituel du couronnement.

1) Le roi contre le texte.

« Le roi contre le texte » est une situation où le couronnement est débuté par la juge pour s'opposer à l'expression verbale d'un texte juridique invoqué par la partie perdante.

2) Le roi contre le traité et un État membre.

« Le roi contre le traité et un État membre » est une situation où le couronnement est commencé par la juge pour s'opposer à l'expression verbale du texte du traité invoqué par un État membre.

3) Le roi contre un principe invoqué par un État membre.

« Le roi contre un État membre » est une situation où le couronnement est commencé par la juge pour s'opposer au raisonnement juridique d'un État membre.

4) Le roi contre la Commission.

« Le roi contre la Commission » est une situation où le couronnement est commencé par la juge pour s'opposer au raisonnement juridique de la Commission européenne.

5) Le roi contre un esprit puissant.

« Le roi contre un esprit puissant » est une situation où le couronnement est commencé par la juge pour s'opposer à un principe traditionnellement considéré comme très puissant.

6) Le roi couronné par le TPI contre un esprit envoyé par la CEJ.

« Le roi couronné par le Tribunal de première instance des Communautés européennes contre un esprit envoyé par la Cour européenne de justice » est une situation où le couronnement est commencé par la juge inférieure pour s'opposer à une décision prise par la juge supérieure en précisant cette décision de façon légèrement contraire.

Si la juge inférieure prend une décision complètement contraire à la décision de la juge supérieure, nous classerions cette situation comme variante de la déhiérarchisation au sein du type appelé « mythologie chaotique ».

19. INHÉRENTISATION

Une « inhérentisation » est la déclaration de la juge qu'une idée juridique qu'elle a elle-même choisi est inhérente à une idée plus générale et encore meilleure.

Sur la base de notre analyse empirique et inductive de la jurisprudence de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, il faut distinguer cinq variantes de ce type de raisonnement judiciaire.

1) A un régime véritablement démocratique.

Une idée juridique choisie par la juge peut être déclarée inhérente à un régime véritablement démocratique.

Dans *Podkolzina* la Cour de Strasbourg dit que le droit de se présenter aux élections est inhérent au concept de régime véritablement démocratique afin de rejeter la vision du gouvernement letton soutenant que les autorités nationales peuvent, à n'importe quel moment, révéifier le niveau de maîtrise de la langue officielle d'État par les candidats à l'élection parlementaire et soumettre leur participation au élection à la réussite d'un tel examen.⁹¹⁰

⁹¹⁰ *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 34.1, 35.

2) A un traité ou à la Convention.

Un principe juridique choisi par la juge peut être déclaré inhérent au traité ou à la Convention.

Malgré le fait qu'il n'y ait pas de disposition expresse sur la responsabilité de l'État aux particulières en raison de la non-transposition d'une directive, la CEJ l'introduit car, selon elle, ce principe est « inhérent au système du traité ».⁹¹¹

Dans *Mamatkulov* la Cour de Strasbourg dit qu'elle peut imposer des mesures intérimaires, malgré l'absence d'une telle disposition expresse dans la Convention, car ce principe est « inhérent aux exigences de la Convention ».⁹¹²

3) A l'ordre juridique européen.

Un principe juridique choisi par la juge peut être déclaré inhérent à l'ordre juridique européen.

Par exemple, dans *Sürül* les juges expliquent que le principe de sécurité juridique est inhérent à l'ordre juridique communautaire.⁹¹³

4) Aux idéaux et traditions politiques, à la liberté et à la prééminence du droit.

Un principe juridique choisi par la juge peut être déclaré héritier des idéaux et traditions politiques, de la liberté et de la prééminence du droit.

Après avoir vu dans *Ilaşcu* que le gouvernement russe avait envoyé une note au gouvernement moldave en lui demandant de retirer une partie de son mémoire pour ne pas nuire aux relations

⁹¹¹ *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 28, 30, 35. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 31, 32.

⁹¹² *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 109, 124.2.

⁹¹³ *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 106, 108-111.

amicales entre les deux pays, les juges déclarent que la Russie viole le droit d'introduire une requête garantie par l'article 34 de la Convention qui est le « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de la prééminence du droit. »⁹¹⁴

5) A un esprit important.

Un principe juridique choisi par la juge peut être déclaré inhérent à un autre principe généralement reconnu comme important.

Dans *Broniowski* la Cour de Strasbourg dit que l'impératif de maintenir la confiance légitime des citoyens à l'État et au droit fait par cet État, est « inhérent à la prééminence du droit ».⁹¹⁵

20. LE DÉCOURONNEMENT

Le découronnement est le rejet de l'affirmation de la partie perdante qu'elle est protégée par un principe juridique fondamental ou couronné autrement.

1) Le découronnement pur.

Le découronnement pur est une déclaration de la juge indiquant que le principe invoqué par la partie perdante n'est pas fondamental.

Dans *EMU Tabac* la question préjudicielle se pose : « Lorsqu'il existe un système, conçu et géré de manière commerciale, dans le cadre duquel l'achat de produits destinés à l'usage personnel d'un particulier établi dans l'État membre A est effectué dans l'État membre B par un agent, pour le compte de ce particulier, et le transport de l'État membre B à l'État membre A assuré par les soins de cet agent, la directive 92/12/CEE a-t-elle pour effet d'exclure la perception de droits d'accise sur les achats en question dans l'État membre A ? » L'entreprise concernée fait valoir qu'il faut appliquer

⁹¹⁴ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 278, 481.4, 481.5.

⁹¹⁵ *Broniowski*, 31443/96, CEDH, § 184.

l'adage issu du droit romain *qui facit per alium facit per se* qui constitue un principe général. Néanmoins, la Cour refuse de confirmer le statut de « principe général » à ce principe.⁹¹⁶

Dans *Hectors I* la requérante qui n'était pas recrutée à un poste au Parlement européen fait valoir que l'égalité de traitement entre hommes et femmes qui englobe la discrimination positive est un droit social fondamental, mais le TPI rejette cette vision en affirmant que la discrimination positive n'est qu'une faculté et non une obligation.⁹¹⁷

2) L'attitude ignorante du roi spirituel.

L'attitude ignorante du roi spirituel est une reconnaissance de la juge que le principe invoqué par la partie perdante est vraiment fondamental, mais accompagné de l'affirmation que ce principe n'est pas applicable dans la situation factuelle en l'espèce ou qu'il est trop général pour être appliqué.

Par exemple, le Parlement européen décide de dissoudre le groupe technique des députées indépendantes puisque les autres groupes de députées considèrent que les parlementaires réunies en son sein n'ont rien en commun au niveau politique. Les députées indépendantes du groupe technique font un appel au Tribunal de première instance en affirmant que le PE a violé leur droit fondamental commun à une association. Le Tribunal reconnaît que ce droit est fondamental et, probablement, applicable mais dit que ce droit ne les protège pas car il est normal dans la majorité des États que les députées sans aucun lien politique ne puissent jamais former un groupe politique.⁹¹⁸

3) La victoire des contre-esprits (les exceptions, les restrictions légitimes, les éléments « objectivement justifiés », les limitations implicites).

La victoire des contre-esprits est une déclaration de la juge que le principe juridique invoqué par la partie perdante est vraiment fondamental (couronné), mais il n'est pas applicable (est tué) puisqu'il

⁹¹⁶ *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 20, 28, 38, 39.

⁹¹⁷ *Hectors*, T-181/01, TPI, § 109, 114, 126, 127.

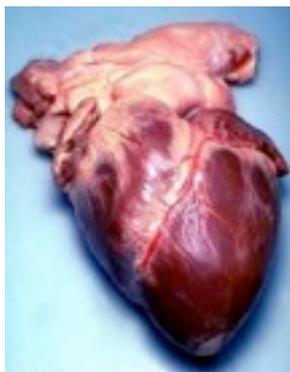
⁹¹⁸ *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 230, 232

est limité par les exceptions, par les restrictions légitimes ou objectivement justifié, ou par les limitations implicites (par les contre-esprits).

Par exemple, il y a un principe fondamental qui ordonne l'obligation de motivation en prenant une décision de licencier une fonctionnaire. Mais il y a aussi une exception qui dit que la motivation peut être présentée au stade de la réclamation contre cette décision.⁹¹⁹

Dans *Ždanoka* la grande Chambre reconnaît le caractère fondamental du droit de se présenter aux élections pour la démocratie, mais précise qu'il y a des « limitations implicites », une « marge d'appréciation » de l'État. L'interdiction sans limite dans le temps de se présenter imposée à une ancienne militante du Parti communiste en Lettonie doit être vue dans le contexte du développement historique, de la diversité culturelle et de la pensée politique. Autrement dit, selon les chamanes strasbourgeoises il est bien justifié qu'elle ne peut se présenter pour le Parlement national.⁹²⁰

21. JE VOIS LE CŒUR



Cette forme de raisonnement est particulièrement commercialisée par l'école du « réalisme métaphysique » faisant partie de l'iusnaturalisme. Leur publicité affirme que le sens des termes existe « en dehors » et que notre intelligence est capable de le saisir.

« Je vois le cœur » est la déclaration de la chamane indiquant qu'elle a vu le cœur d'un personnage ou de toute une série d'êtres et que sur la base de cette vision elle prend une décision. Dans les arrêts de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme la conception du « cœur » est exprimée par les mots « cœur », « nature », « caractère », « substance », « essentiellement », « essentiel » et « substantiel ».

⁹¹⁹ *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 101. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, § 232. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 145, 146, 148, 150.

⁹²⁰ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 103. Voyez également *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 57-60.

Ludwig Wittgenstein appelle cette méthode « le vrai sens de boo ».⁹²¹

Notre base empirique nous amène à distinguer sept variantes de cette technique juridique sous l'angle de la profondeur à laquelle la chamane est arrivée afin de comprendre le cœur et les cinq variantes sous l'angle de la base d'attachement du cœur.

I. Lumière : la profondeur de la nature.

La profondeur de la nature est le niveau de pénétration de la chamane dans le cœur de l'être magique et l'importance de ce cœur pour la solution de litige.

1) La nature objective.

La variante « la nature objective » est l'indication de l'importance du cœur observé par la chamane et caractérisé par le mot « objective ».

Dans *EMU Tabac*, la partie perdante fait valoir qu'elle peut mettre son produit en consommation dans un État, y payer le droit d'accise, le transporter par un mandataire à destination d'un autre État membre et ne pas y payer le droit d'accise que ce dernier impose. Elle explique qu'il faut payer le droit d'accise dans le deuxième État uniquement si ce n'est pas la même entité juridique qui agit dans la transaction. Par contre, ici l'entreprise est la même. L'entreprise essaie de profiter de la différence entre droit d'accise de différents États. La Cour de justice répond qu'elle est plus intéressée par la « nature objective » du commerce que par la forme juridique et rejette cette position.⁹²²

2) La nature évidente.

⁹²¹ Ludwig Wittgenstein, *Wittgenstein's Lectures on the Foundations of Mathematics*, Cora Diamond (dir.), Sussex: Harvester Press, 1976, pp. 182-183.

⁹²² *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 7, 28, 44, 46, 47.

La variante « la nature évidente » est l'indication de l'importance du cœur observé par la chamane et caractérisé par le mot « évidente ».

Dans l'affaire *Ždanoka* l'interdiction de se présenter aux élections parlementaires en Lettonie à vie ou, au moins, pour une période indéterminée, est imposée à une ancienne militante du Parti communiste. La partie perdante soutient que ce parti a été déclaré illicite de manière rétroactive. Etant citoyenne de l'Union soviétique elle ne pouvait pas le prévoir. Les chamanes rejettent cette position en répondant que la « nature » subversive du Parti communiste est devenue « évidente » à partir du 13 janvier 1991, le jour de l'agression du peuple lituanien par l'armée soviétique à Vilnius.⁹²³

3) La nature absolue.

La variante de « nature absolue » est l'indication de l'importance du cœur observé par la chamane et caractérisé par le mot « absolu ».

Dans *Vogt*, la requérante a perdu le droit de travailler dans le secteur public en raison de son appartenance au Parti communiste allemand et peut-être également en raison de sa présentation à l'élection du Parlement d'un Land. Les juges considèrent que la « nature absolue » de cette interdiction qui ne prend en considération ni les fonctions, ni la catégorie d'une fonctionnaire, est choquante.⁹²⁴

4) La nature même.

La variante de « nature même » est l'indication de l'importance du cœur observé par la chamane et caractérisé par le mot « même ».

Par exemple, l'article 12a de la Constitution allemande décrète que les femmes ne doivent en aucun cas accomplir un service armé. La requérante, qui a une formation d'électronicienne, a présenté, en

⁹²³ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 130.

⁹²⁴ *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 54, 58-60.

1996, sa candidature à un engagement dans la Bundeswehr, en exprimant le désir d'être employée dans le service de maintenance (électromécanique d'armes. Sa demande a été rejetée. La Cour de Luxembourg conclut qu'eu égard à la « nature même » des forces armées, le fait que le personnel servant dans ces forces puissent être appelé à utiliser des armes ne saurait justifier à lui seul l'exclusion des femmes de l'accès aux emplois militaires.⁹²⁵

La requérante ne disposait pas de moyens pour rémunérer un avocat qui est obligatoire pour un procès devant la Cour de cassation belge. Elle s'est adressée au bureau d'aide judiciaire qui a rejeté cette demande au motif que la prétention ne paraissait pas juste. Les juges strasbourgeoises décident que les chances de succès doivent être appréciés par la cour, mais non par ce bureau. La Belgique a donc porté atteinte à la « substance même » du droit au tribunal.⁹²⁶

5) La nature spécifique.

La variante de « nature spécifique » est l'indication de l'importance du cœur observé par la chamane et caractérisé par le mot « spécifique ».

Par exemple, dans une requête sur le licenciement d'un agent du Parlement européen, la Cour de justice dit qu'un groupe politique dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour mettre fin à l'engagement de son agent sans respecter des règles procédurales, ce qui est justifié par la « nature spécifique » des fonctions exercées auprès d'un groupe politique.⁹²⁷

6) La nature simple.

La variante de « nature simple » est la situation où l'importance du cœur observée par la chamane n'est exprimée par aucun mot supplémentaire.

⁹²⁵ *Kreil*, C-285/98, CEJ, §§ 5, 7, 9, 12, 13, 17, 20, 21, 27, 28. Voyez également *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 48-50 ; *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, 2) p. 24. II. B.

⁹²⁶ *Aerts*, 5357/94, CEDH, § 60. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 89, 90 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 99 ; *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 63, 66 ; *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 27, 59, 60.1-2.

⁹²⁷ *PE/Reynolds*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50, 51. Voyez également *Kreil*, C-285/98, CEJ, §§ 5, 7, 9, 12, 13, 17, 20, 21, 27, 28.

Par exemple, le Commission européenne demande d'annuler une décision du Conseil de l'UE dans la mesure où elle ne prévoit pas une adhésion plus profonde à la Convention internationale sur la sûreté nucléaire. Le Conseil réplique que les dispositions de cette décision ne sont pas détachables et qu'une telle annulation annulerait toute la décision, mais les chamanes luxembourgeoises considèrent que cette annulation ne modifie pas la « substance » de la décision attaquée.⁹²⁸

Dans *Broniowski*, les chamanes strasbourgeoises expliquent que, contrairement au gouvernement polonais, la notion de « biens » a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne. Il faut examiner les circonstances dans leur ensemble pour déterminer si elles ont rendu la personne titulaire d'un « intérêt substantiel » protégé par l'article 1 du Protocole n° 1.⁹²⁹

7) Une partie de la nature.

La variante de « partie de la nature » est la précision que la juge ne parle que d'une partie de la nature sous considération.

Dans *Sporrong*, on a la situation où les autorités suédoises ont imposé certaines limitations sur la disposition de propriété qui devrait être expropriée afin de démolir les bâtiments et d'en bâtir de nouveaux dans un quartier de la capitale : entre-temps il est interdit pour les propriétaires de reconstruire leurs maisons, etc. La date de l'expropriation n'est pas précisée. Par conséquent, les décisions sur le transfert de la propriété à l'État restent en vigueur pour 23-25 ans. Les chamanes strasbourgeoises concluent que bien que le droit de propriété « ait perdu de sa substance » (« *lost some of its substance* ») il n'a pas disparu.⁹³⁰

⁹²⁸ *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 34, 43, 44, 46. Voyez également *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30 ; *ibid.*, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 33, 34 ; *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 139, 147, 148. Voyez également *Gravier*, 293/83, CEJ, § 18 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 171, 390, 400 ; *ibid.*, §§ 343, 346, 469 ; *ibid.*, §§ 406-409, 413.

⁹²⁹ *Broniowski*, 31443/96, CEDH §§ 129, 130, 140. Voyez également *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 31, 34, 36, 37, 51, 52, 64 ; *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, §§ 14, 69, 70. Voyez également *Pierre-Bloch*, 24194/94, CEDH, §§ 38, 54 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 70, 71, 72.2. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 277, 278 ; *ibid.*, §§ 336-339. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.5 ; *ibid.* §§ IIE29.3, IIE32.2 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 108.

⁹³⁰ *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 30, 58, 62, 63.

II. Lumière : la base d'attachement.

La base d'attachement est un objet (un être magique) dont la nature sera décrite par la juge (auquel la chamane attache un cœur qu'elle veut décrire.

1) Ce qui est pratiqué actuellement ou potentiellement.

La base d'attachement de « ce qui est pratiqué actuellement ou potentiellement » est la situation où la juge commence à parler de la nature, de la substance, de l'essence ou du cœur de ce qui est pratiqué actuellement ou potentiellement.

Par exemple, dans *VTM* le cœur (nature) est attaché à ce qui est pratiqué actuellement, c'est-à-dire, à la pratique qui consiste au monopole de VTM d'émettre de la publicité télévisée destinée au public flamand et à l'interdiction de créer un établissement secondaire, afin de rejeter les arguments de la partie perdante quant au fait qu'il n'y a pas de discrimination entre les entreprises belges et étrangères – l'interdiction est valable pour tous.⁹³¹

La Cour de Strasbourg dit, dans *Pierre-Bloch*, que la « nature » de la sanction de l'inéligibilité en France n'est pas « pénale » puisque cette sanction n'est qu'« accessoire » par rapport à la peine « principale » selon la législation nationale applicable. Ici, le cœur (« nature ») est également attaché à la pratique actuelle des sanctions.⁹³²

2) Le problème.

⁹³¹ *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 139, 147, 148. Voyez également *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30 ; *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 7, 28, 44, 46, 47 ; *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, 2) p. 24. II. B ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 171, 390, 400 ; *ibid.*, §§ 406-408, 413. Voyez également *Kreil*, C-285/98, CEJ, §§ 5, 7, 9, 12, 13, 17, 20, 21, 27, 28.

⁹³² *Pierre-Bloch*, 24194/94, CEDH, §§ 38, 54, 56, 57. Voyez également *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, §§ 14, 69-71, 72.2. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 54, 58-60. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIE29.3, IIE32.2 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 108.

La base d'attachement de « problème » est la situation où la juge commence à parler de la nature, de la substance, de l'essence ou du cœur du problème juridique sous considération.

Par exemple, dans *Gravier*, la Cour déclare que la « nature du problème » est le seuil financier de l'accès à l'enseignement des seules étudiantes étrangères en Belgique et non l'organisation de l'enseignement, ni même son financement comme les gouvernements belge, britannique et danois l'avancent.⁹³³

3) Le principe que vous voulez appliquer.

La base d'attachement de « principe que vous voulez appliquer » est la situation où la juge commence à parler de la nature, de la substance, de l'essence ou du cœur d'un principe qu'une partie veut appliquer au cours d'un litige.

Par exemple, les chamanes luxembourgeoises qualifient les arguments avancés pour justifier l'adhésion de la CE à la Convention européenne des droits de l'homme, du « changement substantiel » du système de la protection des droits de l'homme de la Communauté, et pour cette raison les rejettent.⁹³⁴ Ces arguments et principes invoqués par la partie perdante deviennent donc la base d'attachement du cœur.

Dans *Sheffield*, les chamanes strasbourgeoises attachent le cœur (l'« essence ») au droit de mariage invoqué par la partie perdante transsexuelle voulant se marier avec un homme génétique, pour dire qu'il protège uniquement les mariages traditionnels entre deux personnes de sexe biologiquement opposé.⁹³⁵

4) Le principe en application indépendamment de « votre » volonté.

⁹³³ *Gravier*, 293/83, CEJ, § 18.

⁹³⁴ *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 33, 34, 35. Voyez également *PE/Reynolds*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50 § 51 ; *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 48, 49 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 343, 346, 469 ; *Kreil*, C-285/98, CEJ, §§ 5, 7, 9, 12, 13, 17, 20, 21, 27, 28.

⁹³⁵ *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 63, 66.

La base d'attachement de « principe en application indépendamment de « votre » volonté est la situation où la juge commence à parler de la nature, de la substance, de l'essence ou du cœur du principe qui est en application indépendamment de la volonté de la partie perdante.

Dans l'affaire sur l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention internationale sur la sûreté nucléaire, les chamanes luxembourgeois attachent le cœur (la « substance ») à la décision du Conseil sur cette intégration afin de dire que le cœur est contre l'annulation complète de cette décision et pour l'annulation partielle de cette décision dans la mesure où la décision concernée ne prévoit pas un certain nombre de compétences que la Communauté peut exercer. La considération de cette décision est indépendante de la volonté du Conseil de l'UE.⁹³⁶

Dans *Sporrong* les chamanes strasbourgeois attachent le cœur (la « substance même ») au droit de posséder des biens qui s'applique indépendamment de la volonté de la partie perdante pour dire que les limitations à la disposition de la propriété choisie pour l'expropriation ont frappé le cœur de ce droit.⁹³⁷

5) Le traité ou la Convention.

La base d'attachement de « traité ou la Convention » est la situation où la juge commence à parler de la nature, de la substance, de l'essence ou du cœur du traité ou de la Convention.

Dans *Goodwin*, les chamanes strasbourgeois décident de commencer à protéger les transsexuelles au moyen de l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée par l'attachement du cœur (de l'« essence même ») à la Convention. Le cœur de la Convention dit qu'il faut respecter la dignité et la liberté humaine.⁹³⁸

⁹³⁶ *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 34, 43, 44, 46.

⁹³⁷ *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 27, 59, 60.1-2. Voyez également *ibid.*, §§ 30, 58, 62, 63 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 277, 278. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.5 ; *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 63, 66 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 89, 90 ; *ibid.*, § 99 ; *Aerts*, 5357/94, CEDH, 60 ; *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 129, 130, 140. Voyez également *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 31, 34, 36, 37, 51, 52, 64.

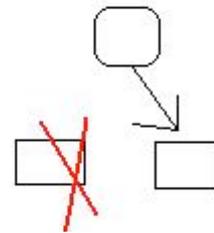
⁹³⁸ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 89, 90.

22. L'ESPRIT A CHOISI

« L'esprit a choisi » est une technique de l'explication judiciaire de ce qui est exigé par un principe juridique (la chamane communique le choix fait par l'esprit) dans la situation où la partie perdante et la partie gagnante sont d'accord sur le principe à appliquer (à savoir quel esprit a la compétence de choisir).

1) L'esprit a choisi une conception.

La variante « l'esprit a choisi une conception » est la situation où la partie perdante et la partie gagnante proposent leurs conceptions contradictoires au choix de l'esprit et l'une d'elles est choisie.



Par exemple, le gouvernement espagnol soutient que le comportement de la Commission européenne a amené la croyance en ce qu'une directive n'interdisait pas d'imposer une TVA réduite à la construction des routes. Pour cette raison Madrid invoque la confiance légitime en la défense. Les chamanes vont chez l'esprit de la confiance légitime et apportent une autre conception de ce terme : cet esprit ne protège pas les gouvernements.⁹³⁹

Encore un exemple luxembourgeois : les gouvernements néerlandais et allemand insistent sur la conception de l'« intégration de la travailleuse » selon laquelle les enfants de la travailleuse en provenance d'autres pays européen ne peuvent pas profiter des mêmes conditions pour leurs études que les étudiantes nationales (c'est-à-dire, bénéficier d'un soutien financier pour des études à l'étranger) si ces enfants choisissent d'étudier dans un pays autre que celui où la travailleuse travaille effectivement. Autrement dit, ces deux gouvernements soutiennent que l'esprit de l'« intégration de la travailleuse » oblige, en principe, le gouvernement concerné à garantir les mêmes conditions d'études pour les enfants immigrés, mais ne l'oblige pas à le garantir si ses enfants partent à l'étranger, car un tel départ ne facilite pas l'intégration de la travailleuse dans le pays d'accueil. Par contre, les enfants des travailleuses nationales peuvent partir à l'étranger sans perdre les bénéfices sociaux. La Cour de justice rejette cette conception en faveur d'une autre : l'esprit d'« intégration de la travailleuse » demande que le gouvernement concerné crée les mêmes conditions

⁹³⁹ *Commission c. Espagne*, C-83/99, CEJ, §§ 22, 24.

pour les enfants de la travailleuse qui étudient à l'étranger que s'ils étudiaient dans le pays où la travailleuse travaillait effectivement.⁹⁴⁰

Dans *Tolstoy Miloslavsky*, le jury anglais a condamné la partie perdante à payer £ 1 500 000 à titre de dommages-intérêts pour la punir pour diffamation. La somme est trois fois plus haute que celle jamais allouée auparavant. La partie perdante se rend à Strasbourg pour dire que cette décision n'est pas « prévue par la loi », mais les chamanes choisissent une autre conception selon laquelle l'absence de directives précises dans le domaine du droit des dommages-intérêts est normale puisqu'il faut s'adapter à la variété des situations factuelles.⁹⁴¹

Dans l'affaire *Guzzardi* le gouvernement italien demande aux juges de justifier la détention de la personne en tant que « vagabond riche » dans le sens de l'article 5, paragraphe 1, alinéa e) de la CEDH, mais la Cour de Strasbourg n'accepte que la conception de « vagabond pauvre ».⁹⁴²

Par exemple, dans l'affaire *Kokkinakis*, il y a un fait suivant : un témoin de Jéhovah se rend au domicile d'une personne appartenant à l'Église orthodoxe pour parler avec cette dernière de questions religieuses et pour lui vendre une brochure. Au niveau national nous voyons une lutte entre l'esprit du prosélytisme, selon lequel il est interdit de « tenter directement et indirectement de pénétrer dans la conscience religieuse de chrétiens orthodoxes, dans le but d'altérer cette conscience, en abusant de leur inexpérience, leur faiblesse intellectuelle et leur naïveté », et l'esprit d'« une discussion sur les croyances des témoins de Jéhovah, la distribution de brochures de porte à porte et l'explication sans subterfuge à un orthodoxe du credo de la secte » qui est permis. La Cour

⁹⁴⁰ *Di Leo*, C-308/89, CEJ, §§ 11, 13. Voyez également *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 38 ; *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 54, 61, 75 ; *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 127 § 128 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 216, 217, 219-224, 228, 255 ; *ibid.*, §§ 306, 317. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, § 172 ; *ibid.*, §§ 200, 252. Voyez également *Kreil*, C-285/98, CEJ, §§ 5, 7, 9, 21, 30, 179 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 52 § 56, 57, 59 ; *ibid.*, § 117 ; *ibid.*, § 146 ; *ibid.*, § 147 ; *ibid.*, § 148 ; *Prisco*, C-216/99, CEJ, §§ 11, 69. Voyez également *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 7, 28, 44, 45, 47 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 23, 25, 38, 39, 40 ; Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 107, 200. T Voyez également *PE/Reynold*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50, 55 ; *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 27-29, 33, 34. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 59 ; *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 23, 43.

⁹⁴¹ *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 37, 38, 41, 42. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 61, 67. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 63, 67. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, § 116. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IA3.3, IIB7.1, IIB7.2, IIB10.2, IIB12.2, IIB12.3, IIB13.10 ; *ibid.*, §§ IB10.1, IB10.2, IB10.3, IIB13.10 ; *ibid.*, §§ IID22.1-2, IID25.2. Voyez également *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 63, 66. Voyez également *F*, 11329/85, CEDH, §§ 9, 10, 11, 12, 13, 17.2, 35, 36.2-4 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 119, 120, 122. Voyez également *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 127 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 63. *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 90-93, 95.1. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 102, 106.1-2 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 74, 76. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 298, 301-304, 312, 313. Voyez également *Šleževičius*, 55479/00, CEDH, §§ 8-10, 23-26.

⁹⁴² *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 97, 98.3.

de cassation grecque a reconnu que la qualité de « paysan illettré » ne suffit pas à établir la « naïveté ». Dans ce cas, l'interlocutrice de l'accusé est une femme du chantre de l'Église. La partie perdante soutient que l'esprit de la « prévisibilité juridique » choisira la conception selon laquelle son accusation n'était pas « prévue par la loi », mais les chamanes répondent que cet esprit a choisi une autre conception, celle du gouvernement grecque.⁹⁴³

2) L'esprit a dit que votre conception était mauvaise.

La variante « l'esprit a dit que votre conception était mauvaise » est la situation où, premièrement, il n'y a qu'une seule conception et elle est proposée par la partie perdante, deuxièmement, cette conception est rejetée (l'esprit a dit que cette conception était mauvaise), et où troisièmement, la juge ne définit pas une deuxième conception officielle, générale et concrète mais plutôt laisse la question ouverte.



Dans *Keck* la question se pose de savoir si l'interdiction de la revente à perte imposée par un État membre dans le cas où elle est permise dans un autre État membre, fait partie de « toute mesure susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire ». Selon la conception apportée par entreprise Keck, oui, mais les chamanes communiquent que l'esprit de la « mesure susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire » dit que non.⁹⁴⁴

Dans l'affaire *Mathieu-Mohin* la partie perdante soutient qu'en Belgique les francophones élus à Halle-Vilvoorde ne peuvent devenir membres du Conseil flamand qui s'occupe de cette localité

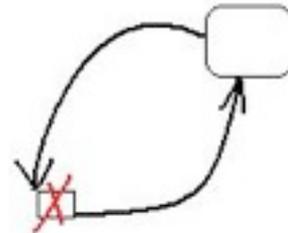
⁹⁴³ *Kokkinakis*, 14307/88, CEDH, 9, 17, 18, 20, 23, 24, 38, 40, 41, 52.

⁹⁴⁴ *Keck*, C-267/91, CEJ, §§ 11, 12. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 55-57 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 77, 96 ; *ibid.*, §§ 307, 320 ; *ibid.*, § 420. Voyez également *Dassonville*, 8-74, CEJ, §§ 10, 13-15. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 242, 249 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 29-32 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 103 § 104 ; *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 23, 24, 26. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 108, 109, 128 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 228, 248 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 321, 342. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 59, 61, 66, 67, 74 ; *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 59, 60 ; *Commission c. Italie*, C-40/93, CEJ, §§ 5, 18, 19, 22. Voyez également *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 25, 90 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 54, 65. Voyez également *Commission c. Espagne*, C-83/99, CEJ, §§ 3, 5, 7, 17 ; *Commission c. Autriche*, C-437/03, CEJ, §§ 7, 8, 14, 35, 36.

qu'à la condition de prêter serment en néerlandais et non en français. L'esprit des élections libres répond que ces prétentions ne sont pas acceptables.⁹⁴⁵

3) L'emménagement.

L'emménagement est la technique juridique caractérisée par la proclamation qu'un principe général et imprécis englobe un principe plus concret. Autrement dit, l'esprit supérieur a emménagé dans un être inférieur et mieux connu afin d'agir au moyen de ce corps.



Dans *Nunes* on voit que le droit communautaire ne prévoit pas de sanction pénale pour la fraude liée aux finances européennes. La partie perdante essaie de soutenir qu'il n'y a pas de types de sanction autres que pénaux qui doivent être appliqués. La CEJ décide que l'article 280, paragraphe 2, TCE, (actuellement art. 325 du TFUE) introduisant l'obligation pour les États membres de prendre les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers, englobe le droit pénal. Donc un principe plus général agit au moyen d'un principe plus concret.⁹⁴⁶ Les juges effectuent leur lien et leur subordination.

Dans *Immobilier Saffi*, la CEDH explique le terme de « tribunal » englobe l'exécution d'un jugement.⁹⁴⁷

⁹⁴⁵ *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 9267/81, CEDH, §§ 39, 41, 45, 57.1, 57.2. Voyez également *Butkevičius*, 48297/99, CEDH, §§ 26-29, 47, 52, 53.1 ; *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 59, 60.1-3, 64, 65 ; *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 67, 80.1, 81 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 243, 245 ; *ibid.*, §§ 256, 258. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 477, 482. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIA4.2, IIB7.3 ; *ibid.*, §§ IIC 15.1, IIC16.1-2, IIC19.3-4. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, § 73 ; *ibid.*, §§ 80, 82 ; *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1 ; *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 37, 38, 41, 42 ; *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 72-74.

⁹⁴⁶ *Nunes*, C-186/98, CEJ, 8, 13. Voyez également *Marshall*, 152/84, CEJ, 34. Voyez également *Raulin*, C-357/89, CEJ, §§ 10, 11 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 357. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 13, 14, 23, 105. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 53, 65, 66.

⁹⁴⁷ *Saffi*, 22774/93, CEDH, §§ 62, 63.2, Drozd, 12747/87, CEDH, §§ 105-107.2. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, § 287 ; *Hornsby*, 18357/91, CEDH, §§ 39, 40. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 90-93, 95.1. Voyez également *F*, 11329/85, CEDH, §§ 9-13, 17.2, 33.1 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 74, 76. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 90-93, 95.1.

23. L'ESPRIT VAINQUEUR

« L'esprit vainqueur » est une technique d'interprétation qui consiste dans le choix d'un principe juridique particulier et dans le rejet du contre-principe.

Il faut distinguer trois variantes de cette technique dans la perspective de la relation entre esprit et contre-esprit et quatre variantes vues sous l'angle des raisons de la victoire d'un principe particulier.

I. Lumière : la relation entre esprit vainqueur et esprit perdant.

« La relation entre esprit vainqueur et esprit perdant » est le modèle de leur création, leur connexion et leur interaction.

1) Les esprits antonymiques.

« Les esprits antonymiques » sont deux principes juridiques qui sont créés comme des extrêmes diamétralement opposés, qui se trouvent au même niveau d'importance et qui ne sont pas détachables ou remplaçables, passant d'une situation factuelle en l'espèce à une autre situation factuelle ou hypothétique. Par exemple, l'obligation de sauvegarder la vie et le droit de mourir.

Dans *First National Bank of Chicago*, le gouvernement britannique avance l'argument que les opérations de change en devises sont un « simple échange de moyens de paiement ». Cette opération est exécutée sans prélever de Commission ou de frais bancaires et pour cette raison ne constitue pas une livraison de biens ou une prestation de services. La bataille est gagnée par l'esprit de la « prestation de services ». Les cours auxquels la banque est disposée à vendre ou à acheter des devises sont différents et séparés par une marge. Il y a dès lors lieu d'en déduire que la banque se rémunère de sa prestation de service par une contrepartie qu'elle intègre dans le calcul de ces cours.⁹⁴⁸ Les deux principes sont destinés à s'appliquer au litige : soit le premier, soit le deuxième. Ils sont diamétralement opposés et irremplaçables.

⁹⁴⁸ *First National Bank of Chicago*, C-172/96, §§ 3, 9, 15, 23, 24, 33. Voyez également *PE/Reynolds*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50, 55.

Un journal de défense des consommatrices publie un article sur une dame qui a acheté une trousse de beauté au Cosmetic Club International, mais l'a renvoyée car elle n'en était pas satisfaite. Elle a espéré être remboursée comme il était promis dans la publicité, mais après 7 mois aucune réponse n'est arrivée. Le Club a ignoré la tentative de contact de la part de cette dame, mais après un contact direct d'une journaliste, l'administration du Club a répondu qu'elle ne savait pas quel était l'état de cette demande, mais elle a promis de vérifier. L'article contient deux questions : « S'agit-il d'un incident isolé ou ce comportement traduit-il votre politique officielle? » adressée au club et « Avez-vous eu avec le Club des expériences analogues à celle de Mme Lüchau ? Ou avez-vous connaissance de cas analogues ? » adressée aux consommatrices. Il y a deux esprits antonymiques : l'esprit de la liberté d'expression en ce qui concerne la description de vrais faits et l'esprit de la fausse impression qu'un vrai fait témoigne d'une pratique générale. Ce dernier gagne la bataille.⁹⁴⁹

2) Les esprits séparables et remplaçables.

« Les esprits séparables et remplaçables » sont deux principes juridiques opposés en employant des efforts intellectuels, qui se trouvent au même niveau d'importance et qui sont séparables ou remplaçables, passant d'une situation factuelle en l'espèce à une autre situation factuelle ou hypothétique. La lutte entre les esprits séparables et remplaçables ne se déroule qu'au moyen d'autres constructions spirituelles pour les connecter.

Dans *Dassonville*, nous observons une lutte entre l'esprit de la garantie d'authenticité de l'appellation d'origine d'un produit et l'esprit de la libre circulation des marchandises. Contrairement à la variante des esprits antonymiques, ici on a besoin d'un certain nombre d'outils pour voir les esprits concernés opposés. La garantie d'authenticité s'assure par une construction supplémentaire : il faut apporter un certificat délivré par les autorités de l'État où la marchandise est produite. Cette condition est imposée par les belges à tous les importatrices sans aucune différence, mais à la liberté de circulation des marchandises, à son tour, s'ajoute également une construction : il est beaucoup plus facile d'obtenir ce certificat dans le pays où la marchandise est produite, par exemple, en Ecosse que dans le pays où la marchandise n'est pas produite mais est en procès de

⁹⁴⁹ *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16.4-5, 18.b.1-2, 19.2, 32.1, 35. Voyez également *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 60, 61 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 114, 115, 129. Voyez également *Pedersen*, 49017/99, CEDH, §§ 25, 38, 71, 72, 80, 84. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, § 340 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 24, 35, 40 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, §§ 21, 23, 77, 121, 123 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 85, 108.2.

commercialisation, par exemple, en France. Pour cette raison, l'esprit de la libre circulation expulse l'esprit d'authenticité.⁹⁵⁰

Deux syndicats, la Confédération suédoise des associations professionnelles et la Fédération nationale des employés de l'État, organise une grève. Ensuite, les grévistes se plaignent de s'être vu refuser lors de la conclusion de la nouvelle convention collective, précisément en leur qualité de membres des syndicats « combattifs », la rétroactivité du bénéfice de certains avantages, accordée aux adhérents d'autres syndicats et aux employés non syndiqués qui n'avaient pas participé au mouvement. Les deux syndicats concernés invitent, pour sa protection, l'esprit de l'illégalité de la discrimination en raison d'appartenance à une association. L'adversaire invoqué par les chamanes est le contre-esprit de l'abus discriminatoire dans l'application des règles. Ce dernier est précisé par la construction suivante : le principe traditionnel « la grève supprime la rétroactivité » est appliqué sans discrimination. Si les personnes concernées ne avaient pas fait grève, elles se trouveraient dans une situation avantageuse. Il n'y a pas d'abus dans l'application de ce principe.⁹⁵¹ En même temps, il est clair que les chamanes pouvaient choisir d'inviter un autre contre-esprit, non-attaché ici, qui aurait permis l'intervention au fond de la pratique régulatrice actuelle. Autrement dit, elles savaient que nous pouvons facilement déclarer ce principe traditionnel, lui-même, comme étant discriminatoire au lieu de considérer le caractère discriminatoire de son application. Donc les deux principes sur le champ de bataille sont détachables et remplaçables.

3) Une règle générale et une exception.

⁹⁵⁰ *Dassonville*, 8-74, CEJ, §§ 6, 9. Voyez également *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, § 33 ; *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 7, 21, 27 ; *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 207, 225. Voyez également *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30 ; *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 11, 12, 18, 23, 36 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 142, 146 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 128, 182 ; *ibid.*, §§ 171, 179, 180. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 59, 61, 66, 67, 75. Voyez également *Franovich*, C-6/90, CEJ, §§ 16, 18, 21. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 382, 383, 386, 390-392, 394-396 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 254, 255 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 236, 237. Voyez également *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 10.2, 11.4, 93 ; *Leitner*, C-168/00, CEJ, §§ 6, 10, 16, 21. Voyez également *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 10.2, 11.4, 50, 51 [dans le contexte de *Le Pen*, T-353/00, TPI, § 93].

⁹⁵¹ *Schmidt et Dahlström*, 5589/72, CEDH, §§ 39, 40. Voyez également *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 20, 55, 77. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 74, 98 ; *ibid.*, §§ 80, 90 ; *ibid.*, § 88.1 ; *ibid.*, § 83, 85 ; *ibid.*, § 92 ; *Sporrong*, 7151/75, CEDH, § 67.3 ; *F*, 11329/85, CEDH, §§ 9-13, 17.2, 37 ; *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 31, 48 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 31, 34, 36, 37, 45, 68, 70, 71. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1 ; *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 105, 106, 107.2.

Une règle générale et une exception sont les principes juridiques opposés par définition, qui se trouvent à des niveaux d'importance différents et qui sont détachables entre eux ou remplaçables, passant d'une situation factuelle en l'espèce à une autre situation factuelle ou hypothétique.

Par exemple, après l'adhésion de l'Autriche à l'Union européenne, le nouvel État membre devait appliquer les règles communautaires relatives à la formation des praticiennes de l'art dentaire. Par dérogation, une période transitoire avec un accès à la profession plus libre a été prévu. Un allemand, citoyen européen, veut en profiter et compléter sa formation dans une université autrichienne, mais les juges lui disent que cette exception ne lui est pas applicable, car les exceptions doivent être appliquées de manière restreinte. C'est-à-dire, seulement aux autrichiennes.⁹⁵²

Dans l'affaire *Tolstoy Miloslavsky* la partie perdante invoque l'esprit du droit d'accès au tribunal qui dit que l'exigence de la cour britannique de première instance de payer £ 124 000 dans le délai de 14 jours pour pouvoir commencer une procédure d'appel est mauvaise. Mais les chamanes donnent la priorité à une exception par rapport à cette règle générale. L'exception consiste en ce que cette exigence a « un but légitime » à savoir protéger l'autre partie au litige contre le risque de recevoir des factures immenses pour sa défense juridique dans le cas où l'appel serait sans succès.⁹⁵³

II. Lumière : la raison de la victoire.

« La raison de la victoire » est la justification du choix d'un principe juridique au lieu d'un autre.

1) La hiérarchie des amulettes.

« La hiérarchie des amulettes » est le rejet d'un principe au profit d'un contre-principe justifié par la hiérarchie des actes juridiques (des amulettes) contenant les dispositions respectives (dans les quelles les esprits habitent).

⁹⁵² *Klett*, C-204/01, CEJ, §§ 1, 5, 10-12, 17, 18, 29, 30, 40. Voyez également *Van Duyn*, 41-74, CEJ, § 7 ; *ibid.*, §§ 17, 21, 22, 24. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 232, 233 ; *Vogel*, C-35/02, CEJ, §§ 3, 8, 9, 11, 13, 28.

⁹⁵³ *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 60, 61. Voyez également *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 27, 59, 60.1-3. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 249-252 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, § 96, 207 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIE29.3, IIE32.2.

Par exemple, la décision 76/787/CECA, CEE, Euratom du Conseil est accompagnée de l'acte portant élection des représentantes à l'Assemblée au suffrage universel direct. L'article 12 § 2 de cet acte dispose : « Lorsque la vacance résulte de l'application des dispositions nationales en vigueur dans un État membre, celui-ci en informe [le Parlement] qui en prend acte. » L'article 7 § 4 du règlement du Parlement européen contient la disposition suivante : « La Commission compétente veille à ce que toute information pouvant affecter l'exercice du mandat d'un député au Parlement européen ou l'ordre de classement des remplaçants soit communiquée sans délai au Parlement par les autorités des États membres ou de l'Union avec mention de la prise d'effet lorsqu'il s'agit d'une nomination. Lorsque les autorités compétentes des États membres entament une procédure susceptible d'aboutir à la déchéance du mandat d'un député, le Président leur demande d'être régulièrement informé de l'état de la procédure. Il en saisit la Commission compétente sur proposition de laquelle le Parlement peut se prononcer. » Bien évidemment que la disposition du règlement prévoit plus de compétence pour le Parlement dans le procès d'annulation du mandat d'une députée par les autorités nationales. La juridiction française condamne Jean-Marie Le Pen, ce qui implique la vacance de son siège. Il essaie de se défendre en avançant sans succès que le Parlement doit suivre la procédure prévue par son règlement. Néanmoins, le Tribunal de première instance rejettera sa requête en réaffirmant la hiérarchie entre l'acte annexé à la décision du Conseil et le règlement du Parlement.⁹⁵⁴ Bien évidemment, la décision pouvait être contraire : les juges ont été en mesure de dire que ce règlement explique comment il faut appliquer l'acte sur les élections.

Dans *Vogt*, la partie perdante soutient que l'interdiction de travailler dans le service public dont elle est victime en raison de ses activités au sein du Parti communiste allemand n'était pas prévue par la loi puisqu'il y a contradiction entre la jurisprudence de la Cour administrative fédérale et celle de la Cour fédérale du travail. Les chamanes strasbourgeoises se prononcent en faveur du « prévue par la loi » en revenant au fait que les Cours disciplinaires où son affaire était sous considération doivent suivre les arrêts de la Cour administrative fédérale.⁹⁵⁵

2) La supériorité simple.

⁹⁵⁴ *Le Pen*, T-353/00, TPI, § 93, [dans le contexte de *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 10.2, 11.4.]. Voyez également *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 10.2, 11.4, 50, 51 [dans le contexte de *Le Pen*, T-353/00, TPI, § 93].

⁹⁵⁵ *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1.

« La supériorité simple » est le rejet d'un principe au profit d'un contre-principe justifié par sa supériorité simple vis-à-vis de son concurrent. Le contre-esprit est plus fort tout simplement.

La liberté d'établissement évalué contre la cohérence fiscale d'un État membre résulte tout simplement du rejet de cette cohérence et en conclusion que, par exemple, l'exclusion d'une déduction fiscale pour la société mère en ce qui concerne des pertes subies par sa filiale établie dans un autre État membre et qui ne se livre à aucune activité économique dans l'État membre de la société mère, est contraire au droit européen.⁹⁵⁶

Dans *McVicar* la partie perdante avance qu'elle a perdu un procès judiciaire et été condamnée parce qu'elle n'avait pas l'argent pour financer sa défense et n'avait pas non plus pu bénéficier d'une avocate payée par l'État. En particulier, son évidence a été exclue du dossier car elle n'a pas respecté certaines règles procédurales – une faute qu'une avocate ne ferait jamais. Autrement dit, l'esprit du besoin d'avocate gratuite pour les gens à ressources modestes dans le but de les protéger contre le rejet de leur recours au motif d'erreur procédurale protège la partie perdante. Les chamanes strasbourgeoises envoient contre elle l'esprit de discrétion judiciaire pour dire que son évidence a été rejetée davantage en raison de la discrétion judiciaire à évaluer brièvement les preuves qu'en raison d'une faute procédurale. Voilà, une victoire spirituelle simple.⁹⁵⁷

3) L'exceptionnalisation.

L'exceptionnalisation est la dégradation d'un contre-principe qui est initialement créé presque au même niveau d'importance que le principe vainqueur en une exception ou en une exception encore plus marginale.

Par exemple, dans *Kreil* les gouvernements allemand, britannique et italien soutiennent que la directive sur l'égalité de traitement entre femmes et hommes permet d'exclure les femmes du service militaire puisque, pour la nature de ce service, le sexe est déterminant. De plus la disposition nationale respective est motivée par l'intention de renforcer la protection de la femme. Les juges

⁹⁵⁶ *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, § 33, Hectors, T-181/01, TPI, §§ 131, 133 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 142, 146 ; *Leitner*, C-168/00, CEJ, §§ 6, 10, 16, 21.

⁹⁵⁷ *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 20, 55, 77. Voyez également *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 60, 61.

décident d'affaiblir ces deux esprits (la nature de service et la protection) avant la lutte avec l'esprit de l'égalité de traitement en leur envoyant l'esprit de la proportionnalité qui dit que nous ne pouvons pas exclure les femmes de tous les postes dans le service militaire.⁹⁵⁸ Donc l'exception de la directive devient encore plus exceptionnelle.

4) L'utilisation d'autres rituels.

« L'utilisation d'autres rituels » est le rejet d'un principe au profit d'un contre-principe justifié par une autre technique décrite dans le présent travail.

Par exemple, on voit le principe de libre circulation des travailleuses en collision avec le principe de l'ordre public dans *Van Duyn*. Ici, la Cour choisit de renforcer l'esprit de libre circulation par la méthode « l'esprit a choisi une conception » en expliquant la signification et les implications pratiques de ce concept.⁹⁵⁹

Dans *Sporrong*, il y a conflit entre le droit à disposer de ses biens et le droit de l'État de restreindre l'exploitation de la propriété et d'exproprier. La bataille est gagnée par l'emploi d'une méthode chamanique supplémentaire « je vois le cœur ». Et plus particulièrement, le cœur du droit de propriété qui peut être considéré comme la mère du droit à disposer de ses biens.⁹⁶⁰

24. LA VIE DE L'ESPRIT EST EN DANGER

« La vie de l'esprit est en danger » est la déclaration de la juge selon laquelle une pratique ou une interprétation de la partie perdante détruit le sens ou la substance d'un principe, ou bien encore laisse un vacuum. La méthode est similaire à l'« esprit vaquer », mais je la distingue afin d'exposer l'aspect du danger causé à l'existence même d'un esprit positif par un contre-esprit durant la danse chamanique.

⁹⁵⁸ *Kreil*, C-285/98, CEJ, §§ 5, 7, 9, 12, 13, 17, 20, 21, 29, Hectors, T-181/01, TPI, §§ 131 § 133.

⁹⁵⁹ *Van Duyn*, 41-74, CEJ, § 7. Voyez également *Vogel*, C-35/02, CEJ, §§ 3, 8, 9, 11, 13, 28.

⁹⁶⁰ *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 27, 59, 60.1-3. Voyez également *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, §§ 21, 23, 77, 121, 123 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 85, 108.2.

Par exemple, nous lisons dans *Brasserie du Pêcheur* que l'esprit de la sécurité juridique, qui veut que le dommage ne serait réparable qu'aux préjudices subis postérieurement au prononcé d'un arrêt de la Cour de Luxembourg met « en cause » le droit à réparation.⁹⁶¹ La vie de l'esprit du droit à réparation est en danger et pour cette raison l'esprit de la postériorité doit être expulsé.

Avant la division de Chypre en deux parties, le Parlement était composé, selon la Constitution, de 70 % des chypriotes grecques et de 30 % des chypriotes turques. Après la division, le gouvernement chypriote grec a décidé que la Communauté turque était partie et, alors, les 30 % des sièges devaient rester vides jusqu'à la réintégration du Nord de l'île. Par contre, 1089 chypriotes turques sont restées dans la partie sud. Ces gens ont perdu le droit de vote puisque leur Communauté était considérée comme disparue et comme ils n'étaient pas chypriotes grecs, ils ne pouvaient pas voter en tant que chypriotes grecs. La Cour de Strasbourg a conclu que ces 1089 personnes ont été privées « complètement » de l'opportunité de voter.⁹⁶²

25. LA NÉGATION D'EXISTENCE DU SENS

« La négation d'existence du sens » est la déclaration de la juge selon laquelle une interprétation de la partie perdante n'a pas de sens ou est absurde.

Dans l'affaire *Heubach* relative à la concentration anticoncurrentielle sur le marché, l'entreprise condamnée fait grief à la Commission européenne de n'avoir pas pris compte, en tant que circonstance atténuante, la crise dans le secteur européen du phosphate de zinc. Dans le passé l'existence d'une situation économique difficile avait entraîné une réduction d'amende de 10 à

⁹⁶¹ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 91, 94. Voyez également *ibid.*, § 79 ; *ibid.*, §§ 86, 87 ; *ibid.*, §§ 71- 73 ; *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, § 37. Voyez également *Raulin*, C-357/89, CEJ, §§ 32-34 ; *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 96 ; *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 142, 143. Voyez également *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 28, 33. Voyez également *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 33, 34, 38 ; *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 25. II. B ; *Le Pen*, T-353/00, TPI, § 92, [dans le contexte du pourvoi *Le Pen* §§ 25, 22.]

⁹⁶² *Aziz*, 69949/01, CEDH, §§ 20-22, 24, 29. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, § 432 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIE29.3, IIE32.2 ; *ibid.*, §§ A4.3, B.3.6 ; *Saffi*, 22774/93, CEDH, §§ 62, 63.2 ; *Hornsby*, 18357/91, CEDH, §§ 39, 40. Voyez également *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 26, 34 ; *ibid.*, §§ 36, 38, 43 ; *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 34.1, 35 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 69, 78 ; *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 193, 194. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 109, 121 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 73, 74. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 8, 12, 52, 75.2.

30 %. De plus, la crise sur le marché du phosphate de zinc aurait été plus importante que dans les affaires précédentes et aurait existé pendant toute la durée de l'infraction. Le prix du zinc était sans cesse soumis à des fluctuations, le pouvoir économique des acheteuses était plus grand que celui des vendeuses. Il y avait toujours l'opportunité d'importer cette marchandise à bas prix en provenance de pays situés en dehors de l'Europe. En outre, le phosphate de zinc était facilement remplaçable par le phosphate de calcium. Le chiffre d'affaire de cette entreprise a tombé de 20 %. Le Tribunal de première instance a répondu que la Commission européenne n'était pas tenue de considérer l'argument tiré de la crise économique. Cet argument n'a pas de sens car toutes les concentrations anticoncurrentielles, d'habitude, sont créées pour faire face à une crise.⁹⁶³

26. LE DON D'ÉPÉE DE FEU

« Le don d'épée de feu » est la situation où la juge déclare la reconnaissance, dans le cadre d'un litige qu'un principe ou une interprétation, présente quelque chose en son sein qui le rend supérieur à la solution juridique proposée par la partie perdante. En examinant cette technique juridique, nous utilisons le mot « don » comme synonyme de la phrase « reconnaissance unilatérale dans le cadre du litige ». Autrement dit, c'est la juge qui décide à qui il faut reconnaître ce « quelque chose » - à qui faut-il le rattacher, et, donc, c'est la chamane qui décide à qui faut-il donner l'épée de feu. Il faut distinguer cinq variantes d'épée de feu.



1) L'effet utile.

« L'effet utile » est la déclaration judiciaire selon laquelle un principe ou une interprétation a ou doit avoir un effet utile. Cette épée de feu est détachable et remplaçable.

⁹⁶³ Heubach, T-64/02, TPI, §§ 136, 139.

Par exemple, dans *Van Duyn*, il y a deux esprits qui luttent. Le premier est l'esprit de la différence entre un règlement et une directive : un règlement est directement applicable, mais une directive ne l'est pas. Donc, en choisissant la directive comme forme d'acte juridique, la législature communautaire a exprimé sa volonté qu'il ne doit pas être directement applicable. Le contre-esprit est le principe « la directive est un acte juridique contraignant quand même ». Les chamanes décident de donner à ce dernier esprit l'épée de feu – elles disent qu'il doit avoir un « effet utile » et, par conséquent, doit être directement applicable dans certaines conditions.⁹⁶⁴

2) L'efficacité.

L'« efficacité » est la déclaration judiciaire selon laquelle un principe ou une interprétation doivent être efficaces. Cette épée de feu est détachable et remplaçable.

L'affaire *Kaufring* est relative à la remise douanière des droits à l'importation. La procédure de remise prévue par le règlement n° 2454/93 consiste en deux étapes : le contact entre la demandeuse de remise et les autorités nationales d'une part, et la transmission du dossier par les autorités nationales à la Commission européenne d'autre part. Alors, l'esprit qui habite dans le règlement n° 2454/93 pense qu'un contact direct entre la demandeuse et la Commission n'est pas nécessaire. De plus, avant la transmission du dossier, la demandeuse signe une déclaration selon laquelle le dossier est complet et elle n'a rien à ajouter. Mais le contre-esprit du droit d'être entendu exige qu'un tel contact direct existe. Qui est plus fort ? Les chamanes donnent l'épée de feu au contre-esprit en disant que le droit d'être entendu doit être exercé « efficacement ».⁹⁶⁵

Dans *Goodwin*, une transsexuelle demande un changement de ses documents en raison du changement de sexe et se réfère à l'esprit protecteur du droit à la vie privée. Le gouvernement britannique refuse en invitant l'esprit d'une marge d'appréciation d'État qui habite dans les arrêts

⁹⁶⁴ *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 11, 12. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 61 ; *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 51 ; *ibid.*, §§ 142, 143 ; *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 65, 78-80 ; *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 17, 28.

⁹⁶⁵ *Kaufring*, T-186/97, TPI, § 160. Voyez également *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 33-35, 37. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 71-73 ; *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 25. II. B ; *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ IV.1.3-5, 1, 2, 16 ; *Nunes*, C-186/98, CEJ, §§ 8-10. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 72, 73, 81.

Cossey, X, Y et Z et Sheffield de la Cour de Strasbourg. Mais les chamanes décident de donner cette fois l'épée de feu à l'esprit de la vie privée en concluant que ce droit doit être « efficace ».⁹⁶⁶

3) Raisonnable, une bonne raison.

« Raisonnable » ou « une bonne raison » est la déclaration judiciaire selon laquelle un principe ou une interprétation est raisonnable ou a une bonne raison pour être appliquée. Cette épée de feu est détachable et remplaçable.

Par exemple, en déterminant si le droit de défense ou, plus précisément, le droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision faisant grief par une institution communautaire a été violé, il faut considérer, selon les chamanes, si l'exécution de ce droit a pu « raisonnablement » avoir une incidence particulière sur le contenu de cette décision.⁹⁶⁷ Autrement dit, dans ce genre d'affaires, les chamanes vont toujours attribuer l'épée de feu, le « raisonnablement », à un des esprits en lutte.

Dans l'affaire *Butkevičius* le gouvernement lituanien soutient que les déclarations du procureur général et du Président du Parlement lituanien relevant que la faute du requérant, a été prouvée faites avant la décision judiciaire ne pouvait pas donner à penser qu'il est coupable au sens judiciaire car le public connaissait le contexte : l'accusé a été arrêté pendant l'acceptation de pots-de-vin et ces déclarations n'affirmaient que la nécessité de commencer un procès judiciaire. Mais la « raison à penser » employé par l'esprit de la présomption d'innocence a tué l'esprit du contexte.⁹⁶⁸

4) La logique.

⁹⁶⁶ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 73-74. Voyez également *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 26, 34 ; *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 34.1, 35 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 119, 120, 122. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 25, 128, 132, 134, 135. Voyez également *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 190, 194. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A4.3, B.4 ; *ibid.*, §§ A1.3, A4.3, B.5 ; *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 100, 101, 102 ; *ibid.*, §§ 109, 121.

⁹⁶⁷ *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 112.

⁹⁶⁸ *Butkevičius*, 48297/99, CEDH, §§ 26, 28, 47, 49, 50, 51, 53.3. Voyez également *Hornsby*, 18357/91, CEDH, §§ 7, 9, 10, 13, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 36, 42 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 80, 90. Voyez également *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, §§ 21, 23, 77, 123, 124. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 213.1, 213..3, 214.1 ; *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 160, 161, 178, 182, 184, 186. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IB10.2, IIB7.9, IIB7.10. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, § 81. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 88, 89 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 73, 74. Voyez également *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 60, 64.

« La logique » est la déclaration judiciaire selon laquelle l'application d'un principe ou d'une interprétation est logique. Cette épée de feu est détachable et remplaçable.

Par exemple, dans *Lechouritou* les descendantes des 676 villageoises assassinées par les nazis à Kalavrita en Grèce pendant la deuxième guerre mondiale demandent à la Cour de justice de dire si leur souhait d'avoir une compensation de la part de l'Allemagne peut être considéré par la juridiction grecque sur base du paragraphe 1, article 1 de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Mais les chamanes de Luxembourg donnent la priorité à une autre question : est-ce que cette Convention est applicable. Ensuite, elles déclarent qu'elle n'est pas applicable car un massacre collectif est une affaire de politique étrangère et de défense et non une affaire de nature civile, ce qui signifie que la compensation pour les massacres n'est pas couverte par la Convention de Bruxelles. Dans la lutte pour la priorité entre deux questions l'épée de feu nommée « logique » devient attribuée à la deuxième question, ce qui implique que, d'abord, on doit considérer la question sur l'applicabilité de la Convention et, ensuite, sur la juridiction grecque.⁹⁶⁹

Dans l'affaire *Goodwin*, la Cour de Strasbourg renforce l'esprit du droit à la vie privée par l'épée de feu en disant que la pratique administrative britannique où l'État autorise les opérations du changement du sexe et les opérations d'insémination artificielle pour les femmes qui vivent avec des hommes transsexuels, mais n'autorise pas le changement des documents des transsexuelles, est « illogique ».⁹⁷⁰

5) Objective.

« Objective » est la déclaration judiciaire selon laquelle une interprétation est objective ou que quelque chose est objectivement nécessaire. Cette épée de feu est détachable et remplaçable.

Dans l'affaire *linguistique belge*, les requérantes font valoir qu'elles sont discriminées en tant que francophones en Flandre car là-bas les écoles secondaires publiques et gratuites de langue

⁹⁶⁹ *Lechouritou*, C-292/05, CEJ, §§ 9, 27, 37, 40-42.

⁹⁷⁰ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 70, 73, 78.

d'instruction française sont interdites. Les chamanes strasbourgeoises prennent la décision de soutenir l'esprit de marge d'appréciation d'État en lui donnant l'épée de feu dans sa variante « objective ». Alors, elles déclarent que cette mesure des autorités flamandes est basée sur un « élément objectif ».⁹⁷¹

27. LE CHANGEMENT DE LANGUE

Un changement de langue est la situation où les juges changent la version linguistique de l'acte juridique afin de rejeter la position de la partie perdante. C'est une technique typique pour les cours multilingues. Assez souvent, si l'on prend le même texte dans des langues différentes, on s'aperçoit que le sens n'est pas du tout le même. La Cour européenne des droits de l'homme a 2 langues officielles, tandis que la Cour européenne de justice travaille officiellement dans 23 langues. Chaque langue officielle est considérée comme ayant le même poids.

La technique du changement de langue a été employée, par exemple, dans l'affaire *EMU Tabac*⁹⁷² de la CEJ et dans *l'affaire linguistique belge*⁹⁷³ de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁹⁷¹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIA4.4, IIB7.9. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 88, 89.

⁹⁷² *EMU Tabac*, *op. cit.*

⁹⁷³ *L'affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH.

28. LE DON DES AILES

« Le don des ailes » est la transposition d'un principe en provenance d'un système juridique particulier vers un autre système juridique. La transposition se déroule au moyen de la déclaration de la juge qu'elle se déroule. Dans la langue juridique classique, cette technique est appelée « cosmopolitisme juridique ».

Les échanges des esprits sont très courants dans les sociétés chamaniques, y compris dans la nôtre. Par exemple, chez le grand chaman nganasan Tubyaku Kosterkin, l'esprit suprême est le cheval de fer Mikulushka, le grand-père, qui se présente en tant que « Tout le pouvoir soviétique ».⁹⁷⁴ Le cheval de fer est un symbole de la technologie occidentale. Mikulushka est considéré par la chamane comme « le Dieu russe », mais, en fait, ce nom désigne Saint-Nicolas



Jacob Epstein, *St Michael's Victory over the Devil*

de l'Église chrétienne orthodoxe qui est une transposition de Jésus—Christ au temps de l'Empire russe. Et « Tout le pouvoir soviétique » est définitivement un esprit plus récent.

1) Le vol en provenance d'une branche du droit à destination d'une autre.

« Le vol en provenance d'une branche du droit à destination d'une autre » est la transposition d'un principe pris dans une branche de droit particulier vers une autre.

Dans *WestLB* le gouvernement allemand présente sa vision chamanique selon laquelle l'article 295 du TCE disposant que « le présent traité ne préjuge en rien du régime de la propriété dans les États » le protège contre l'application des règles de concurrence. La question est soulevée quand le land Rhénanie-Du-Nord-Westphalie prend la décision d'intégrer l'organisme de droit public Wohnungsbauförderungsanstalt, sa propriété à 100 %, s'occupant d'encourager la construction de logement, grâce à l'octroi de prêts sans intérêt, au sein du Westdeutsche Landesbank. Cette dernière est la banque d'État qui une détenue à 100 % par le secteur public (43,2 % pour le Land, 11,7 % pour chaque commune des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe, 16,7 % pour les

⁹⁷⁴ Aado Lintrop, The incantations of Tubyaku Kosterkin, <http://www.folklore.ee/Folklore/vol2/tubinc.htm>, 14 04 2010.

associations des caisses d'épargne des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe. L'argument allemand consiste en la fusion d'une propriété publique avec une autre propriété publique, donc c'est un mode de gestion de la propriété d'État. Mais les chamanes autorisent le vol des règles de concurrence à destination de la propriété par la constatation que l'article 86 autorise l'application de règles de concurrence à destination du domaine de gestion de la propriété publique.⁹⁷⁵

Dans *Sporrong*, le gouvernement suédois et la Cour européenne des droits de l'homme considèrent que le droit à la protection de propriété ne peut voler que dans le domaine de la détermination des droits civils. Par contre, l'émission des permis d'expropriation est une mesure administrative prise par une autorité publique compétente. Donc c'est un domaine différent de droit. Mais les chamanes donnent les ailes pour le vol du droit de la propriété à destination du droit administratif.⁹⁷⁶

2) Le vol en provenance de l'Europe à destination du droit national.

« Le vol en provenance de l'Europe à destination du droit national » est la transposition d'un principe en provenance du système juridique européen dans le système juridique national.

Parfois cette variante couvrira les mêmes cas empiriques que le « vol en provenance d'une branche du droit à destination d'une autre ». Par exemple, dans *ICI* la Cour de Luxembourg reconnaît que le domaine de la fiscalité directe relève de la compétence nationale. Par contre, il n'en reste pas moins que cette compétence doit être exercée dans le respect du droit communautaire.⁹⁷⁷

Mais parfois le « vol en provenance de l'Europe à destination du droit national » se déroulera dans les mêmes domaines de droit à deux niveaux. Par exemple, dans *S.N.* la Cour de Strasbourg indique que le concept de « témoin » est autonome et donné des ailes. Donc malgré le fait que les autorités suédoises ne pensent pas que M. M. était un « témoin » car il n'a pas été interrogé devant la Cour, il

⁹⁷⁵ *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 195, 196.

⁹⁷⁶ *Sporrong*, 7151/75, CEDH, § 80.

⁹⁷⁷ *ICI*, C-264/96, CEJ, § 19. Voyer également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 71- 73. Voyer également *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, § 29. Voyer également *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, § 44. Voyer également *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 28, 31. Voyer également *Lechouritou*, C-292/05, CEJ, §§ 27-29.

doit être considéré comme un « témoin » car ses dépositions ont été faites au sein de la police et, ensuite, transmises à la Cour.⁹⁷⁸

3) Le vol en provenance du droit national à destination de l'Europe.

« Le vol en provenance du droit national à destination de l'Europe » est la transposition d'un principe pris du système juridique national dans le système juridique européen.

Dans *Kaufring*, le Tribunal de première instance remarque que la procédure au niveau national en Allemagne pour la remise des droits douaniers prévoit une consultation entre la demandeuse et l'administration nationale, ce qui garantit le droit d'être entendue. Par contre, au niveau européen un tel droit n'existe pas – la demandeuse n'a pas de contacts directs avec la Commission européenne. Pour cette raison, les chamanes donnent les ailes à l'esprit du droit national.⁹⁷⁹

La jurisprudence de la Cour suprême portugaise établit qu'un appel peut être rejeté pour un manquement purement formel comme, par exemple, l'absence du résumé des moyens sans au préalable demander à l'appelant de corriger ces vices. Par contre, la Cour constitutionnelle portugaise juge cette pratique anticonstitutionnelle. La Cour de Strasbourg transpose l'esprit de cette dernière juridiction nationale au niveau européen.⁹⁸⁰

4) Le vol en provenance des États membres à destination de l'Europe.

« Le vol en provenance des États membres à destination de l'Europe » est la transposition d'un principe existant dans certains États membres au système juridique européen.

⁹⁷⁸ *S.N.*, 342097/96, §§ 33, 45. Voyez également *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, §§ 62, 63 ; *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 129, 130, 140. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 59, 61.

⁹⁷⁹ *Kaufring*, T-186/97, TPI, § 160. Voyez également *Nunes*, C-186/98, CEJ, §§ 8-10.

⁹⁸⁰ *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 44, 48, 69, 70. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 49, 51. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 49, 62 ; *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 9267/81, CEDH, §§ 39, 41, 45, 57.1, 57.2 ; *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 58.1-3, 59, 79, 128, 137, 138, 140, 141, 143, 147.

Dans *Brasserie du Pêcheur*, le gouvernement allemand soutient qu'un droit général à réparation pour les particuliers en raison de la violation du droit communautaire par un État membre, ne pourrait être consacré que par voie législative et que la reconnaissance d'un tel droit par voie judiciaire serait incompatible avec la répartition des compétences entre les institutions de la Communauté et les États membres, et avec l'équilibre institutionnel instauré par le TCE. Les chamanes font la remarque que dans un grand nombre de systèmes juridiques nationaux le régime juridique de la responsabilité de l'État a été élaboré de façon déterminante par les Cours et donnent les ailes à l'esprit de réparation pour voler en provenance des États membres à destination de l'Europe.⁹⁸¹

Les familles des victimes du bombardement de la Yougoslavie par les forces de l'OTAN soutiennent que le contrôle complet de l'espace aérien accompagné de la possibilité de faire des frappes précises détruisant la résistance doit être compris comme l'exercice de juridiction sur le territoire yougoslave par les États de l'OTAN. Les chamanes font référence au fait qu'aucune Haute Partie Contractante n'a jamais reconnu une telle responsabilité extraterritoriale et donnent les ailes pour le vol de l'esprit de la responsabilité en provenance des États membres à destination de l'Europe.⁹⁸²

5) Le vol en provenance des États membres à destination du droit national.

« Le vol en provenance des États membres à destination du droit national » est la transposition d'un principe existant dans certains États membres au système juridique national par l'intermédiaire d'une cour européenne. On distingue cette variante de la variante le « vol en provenance des États membres à destination de l'Europe » pour mieux souligner son caractère restreint et l'exercice du pouvoir davantage appliqué à un État particulier.

Par exemple, Monsieur F souffre de l'interdiction de se remarier durant 3 ans, l'interdiction imposée en vertu du Code civil suisse pour abus de mariage. Après deux divorces et adultère, il fait paraître une petite annonce comme quoi il recherche une secrétaire et trouve Demoiselle N le 11 janvier 1983. Il la presse de se marier et 4 jours après leur cohabitation, le 26 février, ils se marient.

⁹⁸¹ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 30.

⁹⁸² *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 49, 62.

Quelques jours après le mariage M. F déclare qu'il veut divorcer sans donner de motif valable et commence la procédure le 11 mars. Il commet également l'adultère et emploie la violence pour chasser sa femme hors de la maison. Par contre, les interdictions temporaires à se remarier sont déjà abandonnées dans les autres États : en Allemagne depuis 1976 et en Autriche depuis 1983. Les chamanes strasbourgeoises prennent la décision qu'il faut donner les ailes à l'esprit de remariage habitant dans les autres pays pour qu'il puisse voler en Suisse. Il est évident que la seule femme parmi les juges joigne l'opinion descendante.⁹⁸³

6) Le vol en provenance des États démocratiques à destination du droit national.

« Le vol en provenance des États démocratiques à destination du droit national » est la transposition d'un principe existant dans les « États démocratiques » au système juridique national par l'intermédiaire d'une cour européenne.

Si on revient encore une fois à l'affaire *Guzzardi*, il y a plusieurs esprits qui luttent pour savoir si le soupçonné a été privé de liberté par la mesure de supervision destinée à empêcher sa communication avec d'autres soupçonnés. Les uns esprits disent que c'est exactement une violation du droit à liberté parce qu'il était obligé de vivre pendant 16 mois sur une petite île d'Asinara d'environ 2,5 km² réservés pour y habiter sur 50 km² au total, et 20 km de longueur maximum, sans pouvoir avoir de contacts sociaux et dans des conditions de surveillance permanente. Les autres esprits disent que ce n'est pas une violation du droit à liberté puisque : il était libre de sortir n'importe où sur l'île de 7h00 à 22h00, il y avait beaucoup de circonscriptions ne dépassant pas 2,5 km², sa femme et son enfant vivaient ensemble sur l'île, il profitait pleinement du droit à la famille et à la vie privée, il y avait 200 autres personnes libres pour faire des contacts sociaux, il pouvait écrire des lettres et télégrammes sans supervision, il pouvait appeler librement en informant la police à qui il appelait, il pouvait aller en dehors de l'île après avoir obtenu une autorisation de police. Les chamanes décident de résoudre l'affaire en faveur du soupçonné en renforçant les esprits-circonstances luttant pour la reconnaissance de la restriction de la liberté par le don des ailes

⁹⁸³ *F*, 11329/85, CEDH, §§ 9-13, 17.2, 33. Voyez également *Aziz*, 69949/01, CEDH, §§ 20, 21, 22, 24, 28. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 65, 66, 80 ; *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 54, 58, 59, 60. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 102, 106 ; *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 34, 36, 46, 108, 52, 55, 68-72, 89.2, 96.1, 96.3 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 81 ; *Perez*, 47287/99, CEDH, §§ 47-51, 54-56.

aux esprits-pratiques dans les autres « États démocratiques » pour qu'ils viennent afin d'aider à libérer les suspects de cette île.⁹⁸⁴

7) Le vol en provenance des États démocratiques à destination de l'Europe.

« Le vol en provenance des États démocratiques à destination de l'Europe » est la transposition d'un principe existant dans les « États démocratiques » au système juridique européen.

Dans l'*affaire linguistique belge*, la Cour de Strasbourg donne les ailes à l'esprit de l'égalité de traitement qui établit que la distinction doit être objective et raisonnablement justifiée, pour qu'il vole en provenance des « États démocratiques » à destination de l'Europe afin de justifier l'interdiction d'écoles publiques gratuites en Flandre dont la langue d'instruction serait le français.⁹⁸⁵

8) Le vol en provenance des États non-européens à destination du droit national.

« Le vol en provenance des États non-européens à destination du droit national » est la transposition d'un principe existant dans certains États non-européens au système juridique d'un État européen par l'intermédiaire d'une cour européenne.

Par exemple, les esprits de sexe qui habitent en Australie et en Nouvelle Zélande ne limitent pas l'attribution du sexe à la personne aux uniques données biologiques de la naissance, mais analysent la multitude de facteurs tels que la présence d'opération du changement de sexe, etc. en matière de mariage. Donc les chamanes strasbourgeoises donnent des ailes aux esprits pour qu'ils volent à destination du droit national britannique afin d'aider les transsexuelles locales à changer la mention de sexe sur leurs documents.⁹⁸⁶

⁹⁸⁴ *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 90-93, 95.1. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IB10.2, IA4.2, IIA4.4, IIB7.9, IIB7.10.

⁹⁸⁵ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IB10.2, IA4.2, IIB7.9, IIB7.10.

⁹⁸⁶ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 84, 85. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 56, 57, 74, 75.

9) Le vol en provenance d'États non-européens à destination de l'Europe

« Le vol en provenance d'États non-européens à destination de l'Europe » est la transposition d'un principe existant dans certains États non-européens au système juridique européen.

Dans l'affaire *Microsoft* concernant la suspension intérimaire de sanctions imposées par la Commission européenne pour abus de position dominante, la question se pose de savoir si le système opérationnel Windows et son lecteur média constituent deux marchandises ou une marchandise unique. Ici, le Président du Tribunal de première instance autorise un esprit habitant dans la jurisprudence étatsunienne à voler à destination de l'Europe afin de dire que quand il y a deux productrices séparées spécialisées dans la fabrication des produits liés, ce fait indique qu'il y a une demande séparée de la part des consommatrices et que les juges doivent constater qu'il y a un marché séparé pour chaque produit lié – pour le lecteur média et pour l'ordinateur en l'espèce.⁹⁸⁷

La Cour Suprême du Canada a considéré que l'interdiction de l'euthanasie causait à la partie perdante de la douleur physique et la privait de la gestion de sa mort, de son autonomie ; pour ces raisons, cette interdiction nécessite une justification sur base de justice fondamentale. Dans l'affaire *Pretty*, les chamanes strasbourgeoises donnent les ailes à cet esprit canadien pour qu'il vole à destination de l'Europe et justifie ce que les chamanes locales doivent également justifier à savoir pourquoi elles interdisent le suicide assisté.⁹⁸⁸

10) Le vol en provenance des Etats-Unis à destination du droit international.

« Le vol en provenance des États-Unis à destination du droit international » est la transposition d'un principe existant dans les États-Unis au système juridique international fondé par un certain accord international, effectuée par l'intermédiaire d'une cour européenne.

J'ai l'hypothèse qu'il serait faux d'assimiler le droit des États-Unis au droit d'un État non-européen puisque ce qui est traditionnellement appelé « droit des Etats-Unis » est quelque chose de beaucoup

⁹⁸⁷ *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 384, 403.

⁹⁸⁸ *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 66, 67.

plus important que le droit national ordinaire. Il se situe plus entre le droit national et le droit mondial. De plus, la reconnaissance de la pratique Étatsunienne en tant que standard de l'état du droit international est très symbolique dans le contexte que joue cet État dans les pratiques régulatrices internationales.

Le groupe de travail de la Commission du droit international des Nations Unies considère que les États ne sont pas protégés par l'immunité dans les cas de graves violations des droits de l'homme. Par contre, aux États-Unis la réglementation introduite par l'amendement de 1996 à la Loi sur l'immunité étrangère souveraine est plus nuancée : l'immunité peut être levée dans les cas où, premièrement, l'État concerné est déclaré sponsor du terrorisme ; deuxièmement, la victime est une citoyenne étatsunienne. En outre, la Cour du District de Columbia a reconfirmé dans l'affaire *Flatow v Iran* que la propriété étrangère d'un État reste immune. Dans le procès *Al-Adsani* le requérant déclare être une victime de torture grave ordonné directement par Sheikh Jaber Al-Sabah al-Saud Al-Sabah, membre de la dynastie d'Émir du Koweït. La Cour de Strasbourg décide de maintenir la décision de la juridiction britannique de ne pas ouvrir d'affaire contre le Koweït, et pour cela accorde les ailes à l'esprit étatsunien de la protection d'immunité pour un vol à destination du droit international. Les chamanes disent que la portée limitée de l'exception à l'immunité d'un État étranger dans le droit étatsunien signifie que la règle générale du droit international reste l'immunité ne pouvant être levée même dans les cas de torture officielle.⁹⁸⁹

11) Le vol en provenance de l'Europe à destination des États non-européens.

« Le vol en provenance de l'Europe à destination des États non-européens » est la transposition d'un principe existant dans le système juridique européen au système juridique d'un État non-européen par l'intermédiaire d'une cour européenne.

Dans *Soering*, sur l'extradition du Royaume-Uni à destination des États-Unis, la partie perdante fait valoir qu'elle ne peut être extradée puisque sinon l'État de Virginie violera son droit à l'assistance juridique gratuite garantie par l'article 6, paragraphe 3, sous c) de la Convention européenne des droits de l'homme. Les chamanes soulignent qu'une extradition peut soulever un problème où la personne aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant. Dans ce cas empirique elles

⁹⁸⁹ *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, §§ 24, 64.

décident de ne pas défendre cette personne car il n'y a pas du déni de justice flagrant.⁹⁹⁰ Mais ce qui se passe ici, c'est le don des ailes à l'esprit de la protection contre un déni de justice flagrant pour voler à destination des États non-européens.

12) Le vol en provenance de l'Union européenne à destination du Conseil de l'Europe.

« Le vol en provenance de l'Union européenne à destination du Conseil de l'Europe » est la transposition d'un principe existant dans le système juridique de l'Union européenne au système juridique du Conseil de l'Europe par l'intermédiaire d'une cour européenne.

La Cour européenne de justice a interprété par l'arrêt *Commission c. Belgique*, 149/79, CEJ, que les principes de libre circulation des travailleuses ne sont pas applicables aux emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et qui supposent ainsi, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité avec l'État. Les chamanes strasbourgeoises donnent les ailes à l'esprit habitant dans l'arrêt *Commission c. Belgique* pour qu'il vienne dans le droit du Conseil de l'Europe afin d'aider à détruire le droit des fonctionnaires ayant accès à l'exercice de la souveraineté d'État à leur protection sous l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.⁹⁹¹

13) Le vol en provenance du Conseil de l'Europe à destination de l'Union européenne.

« Le vol en provenance du Conseil de l'Europe à destination de l'Union européenne » est la transposition d'un principe existant dans le système juridique du Conseil de l'Europe au système juridique de l'Union européenne par l'intermédiaire d'une cour européenne.

⁹⁹⁰ *Soering*, 14038/88, CEDH, §§ 112, 113, *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1.

⁹⁹¹ *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, §§ 14, 38, 65, 66. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 92 ; *ibid.*, §§ 58, 96, 100.

Dans l'affaire *K.B.* la personne ne peut bénéficier de la pension de veuvage car elle n'était pas mariée avec R. qui était une femme avant l'opération. Le mariage ne pouvait être enregistré car le gouvernement britannique ne voulait pas changer les documents du transsexuel. La Cour de Luxembourg décide de donner les ailes à l'esprit de mariage avec une transsexuelle qui habite dans l'arrêt *Goodwin* de la Cour de Strasbourg afin qu'il vole en provenance du droit du Conseil de l'Europe à destination du droit de l'Union européenne et aide la veuve à obtenir sa pension.⁹⁹²

14) Le vol en provenance du droit international à destination de l'Europe.

« Le vol en provenance du droit international à destination de l'Europe » est la transposition d'un principe existant dans un système juridique international au système juridique européen.

Dans l'affaire *Van Duyn* une des leaders spirituelles scientologues souffre de l'interdiction d'entrer sur le territoire du Royaume-Uni car ses activités religieuses sont considérées comme dangereuses pour l'ordre public. Pour renforcer son raisonnement soutenant la personne concernée, la Cour de Luxembourg décide de transposer le principe de droit international consistant en ce qu'un État ne peut pas refuser à ses propres ressortissantes le droit d'avoir accès à son territoire.⁹⁹³

15) Le vol en provenance du droit international à destination du droit national.

« Le vol en provenance du droit international à destination du droit national » est la transposition d'un principe existant dans un système juridique international au système juridique d'un État européen par l'intermédiaire d'une cour européenne. Nous plaçons dans ce genre de variantes les transferts de concepts d'importance plus grande pour l'État concerné que pour tout l'Europe.

Par exemple, dans *Ilaşcu*, les chamanes donnent les ailes à l'esprit de la responsabilité d'État pour les actions de ses agentes même dans le cas où elles agissent de manière contraire aux instructions, habitant dans le droit international, ou spécifiquement dans les documents de la Commission du droit international des Nations Unies, pour qu'il vole à destination de la Russie afin de la

⁹⁹² *K.B.*, C-117/01, CEJ, §§ 20-23, 33.

⁹⁹³ *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 17, 21, 22, 24.

condamner pour la torture du requérant dans une prison de la République moldave de Transnistrie.⁹⁹⁴

16) Le vol en provenance de l'Europe à destination du droit international.

« Le vol en provenance de l'Europe à destination du droit international » est la transposition d'un principe existant dans un système juridique européen au système juridique international par l'intermédiaire d'une cour européenne.

Dans l'affaire *Sürül* sur le droit de recevoir les allocations familiales pour l'épouse d'un étudiant turc en Allemagne, laquelle ne possède qu'une autorisation accessoire de séjour (Aufenthaltsbewilligung) sans autorisation de travailler, on voit deux niveaux de droit : le droit européen qui régule le statut des travailleuses européennes et le droit de l'association CEE-Turquie qui régule le statut des travailleuses turques. Les gouvernements allemand, néerlandais, britannique, français et autrichien soutiennent que les ressortissantes turques sans autorisation de séjour (Aufenthaltsberechtigung) ou permis de séjour (Aufenthaltserlaubnis) ne peuvent pas profiter du régime d'une travailleuse européenne. Le droit commun de l'association de la Communauté économique européenne et de la Turquie est beaucoup moins élaboré. Néanmoins, pour solutionner le litige, les juges prennent la décision d'autoriser la conception de travailleuse qui existe au niveau européen de voler à destination du niveau international, dans ce cas européen-turc, mais potentiellement pour n'importe quel pays en relations similaires avec l'Europe.⁹⁹⁵

29. LA LIBÉRATION SPIRITUELLE PAR LE DON DES AILES

« La libération spirituelle par le don des ailes » est la déclaration judiciaire indiquant que la transposition d'un principe pris dans un autre système juridique est arrêtée puisque le système juridique, dans lequel la partie perdante veut transposer ce principe, est indépendant.

⁹⁹⁴ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, § 319. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 70, 72.1, 72.2. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 83-85, 89, 86, 90 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 96, 110, 111, 115, 116, 167.5, 167.6, 174 ; *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 41- 45, 47, 48, 53, 107, 109, 111, 117 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 81 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, § 59, 61.

⁹⁹⁵ *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 31-33, 60, 62, 63.

Il faut distinguer deux variantes de cette technique sous l'angle du niveau de l'indépendance proclamé et deux variantes dans la perspective de l'identité du système vis-à-vis duquel la résistance a eu lieu.

I. Lumière : le niveau d'indépendance.

« Le niveau d'indépendance » est la force avec laquelle la juge nie la possibilité de la transposition (du vol).

1) L'indépendance.

L'« indépendance » est la proclamation judiciaire indiquant que le système juridique particulier est indépendant. L'« indépendance » présuppose plus de liberté et d'autosuffisance que l'« autonomie ».

L'entreprise Audi essaie d'enregistrer le signe verbal TDI auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur de l'UE. Ce signe est bien enregistré en tant que marque nationale en Allemagne, en Belgique, aux Pays-Bas, en Luxembourg, en France et en Italie. Pour mieux rejeter ce genre d'arguments et pour refuser l'enregistrement, le Tribunal de première instance déclare que l'application de l'ensemble des règles communautaires est « indépendante de tout système national ». ⁹⁹⁶

Dans *Broniowski*, la Cour de Strasbourg explique que le concept de « bien » employé dans l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme est « indépendante de la classification formelle dans le droit domestique ». ⁹⁹⁷

2) L'autonomie.

⁹⁹⁶ *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 19, 40. Voyez également *Lechouritou*, C-292/05, CEJ, §§ 27-29.

⁹⁹⁷ *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 129, 130, 140.

L' « autonomie » est la proclamation judiciaire indiquant que le système juridique particulier est autonome. L' « autonomie » présuppose moins de liberté et d'autosuffisance que l' « indépendance ».

La Cour européenne de justice proclame la nécessité de sauvegarder effectivement l' « autonomie du système juridique communautaire » afin de se libérer de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer. Le gouvernement irlandais a voulu essayer de solutionner le problème de l'usine MOX implantée à Sellafield au bord de la mer irlandaise par la voie d'un recours au Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de cette Convention, mais, selon les juges, un tel mouvement violerait les prérogatives de l'UE et le caractère autonome de son système juridique puisque l'Union a effectivement la compétence dans le domaine de sûreté nucléaire et environnemental.⁹⁹⁸

La Cour européenne des droits de l'homme déclare l'autonomie de l'interprétation du terme « service public » afin de se libérer du terme « service public » des États contractants, et pour réunir sous ce même nom les fonctionnaires, les agentes contractuelles et les autres formes de gens employés par l'État qui ne sont pas toujours considérées comme travailleuses du service public par la pratique régulatrice nationale.⁹⁹⁹

II. Lumière : l'identité du système vis-à-vis duquel la résistance a eu lieu.

« L'identité du système vis-à-vis duquel la résistance a eu lieu » est l'identité du système juridique, transposition d'un principe en provenance duquel, cette dernière est arrêtée par la juge.

1) Le vol au-dessus des esprits du droit national.

« Le vol au-dessus des esprits du droit national » est l'interruption de la transposition d'un principe en provenance du droit national en raison de l'indépendance du système dans lequel la partie perdante veut transposer ce principe.

⁹⁹⁸ *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 14, 19, 72, 130, 132. Voyez également *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 14, 19, 72, 123, 125 ; *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 19, 40.

⁹⁹⁹ *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, §§ 62, 63. Voyez également *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 129, 130, 140.

Le principe régissant le marché intérieur dispose que les droits d'accise sont perçus dans l'État membre où les produits sont acquis. La société EMU Tabac a acquit sa marchandise au Luxembourg au moyen d'une société mandataire pour l'importer, ensuite, au Royaume-Uni. La question qui se pose est : peut-elle payer les droit d'accise au Luxembourg ou doit-elle le faire à Londres car ce qu'elle fait doit être qualifié comme une deuxième acquisition par une entreprise britannique ? EMU Tabac invite l'esprit du droit romain *qui facit per alium facit per se* (qui agit par l'intermédiaire d'un mandataire doit être traité de la même façon que si elle avait agi elle-même) qui habite dans un certain nombre d'ordres juridiques et, notamment, dans l'ordre juridique anglais. De plus, ni la version anglaise de la directive concernée, ni les versions française, italienne, espagnole, allemande, néerlandaise ou portugaise n'excluent la possibilité de recourir à un mandataire. Les chamanes se libèrent de tous ces esprits en déclarant que l'ordre juridique communautaire n'entend pas définir ses qualifications en s'inspirant d'un ordre juridique national ou de plusieurs d'entre eux.¹⁰⁰⁰

Dans *Broniowski*, la Cour de Strasbourg libère les esprits « droit de propriété » et « bien » mentionnés dans la Convention européenne des droits de l'homme de l'esprit de la classification formelle (« bien » en tant qu'objet matériel que l'on possède réellement) habitant dans le droit domestique.¹⁰⁰¹

2) Le vol au-dessus des esprits du droit international.

« Le vol au-dessus des esprits du droit international » est l'interruption de la transposition d'un principe en provenance du droit international en raison de l'indépendance du système dans lequel la partie perdante veut transposer ce principe.

Dans l'affaire sur la volonté du gouvernement irlandais de lutter contre l'usine nucléaire MOX du Royaume-Uni devant le Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la Cour européenne de justice libère le droit européen de cette Convention par l'affirmation que l'article 282 de ladite Convention prévoit que les États

¹⁰⁰⁰ *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 7, 28, 30. Voyer également *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 19, 40.

¹⁰⁰¹ *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 129, 130, 140.

peuvent choisir un instrument régional aboutissant à des décisions obligatoires au lieu du mécanisme des Nations Unies. Selon les chamanes luxembourgeoises, leur Cour est exactement cet instrument régional. La position irlandaise indiquant que son gouvernement ne l'a pas choisi et que l'article 4 de cette Convention prévoit qu'elle prime dans le cas de conflit avec les dispositions juridiques d'une autre organisation internationale, surtout ayant égard au fait que les règles européennes sont beaucoup moins favorables en matière d'environnement, est rejetée.¹⁰⁰²

Dans *Mamatkulov*, les chamanes strasbourgeoises se libèrent du droit international, c'est-à-dire de l'esprit des traités internationaux classiques. Le gouvernement turc affirme que dans le droit international les Cours internationales ne peuvent faire que ce qui est prévu par un traité international. La Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit pas que la Cour de Strasbourg ait le pouvoir d'imposer des mesures intérimaires. Les juges répondent que contrairement aux traités internationaux classiques, la Convention englobe plus d'engagements réciproques entre les États contractants. Elle crée un réseau d'obligations objectives, bilatérales et mutuelles qui bénéficie, selon le Préambule, de l'« enfoncement collectif ».¹⁰⁰³

30. L'AMPUTATION DES AILES

« L'amputation des ailes » est le refus de la part de la juge de transposer un principe en provenance d'un système juridique particulier dans un autre système juridique. La transposition prend fin par la déclaration de la juge selon laquelle cette transposition s'arrête ou ne se déroule pas. Dans le champ empirique de notre recherche, nous avons trouvé neuf variantes de cette technique.

- 1) Le vol en provenance d'une branche du droit à destination d'une autre.



¹⁰⁰² *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 14, 19, 72, 123, 125. Voyez également *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 14, 19, 72, 130, 132.

¹⁰⁰³ *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 100. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 69, 82, 107, 109.

« Le vol en provenance d'une branche du droit à destination d'une autre » est le refus de transposer un principe pris dans une branche du droit particulier vers une autre.

La société EMU Tabac a acquiert sa marchandise en Luxembourg via une société mandataire pour l'importer ensuite au Royaume-Uni. Selon la directive concernée régissant l'imposition dans le marché intérieur, les droits d'accise sont perçus dans l'État membre où les produits sont acquis. La question qui se pose est la suivante : peut-on payer les droits d'accise au Luxembourg ou doit-on le faire au Royaume-Uni car ce qu'on fait doit être qualifié comme deuxième acquisition par une entreprise britannique ? EMU Tabac invite l'esprit du droit romain *qui facit per alium facit per se* (qui agit par l'intermédiaire d'un mandataire, doit être traité de la même façon que si elle avait agi elle-même. Les chamanes répondent que l'esprit *qui facit per alium facit per se* habite dans le domaine du droit civil et, plus particulièrement, dans le domaine du droit des obligations et lui coupent les ailes pour qu'il ne vole pas à destination du droit fiscal.¹⁰⁰⁴

2) Le vol en provenance de l'Europe à destination du droit national.

« Le vol en provenance de l'Europe à destination du droit national » est le refus de transposer un principe existant dans un système juridique d'une institution européenne vers un système juridique national par l'intermédiaire d'une cour européenne.

Dans cette définition nous employons le concept de « système juridique d'une institution européenne » au lieu du concept de « système juridique européen » pour souligner toute la diversité des systèmes juridiques créés par chaque institution. Les institutions différentes peuvent facilement adopter des visions juridiques contradictoires ou ne pas reconnaître la vision d'une autre institution. Après une telle constatation empirique, il serait inexact de parler d'un système européen unifié, au moins avant une décision judiciaire et après une nouvelle déstabilisation spirituelle. Dans les cas où une telle distinction n'est pas pertinente, nous continuerons d'utiliser le concept de « système juridique européen ».

Par exemple, dans *Nachova* les chamanes coupent les ailes de l'esprit de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance du Conseil de l'Europe qui exige que les autorités bulgares

¹⁰⁰⁴ *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 7, 28, 31.

inscrivent dans son Code pénal un article sur la motivation raciste pour un crime. Cette motivation est supposée être interprétée comme une circonstance aggravante. De plus, l'esprit de cette Commission européenne est concerné par l'emploi excessif des armes par la police et demande que le gouvernement bulgare limite l'utilisation des armes strictement aux cas où une telle mesure est vraiment nécessaire.¹⁰⁰⁵

3) Le vol en provenance des États membres à destination de l'Europe.

« Le vol en provenance des États membres à destination de l'Europe » est le refus de transposer un principe existant dans certains systèmes juridiques des États membres au système juridique européen.

Par exemple, dans *Sheffield* les chamanes strasbourgeoises coupent les ailes de l'esprit du droit d'une transsexuelle de changer ses documents en y inscrivant son nouveau sexe après l'opération, lequel veut voler en provenance des 33 États sur 37 du Conseil de l'Europe à destination du droit dudit Conseil. La raison donnée par les juges pour l'amputation est que la pratique de ces 33 États ne concerne que le changement des documents (ce que la partie perdante, en fait, veut), mais ne couvre pas les autres aspects du changement de sexe : le mariage, la filiation, la protection des données. Selon les chamanes, ce sont les situations où la transsexuelle peut être obligée de déclarer son sexe ancien même dans ces 33 États. Autrement dit, même ces 33 États ne donnent pas la possibilité complète de changer les documents.¹⁰⁰⁶

4) Le vol en provenance des États non-européens à destination de l'Europe.

« Le vol en provenance des États non-européens à destination de l'Europe » est le refus de transposer un principe existant dans certains systèmes juridiques des États non-européens au système juridique européen.

¹⁰⁰⁵ *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 35, 52, 58.1-3. Voyez également *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 34, 35, 38, 39, 45, 61, 72, 73, 76 ; *Beard*, 24882/94, CEDH, § 66 (art. 5.2), 70-75, 77, 100, 105.

¹⁰⁰⁶ *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 35, 50, 57. Voyez également *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 34, 35, 38, 39, 45, 61, 72, 73, 76 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 26, 27, 46, 73, 74 ; *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 35, 52, 58.1-3, 59, 79, 128, 137, 138, 140, 141, 143, 147, 157.

Dans l'affaire *McVicar*, la partie perdante invite l'esprit de diffamation habitant dans l'arrêt *New York Times v Sullivan* ((1964) 376 US 254) de la Cour suprême des Etats-Unis qui dit qu'un État ne peut imposer une réparation des préjudices à une diffamatrice en faveur d'une fonctionnaire publique sauf dans les cas où il est prouvé que la diffamatrice a agit en sachant que ses données étaient fausses. Mais les chamanes coupent les ailes de cet esprit en disant que l'article 10 sur la liberté d'expression de la Convention européenne des droits de l'homme est formulé dans des termes plus restrictifs.¹⁰⁰⁷

5) Le vol en provenance de l'Union européenne à destination du Conseil de l'Europe.

« Le vol en provenance de l'Union européenne à destination du Conseil de l'Europe » est le refus de transposer un principe existant dans le système juridique de l'Union européenne au système juridique du Conseil de l'Europe.

Dans l'affaire *Beard* sur l'interdiction pour une famille de roms de vivre sur la terre qu'elles possèdent au titre de propriété privée pour des motifs environnementaux et de sécurité routière et sur l'impossibilité de trouver un auberge ailleurs, les roms font un rituel pour que les esprits d'intégration des roms et de la protection des minorités ethniques habitant dans la Résolution du Parlement européen sur la situation des roms dans la Communauté et dans les « Principes directeurs » de l'Union européenne pour l'amélioration de la situation des roms dans les pays candidats, viennent. L'esprit habitant dans cette Résolution demande aux États membres d'introduire des mesures juridiques, administratives et sociales pour améliorer la situation des roms et des peuples voyageant en Europe et recommande à la Commission européenne, au Conseil de l'UE et aux États membres de faire tout ce qui est dans leur pouvoir pour assister l'intégration économique, sociale et politique des roms avec l'objectif d'éliminer la pauvreté des roms. L'esprit en provenance des « Principes directeurs » demande aux États candidats d'améliorer la situation des roms en suivant les recommandations du Groupe des spécialistes sur les roms du Conseil de l'Europe et les recommandations du Haut Commissaire de l'Organisation pour la sécurité et la

¹⁰⁰⁷ *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 27, 64, 65, 72-75. Voyez également *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 35, 52, 58.1-3, 59, 79, 128, 137, 138, 140, 141, 143, 147, 157.

coopération en Europe, en faisant une telle amélioration une condition d'adhésion à l'Union européenne. Les chamanes coupent les ailes de ces esprits en disant que le consensus international n'est pas suffisamment précis quant aux moyens d'achèvement de cette amélioration des conditions de vie des roms.¹⁰⁰⁸

6) Le vol en provenance du Conseil de l'Europe à destination de l'Union européenne.

« Le vol en provenance du Conseil de l'Europe à destination de l'Union européenne » est le refus de transposer un principe existant dans le système juridique du Conseil de l'Europe au système juridique de l'Union européenne.

Dans l'affaire sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, la Commission européenne, le Parlement européen, les gouvernements belge, danois, finnois, allemand, grec, italien, suédois et autrichien veulent importer tous les esprits de cette Convention au droit communautaire. Ils font une liste de tous les cas où les gens ont vu l'apparition de ces esprits sur la planète du droit de l'UE pour autoriser leur présence légale et permanente :

- ❑ le Préambule de l'Acte unique européen fait référence au respect des droits fondamentaux tels qu'ils sont reconnus dans la Convention ;
- ❑ L'article F (2), après les amendements devenu 6 (2), du Traité sur l'EU de l'édition de 1992 établit que l'EU respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention ;
- ❑ l'article J.1(2) fait également référence aux droits de l'homme et les libertés fondamentales ;
- ❑ l'article K.2(1) fait référence expresse à la Convention dans le domaine de la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures ;
- ❑ le Préambule du Traité parle de la nécessité de préserver la paix et la liberté ;
- ❑ l'article 130u(2) du TCE, à la date, mentionne les droits de l'homme dans la coopération en développement ;

¹⁰⁰⁸ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 66 (article 5.2), 70-75, 77, 100, 105. Voyez également *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 35, 52, 58.1-3, 59, 79, 128, 137, 138. 140, 141, 143, 147, 157 ; *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 33, 57.

- ❑ la référence au respect pour les droits fondamentaux a été faite dans la Déclaration commune jointe du Parlement européen, de la Commission européenne et du Conseil de l'EU sur les droits fondamentaux du 5 avril 1977;
- ❑ la référence au respect pour les droits fondamentaux a été faite dans la Déclaration commune jointe du Parlement européen, du Conseil de l'EU, des États membres et de la Commission contre le racisme et la xénophobie du 11 juin 1986 ;
- ❑ il y a une telle référence dans la Résolution du Conseil de l'EU et des États membres du 29 mai 1990 sur la lutte contre le racisme et la xénophobie ;
- ❑ il y a une telle référence dans la Résolution du Conseil de l'EU et des États membres du 28 novembre 1991 sur les droits de l'homme, la démocratie et sur le développement ;
- ❑ il y a une telle référence dans les Conclusions du Conseil de l'EU et des États membres sur l'exécution de la Résolution du 28 novembre 1991 ;
- ❑ dans la Déclaration du Conseil européen du 14 décembre 1973 sur l'identité européenne ;
- ❑ dans la Déclaration du Conseil européen du 8 avril 1978 sur la démocratie ;
- ❑ dans la Déclaration du Conseil européen du 3 décembre 1988 sur le rôle international de la Communauté ;
- ❑ dans la Déclaration du Conseil européen du 29 juin 1991 sur les droits de l'homme ;
- ❑ dans le *Statement* de l'UE du 11 décembre 1993 à l'occasion du 45^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme ;
- ❑ l'adhésion de tous les États membres de l'UE à la Convention demande également l'adhésion de la Communauté dans tous les domaines de souveraineté transférés à celle-ci.

Les chamanes décident de couper les ailes de la Convention en disant qu'une telle adhésion signifierait un changement substantiel dans le système communautaire de protection des droits de l'homme.¹⁰⁰⁹

7) Le vol en provenance du droit international à destination de l'Europe.

« Le vol en provenance du droit international à destination de l'Europe » est le refus de transposer un principe existant dans un certain système juridique international au système juridique européen.

¹⁰⁰⁹ *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.12-14, 34.

Dans l'affaire *Microsoft* pour la suspension de l'exécution de la décision de la Commission jusqu'à la position finale du Tribunal de première instance, l'entreprise invite l'esprit de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Les juges coupent les ailes de cet esprit au motif que cette invitation ou la référence, n'a été faite que dans les observations supplémentaires, mais est absente dans la requête.¹⁰¹⁰

Dans *l'affaire linguistique belge*, les personnes luttant pour le rétablissement de l'enseignement secondaire public et gratuit en langue française en Flandre, invoquent le rapport de 1956 de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies ainsi que la Convention contre la discrimination dans l'enseignement adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO ; mais les juges coupent les ailes de ces esprits au motif que le champ d'application du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Protocole n° 2 de la Convention européenne des droits de l'homme est beaucoup plus restreint.¹⁰¹¹

8) Le vol en provenance d'un autre système régional à destination de l'Europe.

« Le vol en provenance d'un autre système régional à destination de l'Europe » est le refus de transposer un principe existant dans un autre système juridique régional au système juridique européen.

Dans *Banković* la partie perdante essaie d'inviter l'esprit de la responsabilité extraterritoriale de l'État en provenance de l'arrêt *Coard et al. c. États-Unis* de la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui dit qu'un État est responsable des violations des droits de l'homme fait par son agente à l'étranger, afin d'engager la responsabilité des États de l'OTAN vis-à-vis des massacres de la population civile par bombardement en 1995. Les chamanes coupent les ailes de l'esprit interaméricain en affirmant que, premièrement, la Déclaration américaine des droits et des

¹⁰¹⁰ *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 26, 40, 41, 84, 88, 89.

¹⁰¹¹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IA4.2, IB11.1. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 66 (article 5.2), 69, 70-75, 77, 100, 105 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 143, 152-154. Voyez également *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, §§ 30, 34, 47, 51.1, 60, 61 ; *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 8, 25, 52, 75.2 ; *ibid.*, §§ 26, 27, 48, 78 ; *Nachova*, 43577/98, CEDH, § 79 ; *ibid.* §§ 35, 52, 58.1-3, 59, 79, 128, 137, 138, 140, 141, 143, 147, 157 ; *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 54, 55, 73, 75.

devoirs de l'homme ne contient pas de dispositions limitant explicitement une juridiction extraterritoriale comme c'est le cas dans le cas européen. Deuxièmement, la partie perdante n'apporte aucun arrêt sur l'application de l'article 1 de la Convention américaine des droits de l'homme qui parle des limites de la même manière que l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.¹⁰¹²

9) Le vol en provenance de l'Europe à destination des États non-européens.

« Le vol en provenance de l'Europe à destination des États non-européens » est le refus de transposer un principe existant dans le système juridique européen au système juridique d'un État non-européen.

Les personnes condamnées par une Cour de l'Andorre effectuent leur emprisonnement soit en France, soit en Espagne. La partie perdante en *Drozd* fait valoir que ce fait signifie que les autorités françaises ou espagnoles doivent vérifier, au moins brièvement, le respect de l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme avant de suivre les décisions andorranes. Les juges strasbourgeoises coupent les ailes aux esprits de l'article 6 (1) et ne les laissent qu'à l'esprit du déni flagrant de justice.¹⁰¹³

31. LA RECOMPÉTENCIALISATION

La reconpétencialisation est le transfert de compétence afin de rejeter l'argument de la partie perdante. Comme toujours dans la présente recherche, le point de départ est défini comme la position de la partie perdante et le point d'arrivée est défini comme la position de la juge. Cette technique peut être résumée comme « vous perdez votre affaire, car ce n'est pas moi ni elle qui est compétente, mais celle-ci ».

¹⁰¹² *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 23, 24, 48, 78.

¹⁰¹³ *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1.

Souvent la requalification est accompagnée de ou effectuée complètement par une autre technique judiciaire. Néanmoins, je trouve cet aspect du rituel judiciaire suffisamment important pour le distinguer en tant que technique indépendante. C'est un point qu'on trouve sur le chemin déductif vers une conclusion finale où on observe une lutte des esprits assez spécifiques qui sont intéressés précisément par la requalification. La requalification est une question essentielle qui est soulevée dans un grand nombre d'affaires devant une juge internationale. C'est pourquoi il est intéressant de voir comment elle fonctionne et comment une juriste peut l'employer pour avancer ses sales objectifs.

Il faut distinguer dix variantes dans la perspective de la destination du transfert de compétence et seize variantes sous l'angle du moyen de transport utilisé pour le transfert.

I. Lumière : la destination.

« La destination » est une perspective sur la technique de la requalification qui décrit de qui à qui la compétence est transférée.

1) D'une institution à une autre.

« D'une institution à une autre » est une variation de la requalification où la compétence est transférée d'une institution à une autre institution.

Dans l'affaire *Commission c. Conseil* sur l'adhésion de l'Euratom à la Convention internationale sur la sûreté nucléaire, la Commission européenne attaque le Conseil pour avoir décidé de n'adhérer que dans des limites trop restrictives. Le Conseil produit l'argument qu'il n'y a pas de raison pour la Commission de s'opposer à une telle adhésion puisque cette dernière ne viole ni le traité Euratom, ni n'affecte les règles communes adoptées par la Communauté. Autrement dit, c'est au Conseil de décider du champ de compétence à partager avec l'Agence internationale de l'énergie atomique, dans le cadre duquel cette Convention a été signée. La Commission doit se faire taire, sauf si cette adhésion est incompatible avec le droit européen. Afin de rejeter cet argument, la Cour décide de transférer une partie de la compétence du Conseil à la Commission, ce qui est fait par la formule magique suivante : « il découle du devoir de coopération loyale entre les institutions que la

décision du Conseil portant approbation de l'adhésion à une convention internationale doit permettre à la Commission de se conformer au droit international. »¹⁰¹⁴ Autrement dit, l'esprit « du devoir de coopération loyale entre les institutions » oblige le Conseil à se conformer au désir de la Commission à « se conformer au droit international ».

2) D'une institution européenne vers une institution nationale.

« D'une institution européenne à une institution nationale » est une variation de la recompétencialisation où la compétence est transférée d'une institution européenne à une institution nationale.

Par exemple, l'article 12, paragraphe 2, de l'acte portant élection des représentants à l'Assemblée au suffrage universel direct dispose : « Lorsque la vacance résulte de l'application des dispositions nationales en vigueur dans un État membre, celui-ci en informe [le Parlement] qui en prend acte. » Après la constatation de vacance de siège du député européen Jean-Marie Le Pen par les autorités françaises, le Parlement prend acte de l'annulation de son mandat. Le député destitué déclare que le Conseil d'État français a violé une règle procédurale et que le Parlement, avant l'adoption de cet acte, devait considérer la question sur la régularité de procédure. Finalement, les juges de Luxembourg décide de transférer cette compétence au niveau national en disant que le pouvoir de vérification du Parlement est « particulièrement restreint et se réduit à un contrôle de l'exactitude matérielle de la vacance du siège – sans possibilité de vérifier, notamment, le respect de la procédure prévue par le droit national applicable ou le respect des droits fondamentaux de l'intéressé ». ¹⁰¹⁵

3) D'une institution chez soi.

« D'une institution chez soi » est une variation de la recompétencialisation où la compétence est transférée d'une institution à la cour européenne.

¹⁰¹⁴ *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 64, 69, Hectors, T-181/01, TPI, § 96 ; *ibid.*, §§ 101, 102 ; *ibid.*, §§ 4, 107 ; *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 80, 81 ; *PE c. Reynolds (pourvoi)*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50, 59 ; *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 8, 96 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 256, 261.

¹⁰¹⁵ *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 22, 25, 43, 45, 25, 56. Voyez également *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 10.2, 11.4, 93

Dans *Brasserie du Pêcheur*, le gouvernement allemand soutient que les esprits de l'équilibre institutionnel du droit communautaire et de la répartition des compétences interdisent à la Cour de Luxembourg d'introduire un droit général à la réparation. Une telle démarche pouvait être entreprise, par exemple, par la Conférence intergouvernementale. Les juges répondent à cet obstacle par un transfert de cette compétence chez soi.¹⁰¹⁶

4) Sa compétence à une autre institution.

« Sa compétence à une autre institution » est une variation de la re-compétenciation où la compétence est transférée de la cour européenne à une autre institution.

Dans *Reynolds* sur le licenciement du secrétaire général auprès du Groupe pour l'Europe des démocraties et des diversités au Parlement européen, le Parlement soutient qu'il n'y avait pas de raison pour lui garantir le droit de défense pendant la procédure de licenciement puisqu'une telle consultation préalable n'avait pas pu avoir d'incidence particulière sur la décision finale. Il n'avait plus la confiance du Groupe et, pour cette raison, l'annulation judiciaire de la décision sur le licenciement n'aurait aucun sens. Le Tribunal décide de l'aider en s'abstenant de la question sur l'indice du respect au droit de défense : « il n'appartient pas au Tribunal de rechercher si, en l'espèce, il existait des éléments susceptibles d'avoir une incidence particulière sur le contenu de la décision attaquée. Il convient en effet de relever qu'un tel examen implique nécessairement que le Tribunal se substitue à l'autorité administrative et anticipe le résultat auquel celle-ci parviendrait si elle entendait l'intéressé avant d'adopter éventuellement l'acte faisant grief, ce qui ne saurait être admis ». Donc l'argument du Parlement pour le rejet de la requête de Reynolds est rejeté par le Tribunal exactement au motif de la re-compétenciation : la question sur l'indice est transférée du niveau de la Cour de Luxembourg au niveau de l'institution communautaire.¹⁰¹⁷ Plus tard, la Cour de justice renversera cet arrêt, mais ça ne doit pas nous préoccuper, car nous sommes ici intéressées plus exactement par la technique elle-même.

¹⁰¹⁶ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 33.

¹⁰¹⁷ *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 110, 115. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 157, 202 ; *ibid.*, § 157, 158 ; *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 128, 129.

Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* ayant à l'origine la crise en Irlande du Nord qui durait d'août 1971 à décembre 1975. Au mois de mars 1975 les troubles de ces dernières années en Irlande du Nord avaient fait plus de 1.100 morts et plus de 11.500 blessés, causant aussi des destructions de biens pour un montant supérieur à £ 140.000.000. Face au menace du terrorisme, les autorités britanniques exerçaient en Irlande du Nord une série de pouvoirs « extrajudiciaires » d'arrestation, détention et internement, accompagnés souvent de torture. Le gouvernement irlandais cherche à condamner le Royaume-Uni pour la pratique administrative de la torture. Le gouvernement britannique se défend en disant que les faits soulevés par l'Irlande ne parlent pas de la « pratique administrative » et ne représentent que des cas individuels où une solution adéquate a déjà été trouvée par les cours nationales. Donc, la requête doit être rejetée, mais la Cour de Strasbourg répond à ce point par la recompétencialisation. Elle explique que le champ de l'affaire a été défini par la Commission européenne des droits de l'homme et la seule tâche qui reste aux juges est de statuer sur l'allégation de cette pratique administrative. Autrement dit, les juges justifient ce qu'elles font par la référence à la compétence de cette Commission et à l'absence de sa propre compétence.¹⁰¹⁸

5) Sa compétence à destination du niveau national.

« Sa compétence à destination du niveau national » est une variation de la recompétencialisation où la compétence est transférée de la cour européenne à destination du niveau national.

L'affaire *Lechouritou* s'agit de la question de savoir si on peut recevoir l'indemnisation des dommages-intérêts de la part de l'Allemagne pour le massacre des 676 habitantes de la municipalité de Kalavrita, en Grèce, qui a eu lieu le 13 décembre 1943, dans le cadre d'un procès judiciaire civil en vertu de la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Les proches des victimes soutiennent que l'affaire est civile et pour cela gouvernée par la Convention de Bruxelles. Mais les juges recompétencialisent la situation en la renvoyant au niveau national. Elles déclarent que le massacre a été conduit officiellement par les autorités allemandes. Donc l'affaire se trouve dans le domaine de la politique de défense où la Convention de Bruxelles n'est pas applicable.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁸ *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 11, 12, 110-113, 116, 140, 141, 143, 147, 156, 157, 159.

¹⁰¹⁹ *Lechouritou*, C-292/05, CEJ, §§ 9, 27, 37, 41-43, *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 19, 41.

Dans *Perez*, la partie perdante fait valoir que l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, garantit le droit au procès équitable et notamment à la réponse de la cour suite à ses arguments. Elle a invoqué une violation des articles 592, 575-6, 593 et 646 du Code de procédure pénale devant la Cour de cassation française, mais cette dernière n'a retenu que les articles 485 et 183 dudit code. Les chamanes strasbourgeoises décident de renvoyer la compétence pour juger tel genre d'affaire au niveau national en concluant qu'il n'appartient pas à elles de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où ces erreurs pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la CEDH.¹⁰²⁰

6) La compétence d'État membre vers l'Europe.

« La compétence d'État membre vers l'Europe » est une variation de la re-compétencialisat[i]on où la compétence est transférée d'État membre à destination du niveau européen.

Par exemple, par l'arrêt *Van Duyn*, la Cour de justice donne l'effet direct aux directives, ce qui transfère une certaine compétence du niveau national au niveau européen.¹⁰²¹

Par l'arrêt *Czekalla*, la Cour de Strasbourg transfère indirectement la compétence vers le niveau européen en matière d'effets rétroactifs de la jurisprudence de Cours constitutionnelles. La Cour des droits de l'homme commence à analyser les omissions d'une avocate financée par des fonds publics à la lumière rétroactive d'une décision récente de la Cour constitutionnelle portugaise, malgré le fait que cette dernière n'ait pas donné un tel effet à son arrêt. La requérante pouvait toujours essayer de revenir avec cette question au niveau national. Les juges strasbourgeoises également élargissent la responsabilité d'État contractant à l'omission ou à la négligence d'une avocate indépendante payée par l'État.¹⁰²²

¹⁰²⁰ *Perez*, 47287/99, CEDH, §§ 77, 82, 83. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1 ; *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 12, 19, 31, 46, 47, 110 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 119-121 ; *ibid.*, § 125. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, § 212, 214.1-4.

¹⁰²¹ *Van Duyn*, 41-74, CEJ, § 2, 3, 10, 11, 14. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 65, 89 ; *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 28, 34 ; *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 28, 36 ; *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 22. II. A ; *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 7, 15, 65, 90 ; *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 25 ; *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 58, 59, 61, 63, 64.

¹⁰²² *Czekalla*, 38830/97, CEDH: 51, §§ 44, 47-70. Voyez également *Sporrong*, 7151/75, CEDH, § 67.3, 68.

7) La compétence d'un État associé à l'Europe vers l'Europe.

« La compétence d'un État associé à l'Europe vers l'Europe » est une variation de la re-compétencialisatión où la compétence est transférée d'un État associé à l'Europe vers le niveau européen.

Par exemple, selon l'article 25 de l'Accord d'association CEE-Turquie, tout différend concernant l'application ou l'interprétation de cet accord peut être soumis au Conseil d'association qui, à son tour, peut le transférer à la Cour européenne de justice ou à une autre juridiction. En réalité, cette procédure donne à la Turquie qui est présente au Conseil d'association, le droit de veto pour une procédure judiciaire quelconque visant à interpréter l'Accord. L'association donne la possibilité aux marchandises turques d'être importée en Europe à des conditions très favorables. Par contre, si une marchandise turque possède en son sein des composants en provenance des pays tiers, l'entreprise concernée doit payer un prélèvement compensateur. Le gouvernement turc a adopté le décret 92/3177 prévoyant qu'un prélèvement compensateur ne devait être perçu sur des composants d'origine tierce intégrés dans les téléviseurs à destination de la Communauté que s'il ressortait que la valeur de ces composants était supérieure à 56 %. De plus, le décret 92/3127 introduisait un taux nul pour l'importation de tubes cathodiques pour téléviseurs couleur en provenance de pays tiers. Dans l'affaire qui oppose une importatrice de ces téléviseurs à la Commission qui a décidé de la sanctionner, la Cour de justice décide de transférer la compétence de la Turquie au niveau européen afin de statuer sans, demande du Conseil d'association sur l'application du droit de l'association. Les juges luxembourgeoises constatent que la Turquie a violé l'article 3, paragraphe 1, du Protocole additionnel à l'Accord et la décision n° 2/72 du Conseil d'association.¹⁰²³

8) La compétence internationale vers l'Europe.

« La compétence internationale vers l'Europe » est une variation de la re-compétencialisatión où la compétence est transférée du niveau international à destination du niveau européen.

¹⁰²³ *Kaufring*, T-186/97, TPI, § 238, 240, 243, 244, 249, 250, 254, 256.

Par exemple, par l'arrêt *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, la Cour de Luxembourg interprète le Traité CE et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et arrive à la conclusion que c'est bien elle-même qui a la compétence pour régler les conflits entre les États membres sur la base de cette Convention, et non le Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de cette dernière. Malgré le fait que l'Euratom qui définit la compétence de Bruxelles en matière de sécurité nucléaire n'est pas une partie de la Convention, la Cour de Luxembourg pense qu'elle est compétente car le Traité CE lui donne la compétence en matière d'environnement, ce qui couvre également les questions sur la sécurité nucléaire.¹⁰²⁴

Par l'arrêt *Ždanoka*, la Cour de Strasbourg déclare que le Protocole secret au Pacte Molotov-Ribbentrop était contraire aux principes du droit international.¹⁰²⁵

9) La compétence de l'UE vers le CdE.

« La compétence de l'UE vers le CdE » est une variation de la re-compétencialisat[i]on où la compétence est transférée de l'Union européenne à destination du Conseil de l'Europe.

Par exemple, dans *Matthews* la Cour de Strasbourg déclare qu'elle a la compétence de recevoir les plaintes basées sur l'allégation de violation du droit à l'élection au Parlement européen.¹⁰²⁶

10) La compétence de la cour nationale vers l'administration nationale.

« La compétence de la cour nationale vers l'administration nationale » est une variation de la re-compétencialisat[i]on où la compétence est transférée de la cour nationale à destination de l'administration nationale.

¹⁰²⁴ *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 69, 70, 72-74, 104, 94, 95. Voyez également *ibid.*, §§ 14, 19, 72, 130, 132. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 274, 275.

¹⁰²⁵ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, §§ 119-121. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, § 340 ; *ibid.*, §§ 34, 99, 100, 150, 151, 292, 357.1, 357.3, 357.4, 391.

¹⁰²⁶ *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 26, 33, *Ormsby*, 18357/91, CEDH, §§ 43-45.

Le Tribunal des Cours d'Andorre ne comprend que des juges nommées par les gouvernements français et espagnol. Les prisonnières passent leur peine de prison dépassant les 3 mois, soit en France, soit en Espagne. La question se pose est-ce que ces juges doivent assurer le respect des droits de l'homme malgré le fait que l'Andorre n'est pas un État contractant, mais elle reconnaît le « droit de justice » sur son territoire à la Co-Princesse française, la Présidente de France. La Cour de Strasbourg répond que non, les juges nommées par le gouvernement français ne sont pas obligées d'agir en conformité avec les droits de l'homme, mais l'administration, par exemple française, qui gère les prisons doit refuser d'exécuter une décision judiciaire andorrane qui résulte d'un déni de justice flagrant. Donc, on voit ici un transfert de compétence d'une cour andorrane-française-espagnole à l'administration nationale.¹⁰²⁷

II. Lumière : le moyen de transport.

Le moyen de transport est la raison pour laquelle le transfert de la compétence a été effectué. Les moyens de transport peuvent représenter en soi soit une variante strictement attachée à la re-compétencialisatión, soit une variante d'une autre technique. Il n'y a pas de frontière stricte entre les techniques. Les catholiques, ont-elles un Dieu ou trois ? La Vierge Marie, est-elle une Déesse ?

1) La formalitisation.

La formalitisation est la re-compétencialisatión techniquement basé sur une disposition juridique considérée par la partie perdante en tant que formalité ou comme promotion des formalités.

Par exemple, dans *Lechouritou* la Cour de Luxembourg décide que le droit civil dans la mesure où il est couvert par le droit européen, c'est-à-dire, par la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, n'est pas applicable aux matières de massacres collectifs, car ils font partie de la politique de défense qui n'appartient qu'aux États membres. Si on mettait à côté les formalités, on pourrait facilement dire que, dans la mesure où la politique de défense entre dans le champ du droit civil au moyen du

¹⁰²⁷ *Droz*, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1.

massacre collectif, la Convention de Bruxelles lie l'État membre dans la mesure où il a violé le droit civil européen sans le condamner à l'égard de son choix stratégique au niveau de défense.¹⁰²⁸

Dans *Ždanoka*, la grande Chambre de la Cour de Strasbourg limite sa compétence en faveur des États contractants par rapport à la décision de sa Chambre, en reconnaissant le pouvoir du Parlement national d'introduire d'autant des limites au droit d'être élue qu'il veut sans la nécessité d'individualiser ces limites formelles devant une cour nationale ou devant la Cour de Strasbourg, à la seule condition qui reste dans les mains strasbourgeoises que ces limites doivent rester proportionnées.¹⁰²⁹

2) La « est demeurée dans les limites des compétences »-isation.

La « est demeurée dans les limites des compétences »-isation est la recompetencialisation accompagnée de la déclaration judiciaire que certains mouvements d'une entité sont « demeurés dans les limites des compétences » de ladite entité.

Par exemple, dans l'affaire sur l'interdiction du Groupe des députées indépendantes au Parlement européen, les députées concernées font valoir que la Commission parlementaire des affaires constitutionnelles n'était pas compétente pour prendre une décision particulière concernant la contradiction entre la fondation de ce Groupe et les « affinités politiques » (leur absence) mentionnées comme une condition de cette fondation à l'article 29 du Règlement du PE. Le Tribunal de première instance répond que cette Commission « est demeurée dans les limites des compétences ».¹⁰³⁰

3) Le « il n'appartient pas de se substituer »-isation.

¹⁰²⁸ *Lechouritou*, C-292/05, CEJ, §§ 9, 27, 37, 40-43. Voyez également *PE/Reynolds*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50, 59 ; *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 65, 89 ; *ibid.*, §§ 7, 15, 65, 90.

¹⁰²⁹ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 125.

¹⁰³⁰ *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 256, 261.

Le « il n'appartient pas de se substituer »-isation est la recompétencialisation accompagnée de la déclaration judiciaire qu' « il n'appartient pas » à la cour « de se substituer » à l'appréciation d'une autre entité à laquelle la compétence est transférée.

Dans la procédure du pourvoi *Baustahlgewebe*, la Cour de justice transfère toute la compétence en matière du bien-fondé du montant des amendes infligées par la Commission européenne à des entreprises en raison de la violation, par celles-ci, du droit de concurrence au Tribunal de première instance, et limite la sienne à évaluer dans quelle mesure le Tribunal a pris en considération les facteurs essentiels pour apprécier la gravité d'un comportement anticoncurrentiel et à vérifier si le Tribunal a répondu à suffisance de droit à l'ensemble des arguments invoqués par la requérante. La recompétencialisation est justifiée par la formule « il n'appartient pas de se substituer » à l'appréciation du Tribunal.¹⁰³¹

Quand l'Irlande attaque le Royaume-Uni devant la Cour de Strasbourg en soutenant que les mesures extrajudiciaires provoquant la pratique administrative de la torture des suspects n'étaient pas nécessaires dans le sens de l'article 15 de la CEDH sur la dérogation en cas d'état d'urgence, appliquée à l'Irlande du Nord pendant la crise terroriste d'août 1971 à décembre 1975, les juges décident de transférer la compétence à Londres par la même formule « il n'appartient pas de se substituer » au choix de la mesure par les autorités nationales de ce que pouvait être la plus sage ou la plus opportune des politiques de lutte contre le terrorisme. Ces mesures ont compris, par exemple, le décret n° 10 qui permettait d'arrêter une personne qu'on ne soupçonnait nullement d'un crime, d'un délit ou de menées nuisibles à la paix et à l'ordre public, dans le seul but de se procurer auprès d'elle des renseignements sur des tiers. La compétence européenne devient, donc, limitée au contrôle de la régularité, au regard de la Convention, des actions effectuées par l'administration britannique du niveau inférieur à compter du 9 août 1971.¹⁰³²

4) La question d'interprétation du droit national.

¹⁰³¹ *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 128, 129, Hectors, T-181/01, TPI, §§ 4, 5, 107 ; *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 110, 115 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 157, 158 ; *ibid.*, §§ 157, 202 ; *Le Pen*, T-353/00, TPI, § 93.

¹⁰³² *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 212, 214.1, 214.2, 214.4. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 110, 111, 113, 116, 140, 141, 143, 147, 156.1, 156.2, 157, 159.

« La question d'interprétation du droit national » est le transfert de la compétence à destination du niveau national accompagnée de la déclaration judiciaire indiquant que la question transférée est une « question d'interprétation du droit national ». La « question d'interprétation du droit national » en soi est un esprit spécifique pour la technique de requalification.

Par exemple, dans *Perez*, la partie perdante dit qu'elle a déposé une requête auprès de Cour de cassation française relative à une violation des articles 592, 575-6, 593 et 646 du Code de procédure pénale, mais cette dernière a considéré les articles 485 et 183. Elle continue et dit que ce fait doit être jugé de violation de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, garantissant le droit au procès équitable et notamment à la réponse de la cour à ses arguments. La Cour de Strasbourg décide de transférer la compétence sur la requalification des articles au niveau national en disant que c'est une question d'interprétation du droit national.¹⁰³³

5) La marge d'appréciation.

«La marge d'appréciation » est la requalification effectuée soit par la déclaration de la présence d'une « marge d'appréciation », soit par la déclaration de son absence ou de son caractère limité. La marge d'appréciation est un type d'esprit qui transporte la compétence.

Par exemple, dans l'affaire sur le licenciement du secrétaire général du Groupe pour l'Europe des diversités et des démocraties, le Tribunal de première instance dit que, malgré le fait que le Parlement européen ne possède « aucune marge d'appréciation » quant à la mise en œuvre de la demande du groupe politique de licencier son secrétaire général, cela ne le dispense « aucunement » de l'obligation de motiver le licenciement. Alors, il y a lieu de constater un transfert de compétence d'un groupe politique à destination du secrétaire général du Parlement européen.¹⁰³⁴

Dans *Ždanoka*, la question se pose de savoir si l'interdiction à vie ou, au moins, pour une période indéterminée de se présenter aux élections parlementaires aux anciens membres actifs du Parti communiste letton qui n'avaient pas quitté ce parti après l'agression de l'armée soviétique contre les manifestantes lituaniennes le 13 janvier 1991, imposée rétroactivement en 1995, est compatible

¹⁰³³ *Perez*, 47287/99, CEDH, §§ 82, 83. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1.

¹⁰³⁴ *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 8, 96, Hectors, T-181/01, TPI, §§ 101 § 102.

avec le droit d'être élue. La Cour de Strasbourg décide de transférer la compétence en la matière au niveau national et justifie cette démarche par une « ample marge d'appréciation » dont dispose l'État letton en vertu du « contexte politico-historique très spécifique ».¹⁰³⁵ Autrement dit, la compétence est transportée par l'esprit de la marge d'appréciation qui est, à son tour, autorisé par l'esprit du « contexte politico-historique très spécifique ».

6) La question d'interprétation du droit européen.

« La question d'interprétation du droit européen » est le transfert de la compétence à destination du niveau européen accompagné de la déclaration judiciaire indiquant que la question transférée est une « question d'interprétation du droit européen ». La « question d'interprétation du droit européen » en soi est un esprit spécifique pour la technique de recompétencialisation.

Par exemple, dans *Francovich*, la Cour de Luxembourg décide que la transposition de la directive doit être contrôlée au niveau européen car c'est une question d'interprétation du droit européen.¹⁰³⁶

7) « Néanmoins utile de rappeler les circonstances à prendre en considération ».

« Néanmoins utile de rappeler les circonstances à prendre en considération » est un transfert indirect de la compétence où cette démarche est effectuée sans l'accentuer de manière expresse. C'est, par exemple, la décision judiciaire européenne indiquant quelles circonstances et avec quel coefficient de pondération doivent être prises en considération par une autre entité qui a eu auparavant la compétence de le décider de manière autonome. Bref, c'est une décision judiciaire sur une question qui n'était pas normalement considérée comme entrant dans la liste des problèmes sur lesquels cette cour se prononce, présentée comme si rien ne s'était passé.

Par exemple, dans *Brasserie du Pêcheur*, la Cour de justice ne se limite pas juste à l'interprétation des dispositions du droit communautaire, ce qui est exprimé par la formule magique « la Cour ne

¹⁰³⁵ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, §§ 119-121.

¹⁰³⁶ *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 28, 34, 36. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 25 ; *ibid.*, §§ 24, 33 ; *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 22. II. A ; *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 2, 10, 11 ; *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 14, 19, 72, 130, 132.

saurait substituer son appréciation à celles des juridictions nationales, seules compétentes pour établir les faits des affaires au principal et pour caractériser les violations du droit communautaire en cause », mais va beaucoup plus loin, commence l'appréciation des faits et donne des ordonnances à la cour nationale de manière indirecte et mais obligatoire. Cette dernière démarche est exprimée par la formule magique qu'il est « néanmoins utile de rappeler certaines circonstances dont les juridictions nationales pourraient tenir compte » menant à la conclusion que les autorités allemandes ont violé le droit communautaire de façon manifeste et caractérisée,¹⁰³⁷ ce qui n'était pas demandé par la juridiction de renvoi.

Dans l'affaire *Sporrong*, il y a deux visions quant au pouvoir des autorités suédoises de proroger les permis d'expropriation de certaines maisons à Stockholm. Selon la première vision, la Loi sur l'expropriation ne visait pas une possibilité de la prorogation. Selon la deuxième vision, habilité à fixer la durée du permis initial, le gouvernement aurait aussi probablement la compétence, en l'absence de texte de sens contraire, pour la prolonger. Ici, le transfert de compétence, comme dans l'exemple avec la Cour de Luxembourg, se passe également en deux étapes. D'abord on constate que le lieu de la compétence pour résoudre cette question se trouve au niveau national, ce qui est exprimé par la formule magique indiquant que la Cour de Strasbourg « n'estime pas devoir trancher cette controverse relative à l'interprétation du droit suédois ». Ensuite, on voit la formule magique « Même si les permis litigieux n'allaient pas à l'encontre de ce dernier, leur conformité avec lui ne prouve pas leur compatibilité avec le droit garanti par l'article 1 » du Protocole n° 1 de la CEDH. En fait, « Même si les permis litigieux n'allaient pas à l'encontre » du droit national, cela signifie que la Cour de Strasbourg estime quand même que ces permis vont à l'encontre du droit suédois.¹⁰³⁸

8) La décision judiciaire.

« La décision judiciaire » est le transfert de la compétence à destination d'une cour accompagné de la déclaration judiciaire indiquant que la question transférée est une question « judiciaire ».

Par exemple, dans *Van Duyn*, le gouvernement britannique fait valoir que c'est au Conseil de la Communauté de choisir si son acte juridique doit être directement applicable ou non, si il doit agir

¹⁰³⁷ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 58, 59, 61, 63, 64.

¹⁰³⁸ *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 67.3, 68.

par la voie d'un règlement ou d'une directive. La Cour de Luxembourg rejette cette position en déclarant que la question des effets d'une directive adoptée, mais non transposée, est une question « judiciaire ».¹⁰³⁹

9) La décision politique.

« La décision judiciaire » est le transfert de la compétence à destination d'une entité non-judiciaire accompagné de la déclaration judiciaire indiquant que la question transférée est une question « politique ».

Par exemple, dans *Beard* où une famille des roms possède une terre en tant que propriété privée et sur la quelle elle veut construire sa maison, les autorités britanniques imposent l'interdiction de le faire pour la raison suivante : « S'agissant de la sécurité routière, vous suggérez d'user de bon sens. Cinderbarrow Lane est une simple voie de quelque 2 km de long, pour l'essentiel étroite et formant un certain nombre de virages. A plusieurs endroits, deux voitures ne peuvent se croiser. Les haies longeant la voie bouchent la vue dans les virages ; des modifications de la haie le long du site pourraient faire une différence mais, selon moi, cela n'améliorerait pas beaucoup la situation dans son ensemble. La voie débouche d'un côté sur la route A6070 ; la visibilité au croisement est nettement inférieure aux normes recommandées dans la directive d'aménagement 13. De l'autre côté, l'accès à l'autoroute M6 et la sortie de celle-ci peuvent se faire soit par Tarn Lane, avec une visibilité adéquate, soit directement par Cinderbarrow Lane. La visibilité au croisement de cette voie et de la route principale est nettement inférieure aux normes recommandées. <Le premier requérant> déclare qu'il n'utilise que l'accès par Tarn Lane, mais j'estime que d'autres personnes peuvent tout à fait utiliser les autres carrefours, soit pour des raisons pratiques soit parce qu'elles ne se rendent pas compte des différences de visibilité entre les trois carrefours. ». Cette famille ne trouve pas de place légale ailleurs en raison de revenus modestes. Elles soutient que le gouvernement britannique a violé le droit au respect de son domicile dans le sens de l'article 8 de la CEDH, mais la Cour de Strasbourg décide de recompétencialiser cette question en faveur de Londres en déclarant que la question de domicile des roms est « politique ».¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁹ *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 2, 3, 10, 11, 14. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 25.

¹⁰⁴⁰ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 12, 19, 31, 46, 47, 110.

10) Boumerang.

Le « boumerang » est le renvoi de la compétence effectué par la juge à l'entité qui a pensé qu'elle avait transféré ladite compétence à une autre entité dans le passé, justifié par la formule magique « si vous avez librement transféré votre compétence à une autre entité, vous restez responsable de l'utilisation de cette compétence par l'autre entité ».

Dans *Matthews*, le gouvernement britannique pense qu'il a transféré toute sa compétence quant à l'organisation géographique des élections au Parlement européen au niveau de la Communauté économique européenne et n'a pas de compétence pour s'opposer unilatéralement aux décisions de celle-ci. L'annexe II de l'Acte portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct énonce : « le Royaume-Uni appliquera les dispositions du présent acte uniquement en ce qui concerne le Royaume-Uni ». C'est la raison pour laquelle les élections européennes ne sont pas organisées à Gibraltar. Les anglaises soutiennent que c'est décidé au niveau européen et elles ne peuvent rien faire. La Cour de Strasbourg répond qu'en vertu du fait que le Royaume-Uni a librement souscrit à l'ordre juridique communautaire, il reste responsable de ce que cette organisation internationale fait. Autrement dit, la compétence dans ce domaine est revenue comme un boumerang.¹⁰⁴¹

11) Le devoir de coopération loyale.

« Le devoir de coopération loyale » est le transfert de la compétence d'une entité à une autre, justifié par la déclaration judiciaire indiquant que la première entité a le devoir de coopérer loyalement avec la deuxième.

Dans l'affaire *Commission c. Conseil* sur l'adhésion de l'Euratom à la Convention internationale sur la sûreté nucléaire, le Conseil fait valoir que la Commission n'a pas la compétence de lui l'attaquer pour son choix politique et discrétionnaire de n'adhérer que partiellement à ce mécanisme international. Pour faire face à cette position, la Cour de Luxembourg jette la formule magique suivante : « il découle du devoir de coopération loyale entre les institutions que la décision du

¹⁰⁴¹ *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 18, 26, 33.

Conseil portant approbation de l'adhésion à une convention internationale doit permettre à la Commission de se conformer au droit international. »¹⁰⁴² Autrement dit, en raison du devoir de coopération loyale, le Conseil transfère une partie de sa compétence à la Commission.

12) « Généralement reconnu ».

« Généralement reconnu » est la recompétencialisation accompagnée de la déclaration judiciaire indiquant que la pratique recompétencialisée est « généralement reconnue » en tant que légitime. La pratique recompétencialisée est l'application de la compétence par une entité dont l'appartenance à cette entité est discutable.

Par exemple, dans *Ždanoka* la Cour de Strasbourg se transfère la compétence d'apprécier la conformité de certains traités internationaux (le Protocole secret au Pacte Molotov-Ribbentrop sur le partage des pays-tampons, en l'espèce) aux principes du droit international, car ces derniers sont « généralement reconnus ». ¹⁰⁴³

13) La concrétisation.

La concrétisation est la recompétencialisation légitimée par le fait que la juge décrit précisément les aspects transférés et les aspects non-transférés se trouvant dans le même domaine de compétence.

Par exemple, la Cour de Strasbourg dit sur les obligations positives de la Moldavie de rétablir le respect des droits fondamentaux à la Transnistrie, que le gouvernement moldave était obligé de s'abstenir du soutien au régime séparatiste de la République moldave de Transnistrie, d'une part, et, d'autre part, qu'il devait agir et prendre toutes les mesures à sa disposition, politiques, juridiques ou autres, en vue de rétablir son contrôle sur ce territoire. La Cour laisse une compétence à la Moldavie de choisir librement quelles sont les mesures les plus appropriées à cette fin ainsi qu'évaluer leur

¹⁰⁴² *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 64, 69.

¹⁰⁴³ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, §§ 119-121.

suffisance. Donc, le transfert de la compétence en provenance du niveau national vers le niveau européen est effectué et légitimé par la voie de concrétisation.¹⁰⁴⁴

14) La construction de l'antagonisme antihierarchique.

La construction d'antagonisme antihierarchique est exactement la même chose que la combinaison de la variante « les esprits détachables et remplaçables » sous l'angle « la relation entre l'esprit vainqueur et l'esprit perdant » et de la variation « la hierarchie des amulettes » dans la perspective « la raison de la victoire » du type « l'esprit vainqueur », mais appliquée pour des objectifs spécifiquement recompetencialisations.

Par exemple, dans *Hectors*, on observe un transfert de compétence de la Présidente du Parlement européen en faveur du Conseil de l'UE, justifié par l'ordre hierarchique qui ne peut être violé ou, autrement dit, par une construction de l'antagonisme entre dispositions liées par des relations hierarchiques. Dans la lettre du 14 juin 2001 du Président du PE au président de la Commission de recrutement, le chef de l'institution explique que les agentes temporaires auprès des groupes politiques « sont désormais recruté[e]s selon des procédures analogues à celles mises en place pour le recrutement des fonctionnaires ». Le Tribunal de première instance déclare que cette lettre est en contradiction avec les Conditions du recrutement d'autres agentes de la CE, adoptées par le Conseil de l'EU,¹⁰⁴⁵ malgré le fait qu'en réalité ces Conditions ne précisent pas cette question.

==

32. L'ABUS DES SIGNES

« L'abus des signes » spirituels est le choix d'un petit détail pour dire qu'il exprime la volonté des esprits (il représente un principe juridique suprême sous-jacent).

¹⁰⁴⁴ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, § 340. Voyez également *ibid.*, §§ 34, 99, 100, 150, 151, 292, 357.1, 357.3, 357.4. 391 ; *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, § 58.

¹⁰⁴⁵ *Hectors*, T-181/01, TPI, § 96. Voyez également *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 93.

1) Un mot dans le texte.

La variante « un mot dans le texte » est le choix d'un mot dans le dispositif afin de dire qu'il exprime la volonté des esprits (il représente un principe juridique suprême sous-jacent).

Par exemple, le Conseil de l'Euratom décide d'adhérer à la Convention sur la sûreté nucléaire adoptée dans le cadre de l'Agence internationale de l'énergie atomique. L'article 30, paragraphe 4, sous iii), de la Convention relate que : « En devenant partie à la présente convention, une telle organisation communique au dépositaire <...> une déclaration indiquant <...> quels articles de la présente convention lui sont applicables <...> ». Le Conseil déclare que ce n'est que l'article 15 sur la radioprotection et l'article 16 (2) sur la communication des plans d'urgence radiologique à la population et aux États avoisinant l'installation nucléaire concernée qui sont applicables à l'Euratom. La Commission commence un procès contre cette déclaration afin d'élargir la liste d'articles à l'article 1 sur les objectifs de la Convention, à l'article 2 sur la définition des termes de la Convention, à l'article 3 sur l'application de cette Convention à la sûreté des installations nucléaires, à l'article 4 sur la transposition de la Convention dans le droit interne, à l'article 5 sur le rapport des mesures prises par la partie à la Convention pour remplir ses obligations, à l'article 7 sur l'établissement du cadre juridique pour régir la sûreté des installations, à l'article 14 sur les vérifications des constructions nucléaires, à l'article 16 (1) sur les plans d'urgence et (3) sur les plans d'urgence pour les États non nucléaires, à l'article 17 sur le choix de site nucléaire, à l'article 18 sur la conception et sur la construction, à l'article 19 sur l'exploitation des installations nucléaires. Le contre-argument du Conseil consiste en ce que la Communauté n'a pas de compétence au sens de ces articles avancés par la Commission. Afin d'accroître les obligations de l'Euratom en vertu de cette Convention, les chamanes prennent la phrase « articles <...> applicables » de l'article 30 de la Convention comme un signe à prendre afin de l'abuser et disent, ensuite, que ce signe « vise tous les articles qui s'imposent juridiquement à une partie contractante, y inclus les articles qui ne créent ni droits ni obligations et à l'égard desquels ne se pose donc pas la question de la compétence de l'organisation régionale ». ¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁶ *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 34, 43, 44, 49. Voyez également *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 3, 82 ; *ibid.*, §§ 22, 25, 92 ; *ibid.*, §§ 10.2, 11.4, 93 ; *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 50, 51 ; *ibid.*, §§ 22, 44, 52, 53 ; *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 48-50 ; *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 40, 41 ; *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 100, 101, 104, 105 ; *ibid.*, §§ 14, 19, 72, 123, 125 ; *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 17, 27 ; *Commission c. Autriche*, C-437/03, CEJ, §§ 33-35 ; *Leitner*, C-168/00, CEJ, §§ 6, 10, 16, 23 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 86, 87 ; *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 23-25.

Dans l'affaire *Banković*, la Cour de Strasbourg choisit le mot « européen » dans le terme « l'ordre public européen » en tant que signe à abuser. Ensuite, les juges écrivent que le mot « européen » signifie que la portée de la Convention européenne des droits de l'homme est régionale et que les actions extraterritoriales des États contractants ne sont pas couvertes par ce document.¹⁰⁴⁷

2) Un mot dans le Préambule.

La variante « un mot dans le Préambule » est le choix d'un mot dans le Préambule afin de dire qu'il exprime la volonté des esprits (il représente un principe juridique suprême sous-jacent).

Par exemple, le gouvernement turc fait valoir que dans le droit international une Cour internationale ne peut consacrer plus de pouvoir que ce qu'il y a de prévu dans le Traité concerné. La Convention européenne des droits de l'homme ne comprend pas de dispositions sur des mesures intérimaires et alors la Cour de Strasbourg ne peut les imposer. Les juges reprennent les mots « à assurer la garantie collective » dans le Préambule afin d'abuser ce signe en disant qu'il signifie que cette Convention n'est pas un « traité international classique » et, par conséquent, engage plus de responsabilité réciproque.¹⁰⁴⁸

3) Le mot « autre ».

La variante « le mot « autre » » est le choix du mot « autre » dans le texte afin de dire qu'il exprime la volonté implicite des esprits d'incorporer une circonstance ou un principe supplémentaire dans la régulation juridique et que la juge comprend précisément cette volonté.

Par exemple, le Conseil de l'Euratom considère que l'Euratom n'a pas de compétence dans le sens de l'article 14 sur l'évaluation et la vérification de la sûreté des installations nucléaires de la Convention sur la sûreté nucléaire adoptée dans le cadre de l'Agence internationale de l'énergie atomique. La Cour de Strasbourg met en lumière l'article 4 de cette Convention en vertu duquel les

¹⁰⁴⁷ *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 79, 80.1. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 61.2 ; *ibid.*, §§ 58, 62 ; *ibid.*, §§ 70, 71, 72.2 ; *ibid.*, §§ 97, 98.1, 102.3. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.3.1, B3.2 ; *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 63, 66.

¹⁰⁴⁸ *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 100.

obligations que celle-ci impose aux parties contractantes peuvent être mises en œuvre non seulement par des mesures législatives et réglementaires, mais aussi par des mesures administratives et d'autres dispositions. Ensuite, les chamanes se rattachent au mot « autre » choisi en tant que signe spirituel les guidant vers la conclusion que l'application de la Convention peut ainsi requérir l'adoption de mesures n'ayant pas un caractère impératif pour leurs destinataires, telles que des recommandations.¹⁰⁴⁹ Ce qui signifie que l'Euratom adhère à cet article par la décision judiciaire.

4) L'absence de mots particuliers.

La variante « l'absence de mots particuliers » est le raisonnement judiciaire ayant pour but l'explication de ce qui devrait être exprimé par l'absence de mots particuliers dans le texte.

Ce raisonnement ne doit pas être assimilé avec la variante « le texte ne le prévoit pas » du type d'interprétation « cette idole est un bout de bois » car l'absence des mots particuliers n'est pas employée afin de restreindre l'interprétation judiciaire du texte même, mais de donner à cette absence un sens.

Dans *Sürül* les gouvernements allemand, français, néerlandais, autrichien et britannique soutiennent que l'article 3 sur l'égalité de traitement des travailleuses, paragraphe 1, de la décision 3/80 du Conseil d'association de CEE-Turquie n'est pas directement applicable et nécessite un acte de mise en œuvre par le Conseil de l'EU. La Cour de justice prend le projet de règlement présenté par la Commission européenne et visant à mettre en œuvre cette décision, choisit l'absence des mots particulières dans ce projet quant à l'application dudit article 3 en tant que signe spirituel et déclare que cette absence signifie que cette disposition a un effet direct.¹⁰⁵⁰

Dans *Goodwin* la Cour de Strasbourg choisit l'absence des mots « homme et femme » dans l'article 9 sur le mariage de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en tant que signe spirituel et déclare qu'il désigne une évolution par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme

¹⁰⁴⁹ *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 65, 94, 95.

¹⁰⁵⁰ *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 48, 49, 56.

reconnaissant la complexité de l'identification sexuelle, ce qui doit amener à l'obligation de reconnaître le statut post-opérationnel d'une transsexuelle par l'État.¹⁰⁵¹

5) L'aspectualisation de la structure verbale.

« L'aspectualisation de la structure verbale » est la comparaison de différents aspects de la structure verbale d'un texte juridique, laquelle a pour but l'explication de ce qui devrait être exprimé par ces aspects.

Ce raisonnement ne doit pas être assimilé à la variante « la structure générale » du type d'interprétation « notre Planète est vivante et elle parle avec moi » car cette dernière présuppose que la structure générale dans son intégrité donne une solution concrète proclamée par la juge, tandis que l'aspectualisation base sa solution concrète sur la comparaison des aspects particuliers de la structure verbale.

Cette technique ne doit pas non plus être assimilée à la variante « la structure verbale indépendante » du type « cette idole est un bout de bois » ou avec la variante « la structure verbale dépendante » du type « la réanimation d'une idole de bois », puisque l'aspectualisation, à la différence de ces deux techniques, n'a pas pour but d'établir la relation entre plusieurs structures verbales quelconques mais de trouver une différence ou une similarité aspectuelles entre plusieurs structures afin d'expliquer la raison pour laquelle les esprits ont créé cette différence ou cette similarité.

Il est bien évident que l'aspectualisation de la structure verbale ressemble à la comparaison aspectuelle circonstancielle, mais ici la juge compare les aspects de la structure verbale de texte au lieu de comparer des situations factuelles.

Dans *Grimaldi*, la question se pose de savoir si la Cour européenne de justice peut statuer sur interprétation d'une recommandation. L'article 249, paragraphe 5, du Traité CE dispose que les recommandations ne lient pas. Pour faire face à cet obstacle les chamanes procèdent à l'aspectualisation de la structure verbales des articles 230 (1) et 234 du TCE (actuellement art. 263

¹⁰⁵¹ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 58, 96, 100. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 23, 24, 48, 78.

et 267 du TFUE. L'article 230 (1) énonce expressément que les recommandations ne peuvent servir de base pour un recours direct devant la Cour de justice. Par contre, comme les juges soulignent, l'article 234 parle des « actes » de la Communauté sans préciser leur genre. Cette structure verbale prise comme signe spirituel amène à la conclusion que la Cour de Luxembourg a la compétence pour statuer sur l'interprétation des recommandations.¹⁰⁵²

Dans l'affaire *Kokkinakis* sur le « prosélytisme » ou sur la « persécution » des témoins de Jéhovah en Grèce, la Cour des droits de l'homme compare la structure verbale du paragraphe 2 limitant la portée des droits consacrés par le paragraphe 1 des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle souligne que, contrairement aux articles 8, 10 et 11 où les limites du deuxième paragraphe englobent l'ensemble des droits mentionnés dans leur premier paragraphe, celui de l'article 9 ne vise que le « liberté de manifester sa religion ou ses convictions » sans mentionner les libertés de pensée et de conscience également couvertes par le paragraphe 1. La Cour de Strasbourg choisit ces aspects de la structure verbale en tant que signe spirituel devant être compris comme « dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun ». Les chamanes concluent que ce signe spirituel montre le « caractère fondamental » de la liberté de religion par rapport aux autres droits logés dans cette amulette.¹⁰⁵³

6) Un mot de la partie gagnante.

La variante « un mot de la partie gagnante » est le choix d'un mot de la partie gagnante afin de dire qu'il exprime la volonté implicite des esprits et que la juge comprend précisément cette volonté.

Dans l'affaire *Guzzardi*, le requérant n'invoque pas la violation de l'article 5 sur le droit à la liberté de la Convention européenne des droits de l'homme ni dans sa première lettre à la Cour de Strasbourg, ni dans sa requête, ni dans son mémoire explicatif. La Cour trouve, néanmoins, les mots « toute petite surface » ou un « lopin de terre » (« *pezzo* » ou « *pezzetto di terra* ») décrivant la

¹⁰⁵² *Grimaldi*, C-322/88, CEJ, §§ 7, 8.

¹⁰⁵³ *Kokkinakis*, 14307/88, CEDH, §§ 30, 33. Voyez également *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115 ; *ibid.*, § 126 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 14, 39 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 58, 96, 100.

localité sur l'île où le requérant devait vivre en conformité avec les mesures de supervision imposées, où « n'habit(ai)ent que des repris de justice et agents de police », la localité « gardée par la police » qui en « interdi(sai)t l'accès à quiconque », la mesure subissant « le plus incivil emprisonnement, la plus dégradante et destructive incarcération », doivent être prises en tant que signe spirituel qui est équivalent à une plainte contre une violation du droit à la liberté. Les juges rejettent les arguments du gouvernement italien que ce signe spirituel n'est qu'une hyperbole et une métaphore.¹⁰⁵⁴

33. CETTE IDOLE EST UN BOUT DE BOIS

« Cette idole est un bout de bois » est une déclaration judiciaire indiquant que le texte juridique doit être interprété strictement et que le texte ne dit plus qu'il est écrit expressément en son sein.

Cette technique est la plus proche du paradigme positiviste.

1) La texte-«-ne-le-prévoit-pas-»-isation.

La texte-«-ne-le-prévoit-pas-»-isation est une déclaration judiciaire rejetant la vision de la partie perdante en raison qu'elle n'est pas prévue par le texte de façon explicite.

Par exemple, la requérante fait valoir que le Tribunal de première instance a violé le principe général d'immédiateté de la procédure juridictionnelle en prononçant son arrêt 22 mois après la clôture de la procédure orale, au point que l'utilité de cette dernière aurait disparu avec l'effacement de son souvenir dans l'esprit des juges. La Cour européenne de justice répond qu'aucun principe général d'immédiateté n'est prévu ni par l'article 55 (1) du Règlement du Tribunal ni par d'autres dispositions.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁵⁴ *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 62. Voyez également *ibid.*, §§ 68, 69.

¹⁰⁵⁵ *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 50, 52. Voyez également *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 16, 18, 21, 23, 24, 25 ; *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 7, 18, 37, 41 ; *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, 2) p. 24. II. B ; *Vogel*, C-35/02, CEJ, §§ 3, 8, 9, 11, 13, 23, 25, 26. Voyez également *Commission c. Italie*, C-40/93, CEJ, §§ 4, 6, 18, 23, 24. Voyez également *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27 ; *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 58, 59, 62-64, 81 ; *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 28, 33, 34 ; *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 130.

Dans l'affaire de Rasul Guliyev, l'ex-Président du Parlement d'Azerbaïdjan et le leader du Parti démocratique azéri, en exil à New York, contre son pays, la Cour de Strasbourg rejette sa requête au seul motif que le droit à se présenter aux élections présidentielles n'est pas prévu par l'article 3 du Protocole n° 1 qui ne parle que du « choix du corps législatif ». ¹⁰⁵⁶

2) La structure verbale indépendante.

« La structure verbale indépendante » est la formule juridique employée pour rejeter la vision de la partie perdante parce qu'une structure verbale de texte doit être interprétée indépendamment de toute autre structure verbale.

La différence entre cette variante et la variante « la libération spirituelle » de la technique « le dédoublement d'esprit » consiste ici en ce que, premièrement, le point problématique est la restriction d'interprétation du texte et, deuxièmement, le débat ne porte pas sur les principes, articles ou natures mais sur la structure verbale.

La différence que je fais entre cette variante et la variante « l'aspectualisation de la structure verbale » de la technique de l'abus des signes consiste en ce, qu'ici, le but est de restreindre l'interprétation, et là, – de donner un sens spécifique à la structure verbale.

Par exemple, dans *Hectors* la requérante fait valoir que les dispositions identiques au cas de recrutement des fonctionnaires du Parlement européen doivent être applicables pour le recrutement des agents temporaires : l'entretien avec les candidates doit être conduit en présence d'une représentante du personnel et donner lieu à la rédaction d'un procès-verbal et d'un rapport motivé. Le Tribunal de première instance répond que, contrairement au chapitre 2 « droits et obligations » du titre II « agents temporaires » du Régime applicable aux autres agents, le chapitre 3 « conditions d'engagements » ne renvoie pas aux articles du statut relatif au recrutement des fonctionnaires. ¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁶ *Guliyev*, 35584/02, CEDH. Voyez également *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 128 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIA4.2, IIB7.3 ; *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 8, 12, 52, 75.2 ; *ibid.*, §§ 26, 27, 78 ; *Marshall*, 152/84, CEJ, §§ 13-16, 45, 54, 55.

¹⁰⁵⁷ *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 84 § 86, 95, 131. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 56, 79, 82, 87, 88, 90 ; *Marshall*, 152/84, CEJ, §§ 13-16, 45, 54, 55.

3) La « lettre-même-»-isation

La « lettre-même-»-isation est une déclaration judiciaire affirmant que le choix fait par la juge est exigé par la « lettre même » d'un acte juridique.

Par exemple, la Cour européenne de justice annule l'arrêt du Tribunal de première instance dans la mesure où il reconnaît une requête du Front national français recevable en ce qui concerne la destruction du Groupe technique des députées indépendantes au Parlement européen. Selon les juges du pourvoi, les termes mêmes de l'article 29 du Règlement du Parlement européen ne mentionnent aucun rôle du parti politique national dans la constitution d'un groupe politique.¹⁰⁵⁸

4) L' « aucune-ambiguïté »-isation.

L' « aucune-ambiguïté »-isation est une déclaration judiciaire affirmant que le texte en application est clair et ne contient aucune ambiguïté.

La différence entre cette variante et la technique « le masque de la paix spirituelle » consiste en ce qu'ici, premièrement, le point problématique est la restriction d'interprétation du texte et, deuxièmement, le débat ne porte pas sur les principes indépendants du texte. Autrement dit, dans la présente variation, l' « ambiguïté » est invoquée par la partie perdante pour faire un pas hors du texte.

Par exemple, dans *EMU Tabac*, l'entreprise britannique fait valoir ce que la directive relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accise est imprécise en ce qui concerne la question de savoir si la société britannique doit payer le droit d'accise au Royaume-Uni dans la situation où elle a acquis sa marchandise au Luxembourg via une mandataire. Autrement dit, le texte n'est pas clair quant à savoir si on peut agir dans un autre pays via une mandataire pour y obtenir une marchandise, y payer le droit d'accise et après la vendre dans son propre pays. L'*EMU Tabac* invoque le principe général issu, du droit romain *qui facit per alium*

¹⁰⁵⁸ *Front national*, C-486/01 P (*Martinez*), § 37. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 79, 81 ; *ibid.*, §§ 93, 94 ; *ibid.*, §§ 246, 251.

facit per se, en vertu duquel la personne qui agit par l'intermédiaire d'une mandataire doit être traitée de la même façon que si elle avait agi elle-même. Ce principe est reconnu, notamment, dans le droit anglais et cette interprétation n'est pas exclue par les versions française, italienne, espagnole, allemande, néerlandaise ou portugaise. Par conséquent, cette entreprise doit être protégée par le principe de sécurité juridique. La Cour de Luxembourg rejette ce raisonnement en affirmant que la disposition respective de la directive n'a « aucune ambiguïté » car il ressort du contexte que la législatrice communautaire, à aucun moment, n'a visé l'intervention d'une agente.¹⁰⁵⁹

5) L'exclusion du champ d'application.

« L'exclusion du champ d'application » est une déclaration judiciaire rejetant la vision de la partie perdante parce qu'elle n'est pas couverte par une disposition écrite.

Par exemple, dans *Keck*, la Cour européenne de justice dit que l'interdiction de la revente à perte dans un pays, malgré le fait qu'elle soit autorisée dans un autre, interdit, par conséquent, l'importation des marchandises suivant la pratique habituelle existant dans cet autre État, n'entre pas dans le champs d'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'article 7 du Traité CEE.¹⁰⁶⁰

Dans *Chypre c. Turquie*, la Cour de Strasbourg rejette la plainte du gouvernement chypriote quant aux conditions de menace d'agression, de vulnérabilité, d'impunité et de criminalité dans lesquelles la population de Chypre du Nord habite à cause du gouvernement turc puisque, selon les juges, cette population se trouve hors du champ d'application de l'article 5 sur le droit à la liberté de la Convention européenne des droits de l'homme. Les chamanes disposent que ce droit ne couvre que la détention en prison.¹⁰⁶¹

6) « Le sens ordinaire ».

¹⁰⁵⁹ *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 28, 38-40.

¹⁰⁶⁰ *Keck*, C-267/91, CEJ, §§ 7, 8. Voyez également *ICI*, C-264/96, CEJ, §§ 31, 32.

¹⁰⁶¹ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 224, 226.

« Le sens ordinaire » est une déclaration judiciaire affirmant que le choix fait par la juge est exigé par le « sens ordinaire », « usuel » ou « normal ».

Dans *l'affaire linguistique belge* où les parents luttent pour des écoles secondaires en français en Flandre, les requérantes soutiennent que l'État belge viole le droit à l'enseignement des enfants conformément à leurs convictions philosophiques protégées par l'article 2 du Protocole n° 2 de la Convention des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg répond que les préférences linguistiques ne font pas partie du « sens ordinaire » des convictions philosophiques.¹⁰⁶²

7) Cette disposition n'est pas une règle.

« Cette disposition n'est pas une règle » est une déclaration judiciaire affirmant que la disposition invoquée par la partie perdante n'est pas une règle.

Par exemple, dans l'affaire *WestLB* le land de la Rhénanie-du-Nord – Westphalie soutient que selon l'avis du Service juridique de la Commission européenne, le principe général de droit communautaire tiré des ordres juridiques des États membres dit que la Commission démissionnaire a une compétence limitée dans les affaires courantes et, par conséquent, qu'elle ne peut pas, à la dernière minute, prendre une décision d'une telle importance comme l'aide d'État à une banque d'État, comme la Westdeutsche Landesbank. Le Tribunal de première instance rejette ce raisonnement en disant que cet avis ne fait pas partie de la base juridique liante.¹⁰⁶³

34. LA RÉANIMATION D'UNE IDOLE DE BOIS

¹⁰⁶² *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A2.2, B6. Voyez également *ibid.*, §§ IA4.2, IB11.1. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 14, 39 ; *ibid.*, §§ 44, 45, 54 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 97, 98.2, 98.3.

¹⁰⁶³ *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 80, 91, 92, Heubach, T-64/02, TPI, §§ 29, 41. Voyez également *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 109, 114, 126, 127.

« La réanimation d'une idole de bois » est une déclaration judiciaire indiquant que le texte juridique doit être interprété de manière flexible et qu'il y a un principe supérieur et plus important que ce qui est écrit expressément dans le texte.

Cette technique est la plus proche du paradigme iusnaturaliste, soutenue par les approches sociologiques modernes et, dans une moindre mesure, par la vision historique. Elle est diamétralement contraire à la technique « cette idole est un bout de bois ».

Il faut distinguer sept variantes de la réanimation d'une idole de bois sous un critère ayant pour but de faire un éclairage sur les sous-techniques propres à la réanimation et dix variantes en fonction de l'emploi d'autres techniques indépendantes dans le but de servir de base pour la réanimation.

I. Lumière : les variantes spécifiques à ce rituel.

Les variantes spécifiques à la réanimation sont des variantes créées spécialement afin de servir la réanimation.

1) Un instrument vivant.

« Un instrument vivant » est la déclaration judiciaire qu'un principe juridique est « un instrument vivant » et que, pour cette raison, son interprétation précédente ayant une expression textuelle claire n'est plus applicable car la conscience juridique a évolué et le texte doit rester mis à jour.

Cette sous-technique est commercialisée par la théorie de la constitution vivante dont Al Gore,¹⁰⁶⁴ par exemple, est un adhérent. Lon L. Fuller peut être également considéré comme le vendeur et le spécialiste des relations publiques de cette variante. Dans ses travaux, il fait une bonne publicité au « droit comme la vie » en mettant l'accent sur l'importance des considérations non-techniques ou extra-juridiques.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶⁴ The “Living and Breathing” Constitution?”, <http://www.american-conservativevalues.com/constitution/living-constitution.html>, 14 04 2010.

¹⁰⁶⁵ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 28.

Par exemple, dans *Matthews* le gouvernement britannique fait valoir que l'article 3 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit que le droit d'être élue à l'Assemblée de Gibraltar pour les gibraltariennes, mais non au Parlement européen. La Cour de Strasbourg répond que la Convention est un « instrument vivant » laquelle doit être interprétée à la lumière des conditions actuelles. Alors, les gibraltariennes commencent à profiter des élections européennes.¹⁰⁶⁶

2) « N'exclut-pas »-isation/« n'est-contraire-à-aucune-règle » -isation.

« N'exclut-pas »-isation ou « n'est-contraire-à-aucune-règle »-isation est la déclaration judiciaire qu'une interprétation nouvelle est contraire à la pratique antérieure « n'est pas exclue » par le texte juridique de manière expresse ou « n'est contraire à aucune règle » établie par le texte d'un acte juridique.

Dans l'affaire *Commission c. Conseil* sur l'adhésion de l'Euratom à la Convention internationale sur la sûreté nucléaire, la Commission européenne demande à la Cour de Luxembourg d'annuler la décision du Conseil sur l'adhésion dans la mesure où cette décision n'énumère pas toutes les compétences de l'Euratom qui correspondent aux matières couvertes par cette Convention. Le Conseil dit qu'en réalité la Commission ne demande pas l'annulation de cette décision, mais cherche un avis de la Cour de justice sur l'étendue de la **compétence** de l'Euratom dans le contexte de l'adhésion de ce dernier à la Convention, une démarche qui, contrairement à l'article 300 (6) du Traité CE n'est pas prévue par le Traité sur l'Euratom. Les juges répondent que le Traité Euratom « n'exclut pas » que la Cour de Luxembourg puisse être saisie d'une demande de contrôle de la légalité d'un acte portant approbation d'une décision d'adhésion à une convention internationale dans le cadre d'un recours en annulation au titre de l'article 146 du traité Euratom.¹⁰⁶⁷

3) La diminution d'importance du fait que le bout de bois ne bouge pas.

¹⁰⁶⁶ *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 36, 38, 39.1. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 109, 121 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 73, 74.

¹⁰⁶⁷ *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 52, 54. Voyez également *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 154. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 201, 208, 213, 216, 217, 219-221, 223, 224, 228, 231, 262, 263.

« La diminution d'importance du fait que le bout de bois ne bouge pas » est la déclaration judiciaire selon laquelle le domaine géré par le texte (par l'idole de bois) n'est pas suffisamment important pour l'adoption d'une interprétation stricte (n'est pas suffisamment important pour que l'idole de bois bouge).

Le règlement n° 17 dispose que, quand la Commission européenne ouvre une procédure anticoncurrentielle, elle envoie aux parties une communication des griefs, communication qui doit énoncer, de manière claire, tous les éléments essentiels sur lesquels elle se fonde. Afin de faire bouger cet idole de bois et de le mettre en conformité avec la pratique suivie par la Commission, la Cour de Strasbourg diminue l'importance du suivi rigoureux de ce texte en proclamant que cette communication peut être faite de manière sommaire et que la décision ne doit pas nécessairement être une copie de l'exposé des griefs puisqu'elle constitue un document préparatoire dont les appréciations de fait et de droit ont un caractère purement provisoire.¹⁰⁶⁸

- 4) L'esprit de souplesse (l'infinie variété des situations factuelles, l'analyse plus générale) qui tue le démon du formalisme excessif.

L'esprit de souplesse qui tue le démon du formalisme excessif est la déclaration judiciaire exprimée par les formules verbales la « souplesse », l'« infinie variété des situations factuelles », l'« analyse plus générale » et le « formalisme excessif » laquelle a pour but de rejeter l'expression verbale stricte utilisée dans un texte juridique pour la remplacer par une interprétation plus souple.

Cette technique consiste en deux étapes : l'angélisation de la souplesse et la démonisation du formalisme.

Dans *WestLB*, la partie perdante fait une référence aux termes mêmes d'une communication de la Commission européenne dans laquelle elle reconnaît qu'une investisseuse possède une « marge d'appréciation considérable », notamment, en choisissant d'investir la propriété d'État à une banque d'État. La Cour de Luxembourg rejette ce raisonnement en disant que cette idée doit être comprise

¹⁰⁶⁸ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 67.

dans le cadre d'une « analyse plus générale » sur la manière de déterminer si une aide d'État existe ou non.¹⁰⁶⁹

L'historien, comte Nikolai Tolstoy Miloslavsky, est condamné pour la diffamation par le jury et doit payer l'amende de £ 1,5 millions au lord Aldington. Dans son livre, Tolstoy a décrit comment les forces armées britanniques avaient transféré 70 000 prisonnières de guerre et réfugiées qui avaient possédé des passeports de la Société des Nations ou des pays de l'Europe de l'Ouest, aux forces armées communistes et titistes à la fin de la seconde guerre mondiale. La majorité de ces gens ont été massacrés. Le lord Aldington est appelé un « criminel de guerre ». Tolstoy fait valoir que l'indemnité octroyée représente trois fois le montant le plus haut jamais accordé auparavant à titre de dommages-intérêts par un jury anglais en matière de diffamation. Elle est sensiblement plus élevée que la somme qui aurait été allouée dans le cadre d'une action en réparation d'un préjudice corporel à une demandeuse ayant subi un handicap physique extrêmement grave. La Cour de Strasbourg réanime l'idole de bois par la déclaration que le principe de « souplesse » exige que le droit doit pouvoir s'adapter à « l'infinie variété des situations factuelles ». Donc, cette amende était « prévue par la loi ».¹⁰⁷⁰

5) La structure verbale dépendante.

« La structure verbale dépendante » est la déclaration judiciaire indiquant qu'un texte doit être interprété à la lumière d'un autre texte, laquelle a pour but de rejeter l'expression verbale stricte utilisée dans le premier texte juridique pour la remplacer par une interprétation beaucoup plus compatible avec le deuxième texte.

Par exemple, dans *Van Duyn*, le gouvernement britannique fait valoir que selon l'article 249 du TCE (actuellement 288 du TFUE), les directives, contrairement aux règlements, n'ont pas d'effet direct. La Cour de Strasbourg répond par la réanimation de l'article 249 en proclamant sa dépendance de l'article 234 du TCE (actuellement 267 du TFUE) qui dispose que la Cour de justice

¹⁰⁶⁹ *WestLB*, T-228/99, TPI, § 260.

¹⁰⁷⁰ *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 37, 38, 41. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 70, 72.1 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 70, 71, 72.2.

statue sur l'interprétation des « actes » des institutions sans distinction, ce qui implique le droit des justiciables d'invoquer ses droits garantis par des directives.¹⁰⁷¹

6) Yin et yang.



« Yin et yang » est la déclaration judiciaire indiquant que si un texte prévoit le principe X de façon explicite, il prévoit également le principe –X de façon implicite pour employer le principe –X contre le principe Y qui est compatible avec le principe X. Yin et yang est le symbole chinois des extrêmes contraires, définis par la contradiction mutuelle et unifiés dans le même but.

La présente technique ne peut être assimilée à la technique « l'esprit tué par le miroir » puisqu'elle n'oppose pas le principe X et le principe –X, mais les fusionne dans le même objectif.

Par exemple, dans *Van Gend & Loos*, la Cour de Luxembourg conclut que si le Traité CE crée des charges (X) dans le chef des particulières, il engendre également des droits (-X), même si le texte ne prévoit pas explicitement de tels droits Y. Le texte est réanimé.¹⁰⁷²

7) « Le texte est annulé dans la mesure où il ne prévoit pas... ».

« Le texte est annulé dans la mesure où il ne prévoit pas... » est la déclaration judiciaire indiquant que l'existence d'une partie du texte seulement au niveau spirituel est annulée ou, autrement dit, cette existence doit être transposée au niveau physique, textuel et expresse.

Par exemple, dans l'affaire sur la procédure contre la France et l'Allemagne, ouverte pour sanctionner ces dernières en raison de leur déficits budgétaires excessifs, la Commission européenne demande l'annulation des conclusions du Conseil de l'UE dans la mesure où ces conclusions ne mettent pas ces deux gouvernements en demeure de prendre, dans un délai

¹⁰⁷¹ *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 11, 12. Voyez également *Commission c. Autriche*, C-437/03, CEJ, §§ 7, 8, 14, 35, 36.

¹⁰⁷² *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 23. II. B. Voyez également *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, § 31 ; *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 28, 31 ; *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 48-50 ; *ibid.*, § 98.

déterminé, des mesures visant à la réduction du déficit. Dans cette affaire particulière les juges ne partageront pas l'opinion concernant une telle annulation, mais, en principe, cette technique juridique a un potentiel énorme. De plus, on trouve d'autres décisions dans lesquelles elle est suivie.¹⁰⁷³

II. Lumière : les variations qui sont créées par des rituels indépendants.

La réanimation peut être facilement assurée par les techniques indépendantes de la réanimation en tant que telle. En décrivant cette perspective (cette lumière) nous ne considérerons pas d'exemples en détails puisque les exemples empiriques respectifs sont présentés dans la description séparée de et réservée à ces techniques juridiques de manière tout à fait indépendante de la technique de la réanimation. En principe, les variantes rassemblées dans cette perspective ne sont pas créées particulièrement pour la réanimation, mais en distinguant cette lumière je veux montrer le caractère facilement dépassable du texte.

1) Je vois le cœur derrière le bois.

« Je vois le cœur derrière le bois » est la technique juridique « je vois le cœur » appliquée pour la réanimation de l'idole de bois. Le texte est renversé et réanimé par des considérations de la nature de ce qui écrit dans ce texte.¹⁰⁷⁴

2) Le don des ailes.

« Le don des ailes » est la technique juridique appliquée pour la réanimation de l'idole de bois et est achevée par l'aménagement d'un principe en provenance d'un autre système juridique dans l'idole de bois (dans le texte) se trouvant dans notre système juridique.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷³ *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 53, 65, 66. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 34, 38, 39, 41.

¹⁰⁷⁴ Voyez par exemple *Commission c. Autriche*, C-437/03, CEJ, §§ 7, 8, 40, 42. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 78, 79.

¹⁰⁷⁵ Voyez, par exemple, *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 96, 97, 100, 101, 106, 107, 109.

3) Le don d'épée de feu.

« Le don d'épée de feu » est une technique juridique indépendante appliquée pour rejeter l'interprétation textuelle (pour la réanimation de l'idole de bois. Cette démarche peut être faite, par exemple, en disant que l'application du droit comme il est écrit dans le texte est inacceptable au motif de la nécessité de garder l'effet utile.¹⁰⁷⁶

4) Le couronnement.

« Le couronnement » est une technique juridique indépendante appliquée pour rejeter l'interprétation textuelle (pour la réanimation de l'idole de bois) en disant que le texte doit être compris souplement pour ne pas violer un autre principe très important.¹⁰⁷⁷

5) Notre planète est vivante et elle parle avec moi.

« Notre planète est vive et elle parle avec moi » est une technique juridique indépendante appliquée pour rejeter l'interprétation strictement textuelle (pour la réanimation de l'idole de bois) qui consiste en affirmation que le texte doit être compris eu égard à l'ensemble d'autres textes.¹⁰⁷⁸

6) L'abus téléologique.

« L'abus téléologique » est une technique juridique indépendante appliquée pour rejeter l'interprétation textuelle (pour la réanimation de l'idole de bois) en disant que le texte n'est valable que dans la mesure où il suit un but très important.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁶ Voyez, par exemple, *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 25. II. B. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 96, 97, 100, 101, 106, 107, 109.

¹⁰⁷⁷ Voyez, par exemple, *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 150, 151. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 27 ; *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 96, 97, 100, 101, 106, 107, 109.

¹⁰⁷⁸ Voyez, par exemple, *ibid.*

¹⁰⁷⁹ Voyez, par exemple, *ibid.*

7) L'abus historique.

« L'abus historique » est une technique juridique indépendante appliquée pour rejeter l'interprétation textuelle (pour la réanimation de l'idole de bois) consistant en affirmation que ce texte doit être vu à la lumière d'une vision historique.¹⁰⁸⁰

8) L'abus de signes spirituels.

« L'abus de signes spirituels » est une technique juridique indépendante appliquée pour rejeter l'interprétation textuelle (pour la réanimation de l'idole de bois) au motif qu'un signe spirituel indique autrement.¹⁰⁸¹

9) L'abus de conséquences.

« L'abus de conséquence » est une technique juridique indépendante appliquée pour rejeter l'interprétation textuelle (pour la réanimation de l'idole de bois) au motif que ce texte peut avoir des conséquences indésirables.¹⁰⁸²

10) L'esprit polycéphale vertical.

« L'esprit polycéphale polynésien » est une technique juridique indépendante employée pour rejeter l'interprétation textuelle (pour la réanimation de l'idole de bois) car le texte est en contradiction avec l'esprit polycéphale vertical.¹⁰⁸³

¹⁰⁸⁰ Voyez, par exemple, *ibid.*

¹⁰⁸¹ Voyez, par exemple, *Leitner*, C-168/00, CEJ, §§ 6, 10, 16, 22. Voyez également *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.3.1, B3.2, B3.4.

¹⁰⁸² Voyez, par exemple, *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16, 18, 19.2, 20, 32.1, 33.

¹⁰⁸³ Voyez, par exemple, *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, § 235.

35. LA VOIX DES ANCÊTRES DIVINS



« La voix des ancêtres divins » est la déclaration judiciaire indiquant que la décision de la juge est l'expression de l'intention de la législatrice (des ancêtres divins qui ont créé notre planète. Il faut distinguer sept variantes de la présente technique.

1) Les travaux préparatoires européens.

« Les travaux préparatoires européens » est la déclaration judiciaire indiquant que la décision de la juge est l'expression de l'intention de la législatrice (des ancêtres divins qui ont créé notre planète) enregistrée dans les travaux préparatoires des institutions européennes (dans les météorites d'un certain type.

Par exemple, c'est sur la base des opinions exprimées dans les travaux préparatoires de l'article 3 du Protocole n° 1 de la CEDH, que la Cour de Strasbourg décide que le concept de « libre expression de l'opinion du peuple » couvre le droit individuel de se présenter aux élections.¹⁰⁸⁴ Ce qui n'était pas claire sur la base du texte finalement adopté.

2) Les travaux préparatoires nationaux créés pendant la ratification d'un traité européen.

¹⁰⁸⁴ *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 03 1987, Series A no. 113, pp. 22-23, §§ 46-51. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B3.4 ; *ibid.*, §§ A2.2, B6 ; *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 19, 54, 63.

« Les travaux préparatoires nationaux créés pendant la ratification d'un traité européen » est la déclaration judiciaire indiquant que la décision de la juge est l'expression de l'intention de la législatrice (des ancêtres divins qui ont créé notre planète) enregistrée dans les travaux préparatoires nationaux créés pendant la ratification d'un traité européen (dans les météorites d'un certain type.

Dans *Humblet* où la question se pose de savoir si un État membre peut prendre en considération les revenus d'une fonctionnaire européenne en calculant les impôts de son épouse, la Cour de Luxembourg décide de justifier sa conclusion que « non » par la voix des ancêtres qu'on entend en rapprochant les amulettes (procès verbal) à l'oreille divinisées pendant la ratification des traités européens par les Parlements nationaux. Les juges disent qu'il n'y a rien dans ces documents de débat sur une limitation quelconque du privilège d'une fonctionnaire européenne contre l'imposition par un État membre. Seul le gouvernement luxembourgeois a déclaré pendant la ratification du Traité sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier que ce privilège « n'empêchera pas les administrations fiscales nationales de prendre en considération les montants exonérés pour le calcul du taux d'imposition applicable aux revenus provenant de sources autres que les émoluments versés par les Communautés ». La Cour de Luxembourg conclut que cette déclaration ne signifie pas que les autres États membres seraient d'accord avec elle.¹⁰⁸⁵

3) Travaux préparatoires nationaux.

« Les travaux préparatoires nationaux » est la déclaration judiciaire indiquant que la décision de la juge est l'expression de l'intention de la législatrice (des ancêtres divins qui ont créé notre planète) enregistrée dans les travaux préparatoires nationaux (dans les météorites d'un certain type.

Par exemple, dans *Sporrong* la Cour de Strasbourg indique que l'absence d'un recours en droit interne contre la durée des délais accordés pour un permis d'expropriation est contraire à la voix des ancêtres du droit suédois. Les chamanes montre l'amulette qui s'appelle « proposition n° 109 » et l'« exposé des motifs du projet » de modification à la Loi sur l'expropriation. Il y a les phrases suivantes dessinées sur l'amulette : « le système existant présent[ait], à certains égards, des inconvénients pour le propriétaire », « Naturellement, la seule délivrance d'un permis d'exproprier le plonge souvent dans l'incertitude. En pratique, il voit se restreindre considérablement ses

¹⁰⁸⁵ *Humblet*, 6/60, CEJ, 3) p. 1155.

possibilités de disposer de son immeuble en le vendant, en en cédant l'usage ou en y faisant construire. Il peut aussi se trouver embarrassé pour décider d'engager des frais d'entretien ou de modernisation. Évidemment, les inconvénients résultant du permis s'aggravent si un long délai s'écoule avant la mise en route de la procédure judiciaire ». Néanmoins, la Loi adoptée sur la base de cet exposé des motifs du projet de la Loi n'a pas concerné le litige en l'espèce pour des raisons d'entrée en vigueur et les ancêtres n'ont pas marqué que cette Loi doit être rétrospective.¹⁰⁸⁶

4) La législature communautaire.

« La législature communautaire » est la déclaration judiciaire indiquant que la décision de la juge est l'expression de l'intention de la législature communautaire (de l'ancêtre divin qui a créé notre planète.

Par exemple, dans *EMU Tabac*, la Cour de Luxembourg chante que la « législatr[ice] communautaire » n'a entendu viser la possibilité pour une entreprise britannique de payer le droit d'acquire par son agente au Luxembourg et de ne pas le payer au Royaume-Uni.¹⁰⁸⁷

5) Les auteurs du traité.

« Les auteurs du traité » est la déclaration judiciaire indiquant que la décision de la juge est l'expression de l'intention des auteurs du traité (des ancêtres divins qui ont créé notre planète.

Dans *Banković*, la Cour de Strasbourg dit que si les auteurs de la CEDH voulaient élargir la juridiction des États contractants ainsi que leur responsabilité juridique au bombardement des bâtiments civils et au contrôle de l'espace aérien, ils le mentionneraient dans le texte de la Convention.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁶ *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 67.3, 71, 72.

¹⁰⁸⁷ *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 28, 38-40. Voyez également *ibid.*, §§ 7, 28, 44, 46, 47. Voyez également *Commission c. Autriche*, C-437/03, CEJ, §§ 7, 8, 14, 35, 36. Voyez également *Klett*, C-204/01, CEJ, §§ 1, 5, 10, 11, 12, 17, 18, 29, 30, 35. Voyez également *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 11, 12. Voyez également *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 22. II. B. p. 23.

¹⁰⁸⁸ *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 8, 12, 52, 75.2. Voyez également *ibid.*, §§ 26, 27, 48, 78.

6) Les Parties contractantes (fondatrices).

« Les Parties Contractantes (fondatrices) » est la déclaration judiciaire indiquant que la décision de la juge est l'expression de l'intention des Parties Contractantes (des ancêtres divins qui ont créé notre planète.

Prenons, par exemple, *Beard* où une famille de roms achète une terre pour y vivre et y construire leur maison, mais qui ensuite se trouve face à l'interdiction imposée par les autorités britanniques, puisqu'elles pensent que les roms utiliseront la voie la plus dangereuse pour entrer dans l'autoroute. Il y a une autre voie qui n'est pas dangereuse, mais l'administration ne croit pas que les roms l'emploieront, car ce chemin est plus long. Les roms ne peuvent pas trouver un autre endroit légal pour y vivre et déposent une plainte pour violation de leur droit à domicile devant la Cour de Strasbourg. Les juges la rejettent en disant qu'il n'y a pas des « standards » d'hébergement des roms que les « États contractants » considèrent comme désirables.¹⁰⁸⁹

7) La législatrice nationale.

« La législatrice nationale » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisque l'intention de la législatrice nationale (de l'ancêtre divin de votre tribu) était noble.

Dans *Ždanoka*, la grande Chambre de Strasbourg dit que la législatrice lettonne qui a introduit l'interdiction rétroactive à vie pour les ex-militantes du Parti communiste de participer aux élections législatives, s'est comportée de manière noble. La mesure a été « rédigée de manière relativement restrictive » et s'est limitée à ceux qui ont « activement participé ».¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁹ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 66 (article 5.2). 69-75, 77, 100, 105. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.5 ; *ibid.*, §§ IA4.2, IB11.2.

¹⁰⁹⁰ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 126. Voyez également *ibid.*, § 122.

36. L'ABUS TÉLÉOLOGIQUE

*Le type de règle juridique le plus correct
et le plus beau est la règle chantante
avec un but et avec une raison claire.*

Karl Llewelyn¹⁰⁹¹

« L'abus téléologique » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté car il est incompatible avec l'objectif de la disposition juridique ou de quelque chose autre sur le même niveau.

La campagne publicitaire de l'abus téléologique a eu une influence très importante sur la tradition juridique de l'UE : souvent, les préambules des actes juridiques européens contiennent plusieurs pages de points et des considérants avec l'énumération des objectifs. Karl Llewelyn, un réaliste américain, croyait que l'interprétation téléologique peut stabiliser l'adjudication : les législatrices doivent rendre leurs buts clairs.¹⁰⁹² Brian Bix critique cette approche car il y a toujours des objectifs que les législatrices ne veulent pas afficher et des objectifs qu'elles ne connaissent pas profondément. De plus, la compréhension moderne de la conscience reconnaît que la personne peut ne pas exprimer ses intentions sans pour autant mentir.¹⁰⁹³ J. B. White affirme que les faits simples ne donnent pas lieu à « découvrir » les intentions des législatrices qui ont écrit il y a longtemps sur des faits au sujet desquels elles ne se sont jamais renseignées.¹⁰⁹⁴ Bix conclut que le concept d'intention ne fonctionne que si l'on parle d'individus, mais ne fonctionnent pas si on l'applique aux groupes.¹⁰⁹⁵

Il faut distinguer huit variantes en fonction de l'attachement de l'« objectif » et quatre variantes selon l'angle d'importance donnée à cet objectif par la juge.

¹⁰⁹¹ Karl N. Llewellyn, "On the Good, the True, the Beautiful, in Law," 9 *University of Chicago Law Review* 224, 250 (1941-1942).

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁹⁴ James B. White, "What Can a Lawyer Learn from Literature?", *op. cit.*, pp. 2022, 2034-2035.

¹⁰⁹⁵ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 189.

I. Lumière : le point d'attachement.

Le point d'attachement de l'objectif est une chose, objectif de laquelle sera proclamé par la juge.

1) Votre but privé.

« Votre but privé » est la déclaration judiciaire indiquant que l'objectif de la partie perdante était de violer le droit.

Par exemple, dans *Cimenteries CBR* les entreprises font valoir que l'objectif de leur accord était d'instaurer entre elles des règles de concurrence loyale lors des exportations à l'extérieur de la Communauté européenne, mais le Tribunal de première instance déclare que l'objectif était de renforcer le respect des marchés domestiques intracommunautaires.¹⁰⁹⁶

2) Le Préambule.

« Le Préambule » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est incompatible avec l'objectif du Préambule.

Par exemple, dans *Leitner*, la question se pose de savoir si les États membres doivent garantir le droit à la réparation du préjudice moral causé par la perte de l'agrément des vacances (« entgangene Urlaubsfreude ») en vertu de la directive 90/314/CEE concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, car l'Autriche ne garantit que la réparation des souffrances physiques (« Schmerzensgeld »). Le gouvernement explique qu'en ce qui concerne les dommages autres que corporels résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations faisant l'objet du forfait, les États membres peuvent admettre que le dédommagement soit limité en vertu du contrat. La personne concernée a reçu 13 000 schillings (~940 euros) pour ses souffrances physiques dues à l'intoxication alimentaire pendant un voyage de vacances à forfait. Les gouvernements autrichien,

¹⁰⁹⁶ *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1513, 1516. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 250 ; *ibid.*, § 265. Voyez également *ibid.*, §§ 283, 259 ; *ibid.*, § 290 ; *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 19, 29, 42, 65, 66, 67 ; *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, 120/78, CEJ, §§ 12, 14 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, § 318 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, § 105.

français et finlandais affirment que le préjudice moral ne pourrait pas être déduit en l'absence d'indication expresse. Les juges répondent que, comme il est suit des considérants 2 et 3 du Préambule, la directive a « pour but l'élimination des disparités constatées entre les réglementations et les pratiques des divers États membres concernant les voyages à forfait et susceptibles d'entraîner des distorsions de concurrence entre les opérateurs établis dans des États membres différents ». Alors, la présence de ce genre de réparations dans uns États et son absence dans d'autres représente en soi une distorsion de concurrence.¹⁰⁹⁷

Dans *l'affaire belge linguistique*, la Cour de Strasbourg dit que les mots « droits et libertés » du Préambule du Protocole n° 1 de la CEDH, signifient que le droit à l'instruction, malgré sa formulation négative dans l'article 2, doit être considéré comme un droit positif imposant des obligations aux États contractants.¹⁰⁹⁸

3) Dispositif.

« Le dispositif » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est incompatible avec l'objectif du dispositif.

Dans *Di Leo*, C-308/89, les gouvernements allemand et néerlandais font valoir que l'article 12 du Règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleuses à l'intérieur de la Communauté, ne les oblige à financer les études des enfants de la travailleuse migrante que si ces enfants étudient dans le pays où leur mère travaille, mais ne s'applique pas si les enfants partent en étranger. Une telle migration des enfants diminue l'intégration de la travailleuse dans son nouveau pays et va à l'encontre de la finalité de cet article. La Cour de Luxembourg emploie l'abus téléologique en déclarant que le but de cet article n'est pas l'« intégration de la travailleuse », mais l'« égalité de traitement quant aux avantages », ce qui signifie que les études à l'étranger doivent être couvertes pour les enfants de la travailleuse migrante.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁷ *Leitner*, C-168/00, CEJ, §§ 6, 10, 16, 20. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 65, 75 ; *ibid.*, §§ 66, 81. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 5, 7, 21, 22, 24, 25 ; *ibid.*, §§ 5, 7, 21, 28. Voyez également *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 22. II. B. p. 23.

¹⁰⁹⁸ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.3.1, B3.2.

¹⁰⁹⁹ *Di Leo*, C-308/89, CEJ, §§ 11, 12. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 10, 15, 98, 99. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 274, 275. Voyez également *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ IV.1.3-5, 1, 2, 3 ; *Commission c. Conseil*, C-176/03, CEJ, §§ 1, 3, 27, 46, 51 ; *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 27, 50-52. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 41, 42, 55.

Dans *Broniowski*, la Cour de Strasbourg dit qu' « aux fins » de l'article 1 du Protocole n° 1 de la CEDH, les concepts de « biens » et de « droits patrimoniaux » ne couvrent pas seulement les qualifications formelles du droit interne, mais aussi certains autres droits et intérêts constituant des actifs.¹¹⁰⁰

4) Le traité / la Convention.

« Le traité / la Convention » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est incompatible avec l'objectif du traité ou de la Convention.

Dans *Van Gend & Loos*, la question se pose de savoir si l'article 12 sur l'interdiction des droits de douane à l'importation ou à l'exportation ou des taxes d'effet équivalent, du TCE (actuellement devenu l'article 30 du TFUE), est directement applicable. La Cour de Luxembourg répond que « oui », car l' « objectif du Traité » est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables.¹¹⁰¹

Dans *Pretty*, la Cour de Strasbourg refuse de reconnaître que l'interdiction de l'euthanasie viole le droit de ne pas être soumis à un traitement inhumain en disant que la garantie du droit à vie est plus importante dans la perspective des « objectifs fondamentaux poursuivis par le traité ».¹¹⁰²

5) L'acte juridique.

« L'acte juridique » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est incompatible avec l'objectif de l'acte juridique autre que le traité (la constitution.

¹¹⁰⁰ *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 129, 130, 140. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, § 109 ; *ibid.*, §§ 119, 120, 122. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 97, 98.1, 102.3. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.3.5 ; *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 8, 12, 52, 75.2.

¹¹⁰¹ *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 22. II. B. p. 23. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, § 145 ; *ibid.*, §§ 194-196, 200 ; *ibid.*, § 216.

¹¹⁰² *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 44, 45, 54. Voyez également *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 34.1, 35 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 61.2 ; *ibid.*, §§ 97, 98.1-3 ; *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 101.

Par exemple, dans *Raulin*, la Cour de Luxembourg déclare que l' « objet » du Règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleur[ses] à l'intérieur de la Communauté, est d'assurer l'intégration de la travailleuse dans le pays d'accueil, ce qui signifie qu'en calculant si une travailleuse a le droit à certains bénéfices, la juge du pays d'accueil ne doit pas prendre en considération ce que la travailleuse faisait dans d'autres États.¹¹⁰³

6) L'arrêt.

« L'arrêt » est la déclaration judiciaire établissant le mode de considération de l'argument de la partie perdante, et consistant en affirmation que ce mode est exigé par l'objectif de la procédure judiciaire en l'espèce.

Dans *Al-Adsani* sur la torture par les autorités du Koweït, les cours britannique ont décidé d'accueillir la demande d'immunité de cet État et n'ont jamais eu à examiner les éléments de preuve afférents aux allégations du requérant qui n'ont en conséquence jamais été établies. Par contre, la Cour de Strasbourg dit qu' « aux fins » de cet arrêt il faut admettre, néanmoins, que les mauvais traitements dont l'intéressé a accusé le Koweït dans son argumentation devant les juridictions nationales – coups répétés des gardiens de prison pendant plusieurs jours dans le but de lui extorquer des aveux – peuvent être qualifiés de torture au sens de l'article 3 de la CEDH.¹¹⁰⁴

7) La mesure.

« La mesure » est la déclaration judiciaire indiquant quel est l'objectif « réel » d'une mesure en examen.

Dans *Keck*, l'entreprise concernée fait valoir que l'interdiction de revente à perte en France viole la libre circulation des marchandises, car cette régulation rend la pratique de promotion, tout à fait normale en Allemagne, illégale en France, et de cette manière entrave indirectement le commerce

¹¹⁰³ *Raulin*, C-357/89, CEJ, § 17. Voyez également *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 17, 29 ; *ibid.*, §§ 3, 33-35, 37. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 286, 288.

¹¹⁰⁴ *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, § 58.

intracommunautaire. La Cour de Strasbourg répond que cette mesure « n'a pas pour objet de régir les échanges de marchandises entre les États membres ». ¹¹⁰⁵

Dans l'affaire sur le seuil électoral turc qui est fixé à 10 %, le Parti démocratique du peuple insiste sur ce que cette mesure a pour objet de détruire les partis politiques en opposition et, particulièrement, les forces représentant la minorité ethnique kurde. À cause, de ce seuil, 45,3 % (14,5 millions) de la population n'est pas représentée au Parlement. La Deuxième section de la Cour de Strasbourg admet l'argument du gouvernement que cette mesure a un autre but, notamment, elle « vise à offrir à de petites formations la possibilité de s'implanter sur le plan national et ainsi de faire partie d'un projet politique national ». ¹¹⁰⁶

8) La légitimité.

« La légitimité » est la déclaration judiciaire indiquant si un objectif est « légitime » ou non.

Dans l'affaire sur l'interdiction du Groupe technique des députées indépendantes au Parlement européen, le Tribunal de première instance rejette l'argument sur la discrimination des députées non-attachées aux Groupes politiques violant le « principe de la démocratie », en disant qu'« en tout état de cause » cette mesure a un objectif « légitime » qui consiste en la promotion du compromis et de l'émergence de la volonté collective. ¹¹⁰⁷

Dans l'affaire *Kokkinakis*, la Cour de Strasbourg déclare que l'interdiction du prosélytisme en Grèce poursuit un but « légitime » : la protection des droits et libertés d'autrui. ¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁵ *Keck*, C-267/91, CEJ, §§ 10-12. Voyez également *Raulin*, C-357/89, CEJ, §§ 26-28 ; *Griesmar*, C-336/99, CEJ, §§ 17, 61, 62, 65. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 90, 91, 116. Voyez également *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 29, 65, 66.

¹¹⁰⁶ *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 72-74. Voyez également *Saffi*, 22774/93, CEDH, §§ 62, 63.1 ; *Pierre-Bloch*, 24194/94, CEDH, § 56 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIA4.4, IIB7.9 ; *ibid.*, §§ IB10.2, IA4.2, IIA4.4, IIB7.9, IIB7.10.

¹¹⁰⁷ *Martinez*, T-222/99, TPI, § 204. Voyez également *ibid.*, § 145 ; *ibid.*, § 216.

¹¹⁰⁸ *Kokkinakis*, 14307/88, CEDH, §§ 9, 16, 17, 18, 20, 23, 42, 43, 44. Voyez également *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 34.1, 35 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115.

II. Lumière : l'importance.

« L'importance » est la nature évaluative attachée par la juge à l' « objectif » proclamé.

1) Simple.

« L'importance simple » est la situation judiciaire où la juge ne précise pas la nature évaluative attachée à l'objectif proclamé.

Par exemple, dans *Glaxosmithkline*, la Cour de justice dit que les « objectifs » poursuivis par la directive 89/105/CEE concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes nationaux d'assurances-maladie, visent à garantir une protection juridictionnelle effective. Cet objectif n'est pas qualifié de quelque chose de plus important qu'un objectif simple. Il n'y a aucune danse spéciale autour de cet objectif.¹¹⁰⁹

Dans *Pierre-Bloch*, la Cour de Strasbourg n'accompagne d'aucun renforcement verbal son insight sur l'objectif de la mesure française imposant aux candidates aux postes électoraux qui ont dépassé le forfait budgétaire de sa campagne, des sanctions, y compris l'interdiction temporaire de se présenter de nouveau aux élections.¹¹¹⁰

2) Spécifique.

« L'importance spécifique » est la déclaration judiciaire indiquant que l'objectif est « spécifique » ou « non spécifique ».

Par exemple, la Cour de justice explique dans *De Lasteyrie* que l'objectif « spécifique » de la mesure fiscale française en question n'est pas d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner la législation fiscale française, mais vise, de manière

¹¹⁰⁹ *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 33-35, 37. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, § 145 ; *ibid.*, § 204 ; *ibid.*, § 216 ; *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 41, 55.

¹¹¹⁰ *Pierre-Bloch*, 24194/94, CEDH, § 56. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 61.2 ; *ibid.*, §§ 97, 98.1-3 ; *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 101 ; *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 72-74.

générale, toute situation dans laquelle un contribuable détenant des participations d'au moins 25 % dans une société soumise à l'impôt sur les sociétés, transfère, pour quelque raison que ce soit, son domicile hors de France.¹¹¹¹

3) Générale.

« L'importance générale » est la déclaration judiciaire indiquant que l'objectif est général où, ensuite, cet « objectif général » est appliqué d'une certaine façon à l'affaire en l'espèce.

Par exemple, dans *Ždanoka*, la grande Chambre dit que l'interdiction à vie de participer aux élections législatives pour les ex-militantes actives du Parti communiste en Lettonie est compatible avec des « objectifs généraux » de la CEDH.¹¹¹²

4) Particulière.

« L'importance particulière » est la déclaration judiciaire indiquant que l'objectif est « particulièrement » important ou non.

Dans *Immobiliare Saffi*, la Cour de Strasbourg refuse d'attacher le mot « particulier » à l'objectif de la police italienne qui consiste, selon les italiennes, non simplement en exécution automatique de la jugement sur l'expulsion de locataire, mais vise à préserver l'intérêt général, notamment, de ne pas expulser trop des gens pour ne pas provoquer une crise grave de l'immobilier.¹¹¹³

5) Fondamentale.

« L'importance fondamentale » est la déclaration judiciaire indiquant que l'objectif est fondamental. Un objectif fondamental est plus important qu'un objectif particulier.

¹¹¹¹ *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 27, 50, 51.

¹¹¹² *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115.

¹¹¹³ *Saffi*, 22774/93, CEDH, §§ 62, 63.1.

Dans *Pretty*, la Cour de Strasbourg refuse de reconnaître que l'interdiction de l'euthanasie viole le droit de ne pas être soumis au traitement inhumain en déclarant que cette vision est incompatible avec les « objectifs fondamentaux poursuivis par le traité » consistant à la garantie du droit à vie.¹¹¹⁴

37. L'ABUS DE CONSÉQUENCES

« L'abus de conséquences » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté parce qu'autrement il aurait des conséquences négatives.

I. Lumière : le point d'attachement.

Le point d'attachement est une chose, les conséquences de laquelle seront proclamées par la juge.

1) Une interprétation.

« Une interprétation » en tant que point d'attachement de l'abus des conséquences est la déclaration judiciaire indiquant que les conséquences de l'interprétation juridique de la partie perdante seraient négatives ou que les conséquences de celle de la partie gagnante seraient positives.

Dans *Marks & Spencer*, la Cour de Luxembourg attache les « conséquences » à l'interprétation des gouvernements britannique, allemand, hellénique, français, irlandais, finnois, suédois et néerlandais, selon laquelle, les articles 43 et 48 du TCE sur la liberté d'établissement des entreprises ne s'oppose pas à la législation nationale qui exclut la possibilité pour une société mère résidente de déduire de son bénéfice imposable des pertes subies dans un autre État membre par une filiale établie sur le territoire de celui-ci, alors qu'elle accorde une telle possibilité pour des pertes subies par une filiale résidente. Les États membres font valoir qu'une interprétation contraire mènerait à l'érosion de la base fiscale, car les filiales étrangères ne sont pas imposées dans le pays de résidence

¹¹¹⁴ *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 44, 45, 54.

de la société mère, mais les juges déclarent que les « conséquences » seraient différentes, car la société mère serait démotivée vis-à-vis d'investissement à l'étranger.¹¹¹⁵

Dans *Drozd*, la Cour de Strasbourg conclut que l'exécution par les autorités françaises des décisions des cours andorranes sans vérifier la conformité de ses décisions à l'article 6 de la CEDH qui consacre le droit au procès équitable, a des conséquences positives sur la coopération internationale. Selon les juges, une pratique contraire, qui se déduit de l'interprétation de la partie perdante, aurait des conséquences négatives comme l'affaiblissement de cette coopération.¹¹¹⁶

2) Un mouvement factuel.

« Un mouvement factuel » est la déclaration judiciaire indiquant qu'un mouvement factuel de la partie perdante aura des conséquences négatives.

Dans *Cassis de Dijon*, la Cour de Luxembourg rattache les « conséquences » à un mouvement factuel, à la législation allemande qui interdit aux boissons spiritueuses à faible teneur alcoolique de s'appeler « Bier » (bière). Les allemandes dissent que les conséquences de l'autorisation à utiliser ce terme en ce qui concerne les boissons faiblement spiritueuses seraient : l'accoutumance rapide à la consommation d'alcool et l'imposition, dans la Communauté, comme standard commun de la teneur alcoométrique la plus faible. Mais les juges voient d'autres conséquences : l'assurance d'un avantage donné aux boissons spiritueuses à forte teneur alcoolique, en éloignant du marché national les produits d'autres États membres ne répondant pas à cette spécification.¹¹¹⁷

¹¹¹⁵ *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, §§ 41. Voyez également *Le Pen*, T-353/00, TPI, § 92 ; *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ IV.1.3-5, 1, 2, 4 ; *ibid.*, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30 ; *ibid.*, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 33, 34, 35.

¹¹¹⁶ *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 8, 52, 75.1 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 61.3 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IA4.2, IB11.1 ; *ibid.*, §§ IB10.1, IIA4.4 ; *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 12, 19, 46, 47, 73, 77, 108, 109 ; *ibid.*, §§ 12, 19, 46, 47, 73, 77, 113 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 26, 27, 46, 73, 75 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 113 ; *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16, 18, 19.2, 20, 32.1, 33.

¹¹¹⁷ *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, 120/78, CEJ, §§ 12, 14. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 188 ; *ibid.*, 1474/62, CEDH, §§ 265.1&4, 281 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 126, 139. Voyez également *Leitner*, C-168/00, CEJ, §§ 6, 10, 16, 21 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 275, 282 ; *ibid.*, §§ 286, 288 ; *ibid.*, §§ 303, 304 ; *ibid.*, §§ 312-316 ; *ibid.*, §§ 383, 401 ; *ibid.*, § 402 ; *ibid.* §§ 343, 346, 454 ; *ibid.*, §§ 343, 346, 461.

Dans *Matthews*, le gouvernement britannique soutient que l'absence d'organisation d'élections européennes à Gibraltar est une conséquence de la régulation provenant du niveau européen et non d'une loi adoptée à Londres. La Cour de Strasbourg décide de rattacher ces « conséquences » à un mouvement factuel des anglaises – à leur libre adhésion à la Communauté, ce qui signifie qu'elles sont responsables d'es violations des droits de l'homme par cette Communauté.¹¹¹⁸

II. Lumière : l'importance.

« L'importance » est la nature évaluative attachée par la juge aux « conséquences » proclamées. L'évaluation peut varier : les bonnes conséquences, les mauvaises conséquences, les circonstances normales, mais le critère du niveau d'importance attachée existe indépendamment de l'axe « le bien versus le mal ».

1) Simples.

« Les conséquences simples » est la situation judiciaire où la juge ne précise pas l'importance qu'elle attache aux conséquences proclamées.

Par exemple, dans *Marks & Spencer*, la Cour de Luxembourg ne donne aucun étayement des « conséquences » de l'exclusion de la possibilité pour une société mère résidente de déduire de son bénéfice imposable des pertes subies dans un autre État membre par une filiale établie sur le territoire de celui-ci, alors qu'une telle possibilité, pour des pertes subies par une filiale résidente, est accordée. On ne voit autour de ces « conséquences » aucun sens supplémentaire exprimé par des mots.¹¹¹⁹

Dans *Banković*, la Cour de Strasbourg dit que la partie perdante qui s'est plainte du bombardement des objets civils et non-militaires causant des mortes par les forces de l'OTAN contrôlant l'espace

¹¹¹⁸ *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 26, 33. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIA4.2, IIA4.3, IIB7.4, IIB7.5 ; *ibid.*, §§ IB10.2, IA4.2, IIA4.4, IIB7.9, IIB7.10 ; *ibid.* §§ IIB10.2, IIB12.2, IIB12.2, IIB12.3, IIB13.11 ; *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 30, 58, 62, 63 ; *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16, 18, 19.2. 20, 32.1, 33. Voyez également *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 34, 51, 61.

¹¹¹⁹ *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, § 41. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 383, 401 ; *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ IV.1.3-5, 1, 2 ; *ibid.*, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6. V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 126, 139. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 265.1&4, 281.

aérien de la Yougoslavie, veut engager la responsabilité extraterritoriale des États contractants dans n'importe quel pays où une personne « subi[t] des effets » négatifs d'un acte imputable à État contractant. Les juges ne précisent pas l'importance de ces « effets », donc il faut présumer que l'importance est simple.¹¹²⁰ Dans ce cas, l'absence d'importance plus importante que simple renforce la boratisation de la partie perdante.

2) Limitées, « purement » quelque chose, inconnues.

« Les conséquences limitées, « purement » quelque chose ou inconnues » est la déclaration judiciaire indiquant que les conséquences seront ou ne seront pas « limitées », « purement » telles ou « inconnues », déclaration faite afin de rejeter l'argument de la partie perdante.

Dans *Aalborg*, la Cour de justice, en considérant l'affaire sur des pratiques anticoncurrentielles, explique que l'abandon des grief nationaux ne signifie pas que l'entreprise concernée ne doit pas être persécutée au niveau européen. Les juges rejettent le principe interdisant de persécuter deux fois pour la même action, car, selon elles, une décision d'abandon des grief nationaux ne vise que des « conséquences purement » nationales.¹¹²¹

Dans l'affaire linguistique belge, on voit le gouvernement flamand qui interdit l'établissement des écoles secondaires publiques ou soutenues par les fonds d'État où la langue d'instruction serait française. Les parents font valoir que cette mesure viole le droit au respect de la vie familiale dans le sens de l'article 8 de la CEDH. Ce régime est un « instrument de dépersonnalisation forcée » menaçant le développement intellectuel et émotionnel de l'enfant. La « conséquence directe » de cette mesure est que soit les enfants doivent étudier en néerlandais dès qu'ils arrivent à l'école, soit aller loin de la maison, à Bruxelles ou en Wallonie. La Cour de Strasbourg limite la portée des ces conséquences en présumant qu'elles ne sont présentes que dans des « cas individuels ».¹¹²²

¹¹²⁰ *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 8, 12, 52, 75.1. Voyez également *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16, 18, 19.2, 20, 32.1, 33. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IB10.2, IA4.2, IIA4.4, IIB7.9, IIB7.10 ; *ibid.*, §§ IIB10.2, IIB12.2, IIB12.3, IIB13.11. Voyez également *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 26, 33 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 61.3 ; *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 30, 58, 62, 63 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 26, 27, 46, 73-75.

¹¹²¹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 188. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 275, 282.

¹¹²² *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIA4.2, IIA4.3, IIB7.4, IIB7.5.

3) Pratiques, réelles, exactes.

« Les conséquences pratiques, réelles ou exactes » est la déclaration judiciaire indiquant que les conséquences seront ou ne seront pas « pratiques », « réelles » ou « exactes » ayant pour l'objectif de rejeter l'argument de la partie perdante.

Par exemple, dans *Markt Intern*, la Cour de Strasbourg dit que si elle commence à examiner si une restriction sur la diffusion d'information commerciale considérée par certaines comme « diffamation des concurrentes » est « nécessaire dans une société démocratique », cela aura pour conséquence réelle que les juges devront procéder au réexamen des faits et de toutes les circonstances de chaque cas.¹¹²³

4) Sérieuses.

« Les conséquences sérieuses » est la déclaration judiciaire indiquant que les conséquences seront ou ne seront pas « sérieuses », déclaration faite pour rejeter l'argument de la partie perdante.

5) Destructives.

« Les conséquences destructives » est la déclaration judiciaire indiquant que les conséquences seront ou ne seront pas « destructives », déclaration faite afin de rejeter l'argument de la partie perdante.

Par exemple, dans l'affaire sur l'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH, la Cour de Luxembourg déclare qu'une telle adhésion aurait des conséquences détruisant (proprement dit,

¹¹²³ *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16, 18, 19.2, 20, 32.1, 33.

"changeant de manière substantielle") le système communautaire pour la protection des droits de l'homme.¹¹²⁴

Dans l'affaire *Beard*, la Cour de Strasbourg soutient que la reconnaissance du droit de la famille des roms de construire sa maison sur la terre qu'elle possède en tant que propriété privée, ce qui est interdit par les autorités britanniques en raison du fait qu'il n'y a que deux sorties pour cette propriété : l'une d'elles est dangereuse du point de vue de la sécurité routière, aurait des conséquences imposant l'obligation positive allant au-delà du droit à domicile prévu par l'article 8 de la CEDH. Les juges affirment que, par conséquent, tous les Etats contractants seraient obligés à garantir à la communauté roms un nombre adéquat de sites disponibles pour y vivre. De telles conséquences sont jugées inadmissibles.¹¹²⁵

6) Absurdes.

« Les conséquences absurdes » est la déclaration judiciaire indiquant que les conséquences seront ou ne seront pas « absurdes » ayant pour objectif de rejeter l'argument de la partie perdante.

Dans l'affaire *linguistique belge*, les parties perdantes soutiennent que le gouvernement flamand viole le droit à l'instruction (article 2 du Protocole n° 1 de la CEDH) en liaison avec l'interdiction de discrimination linguistique au sens de l'article 14 de la CEDH. La Cour de Strasbourg rejette cette position en déclarant qu'elle mène à des « résultats absurdes ». Selon les juges, si on constate que la suppression et l'interdiction du rétablissement des écoles publiques de langue française en Flandre, la région néerlandophone de la Belgique, viole ces deux articles, les conséquences seront telles que n'importe qui pourra exiger de disposer d'un enseignement dans n'importe quelle langue dans le territoire des Parties Contractantes.¹¹²⁶

¹¹²⁴ *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 33, 34, 35. Voyer également *Le Pen*, T-353/00, TPI, § 92.

¹¹²⁵ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 12, 19, 46, 47, 73, 77, 108, 109. Voyer également *ibid.*, §§ 12, 19, 46, 47, 73, 77, 113 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 113 ; *Drozd*, 12747/87, CEDH, § 46, 108, 110.1. Voyer également *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16, 18, 19.2, 20, 32.1.

¹¹²⁶ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IA4.2, IB11.1. Voyer également *ibid.* §§ IB10.1, IIA4.4.

38. L'ABUS HISTORIQUE

« L'abus historique » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisque sa nature négative est éclairée à la lumière de l'histoire.

1) L'origine historique est mauvaise.

« L'origine historique est mauvaise » est la déclaration judiciaire indiquant que le principe ou une disposition juridique invoquée par la partie perdante est mauvaise car elle a une mauvaise origine historique.

Par exemple, quand la question de la conformité de la sanction pénale pour prosélytisme, applicable pour la défense de toutes les religions sans distinction aucune, à la CEDH se pose devant la Cour de Strasbourg, les juges la délègiment en soulignant que le gouvernement démocratique maintient une mesure introduite par la dictature de Metaxas (1936-1940). Les juges ne font pas référence au rôle historique joué par l'Église orthodoxe de Grèce dans la lutte du pays pour l'indépendance et pour son identité, ni au contexte d'oppression religieuse rencontré par les grecques sur leur voie historique.¹¹²⁷

2) L'évolution historique spécifique.

« L'évolution historique spécifique » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement juridique de la partie perdante est rejeté puisqu'il doit être examiné dans le cadre d'une « évolution historique spécifique ».

Dans *Ždanoka*, la Cour de Strasbourg déclare que la question est de savoir si une mesure de restriction électorale doit être appréciée dans un contexte historique spécifique. Par exemple, l'interdiction à vie pour une ancienne militante active du Parti communiste de se présenter aux élections législatives est admissible dans le contexte letton où le pays vient de se libérer de l'Union

¹¹²⁷ *Kokkinakis*, 14307/88, CEDH, §§ 14, 34.

soviétique en 1990 et introduit cette mesure en 1995, mais ne serait pas admissible dans un pays ayant une histoire démocratique vieille de nombreuses décades.¹¹²⁸

3) La situation historique au moment de la signature du traité.

« La situation historique au moment de la signature du traité » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement juridique de la partie perdante est rejeté puisqu'il doit être examiné du point de vue de la situation historique au moment de la signature du traité.

Dans *l'affaire linguistique belge*, la Cour de Strasbourg décide que la question s'il y a une discrimination linguistique en matière de l'accès à l'instruction dans le cas où les autorités belges suppriment et interdisent l'enseignement public et gratuit en langue française en Flandre, dépend de l'état de choses qui existait au moment de la signature de la CEDH. Comme, à cette époque, la Belgique, et les autres Etats, avaient un système général et officiel d'instruction, l'argument de la partie perdante est rejeté. Cette existence signifie que les Parties Contractantes ne voulaient pas donner un sens plus élargi au droit à l'instruction.¹¹²⁹

4) La tendance historique.

« La tendance historique » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement juridique de la partie perdante est rejeté puisqu'il ne correspond pas à la « tendance historique ».

Dans *Microsoft*, T-201/04 R, l'entreprise fait valoir que la divulgation des protocoles de communication de son système opérationnel aux concurrentes restreindra sa souplesse nécessaire pour le processus de recherche et d'innovation, car la "réalité commerciale" l'obligera à assurer la compatibilité de ses produits avec ceux des concurrentes. Les juges répondent qu' "historiquement" Microsoft ne se considérait pas lié par une telle obligation, notamment, en rendant inopérant la NDS

¹¹²⁸ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 133. Voyez également *ibid.*, §§ 119-121. Voyez également *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 41, 42, 45, 55, 61, 68 ; *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 49, 51. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.5.

¹¹²⁹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.3.5.

de Novell pour sa NT. Autrement dit, il y a une tendance historique qui joue en faveur de la conclusion que l'argument de Microsoft est faux.¹¹³⁰

Dans *Mamatkulov*, la Cour de Strasbourg fait référence à l'importance croissante d'une requête individuelle au niveau historique afin de justifier l'introduction unilatérale de son droit à imposer aux Etats une mesure intérimaire et souligner sa nature obligatoire. La Turquie insiste sur ce que le pouvoir d'imposer des mesures intérimaires ne peut être reconnu à la Cour qu'en modifiant la CEDH. La tendance historique invoquée par les juges est la suivante : avant le 1 novembre 1998, le jour de l'entrée en vigueur de la réforme de la Cour, la Commission européenne des droits de l'homme ne pouvait accueillir de requêtes individuelles qu'après une déclaration formelle de la part de l'Etat concerné ; mais après l'adoption du Protocole n° 11, la recevabilité d'une requête individuelle ne nécessite plus une telle déclaration.¹¹³¹

39. LE RENVERSEMENT DES CIRCONSTANCES

« Le renversement des circonstances » est le choix d'un groupe de circonstances pour former le fond de la décision judiciaire et le rejet d'un contre-groupe.

1) Le réélargissement.

Le « réélargissement » est le deuxième élargissement du contexte factuel en lui accordant l'importance déterminante effectué par la juge, mais sans nier l'existence empirique des circonstances invoquées par la partie perdante pendant le premier élargissement.

Chronologiquement, le premier élargissement du contexte factuel est fait par la partie perdante quand elle fait un mouvement initial. Le deuxième élargissement prend déjà place devant la cour et est fait par la juge en faveur de la partie gagnante.

¹¹³⁰ *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 303, 305, 306.

¹¹³¹ *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 109, 122. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 89, 90.

Dans *Dassonville* les belges pensent qu'elles n'imposent pas une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à la libre circulation des marchandises en interdisant l'importation d'une marchandise portant une appellation d'origine particulière lorsque cette marchandise n'est pas accompagnée d'une pièce officielle délivrée par l'État exportateur sur ladite origine. Le premier élargissement du contexte factuel consiste en ce qu'il n'y a pas de différence basée sur la nationalité de l'importatrice. Les entreprises belges, britanniques, allemandes et françaises sont traitées de la même manière : elles doivent prouver par un certificat, par exemple, britannique que sa marchandise « Scotch Whisky » est vraiment originaire du Royaume-Uni. De plus, il n'y a aucune restriction quantitative : importez la quantité que vous voulez. La Cour de Luxembourg ne nie pas l'existence de ces faits, mais elle fait le deuxième élargissement ou, mieux dit, réélargit pour ajouter à ce contexte factuel de nouvelles circonstances qui pèseront en faveur de la conclusion contraire. Il est plus facile d'obtenir ce certificat britannique pour une entreprise britannique que pour une entreprise française ou, de manière similaire, il est plus facile d'obtenir un certificat français pour une entreprise française que pour une entreprise britannique, car il faut tout simplement faire des démarches auprès des autorités de son propre pays. Alors, le Luxembourg déclare qu'il y a une discrimination basée sur la nationalité.¹¹³²

Dans *Mellors* la question se pose de savoir qui est coupable pour le délai de la procédure d'appel de 3 ans et 2 semaines : M. Mellors accusé de viol ou le gouvernement britannique ? Ce dernier présente son contexte factuel : en décembre 1996 il a refusé d'assister à la plaidoirie ; ensuite, son avocat s'est retiré ; encore plus tard, son avocat a demandé l'ajournement en raison de son indisponibilité en janvier 1999. La Cour de Strasbourg réélargit la situation factuelle présentée par le gouvernement par un contre-contexte, sans nier l'exactitude des faits des autorités britanniques :

¹¹³² *Dassonville*, 8-74, CEJ, §§ 2, 4. Voyez également *Prisco*, C-216/99, CEJ, §§ 35, 42, 52. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 172, 183-185 ; *ibid.*, § 186 ; *ibid.*, §§ 213, 263-267. Voyez également *ibid.*, §§ 196, 198, 204, 205, 213, 282-286, 289, 290, 294, 297 ; *ibid.*, §§ 183, 184, 187 ; *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1047 § 1049 ; *ibid.*, §§ 1131, 1132 ; *ibid.*, §§ 1183, 1209-1211 ; *ibid.*, §§ 1642 § 1680 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 55 ; *ibid.*, §§ 256, 260 ; *ibid.*, §§ 65, 356 ; *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 103, 107 ; *ibid.*, § 134, 139 ; *ibid.*, §§ 26, 30, 41-43, 45, 49, 141 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 115, 116, 129, 130 ; *ibid.*, §§ 153, 155 ; *ibid.*, § 318 ; *ibid.*, § 319 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, § 124 ; *ibid.*, §§ 238 § 242 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 46, 62 ; *ibid.*, §§ 145, 147 ; *ibid.*, §§ 127, 173, 177, 181 ; *ibid.*, §§ 165-170 ; *ibid.*, §§ 243, 252. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, § 120 ; *ibid.*, §§ 93, 94, 126 ; *ibid.*, §§ 136, 137, 140 ; *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 90, 91, 116. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 127, 145, 146 ; *ibid.*, §§ 127, 147, 148, 149 ; *ibid.*, §§ 128, 153 ; *ibid.*, §§ 127, 155, 156 ; *ibid.*, §§ 127, 158 ; *ibid.*, §§ 121, 122, 167, 170. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 58, 59, 61, 63, 64 ; *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 15, 16, 25, 31-33. Voyez également *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 43-45, 58, 60. Voyez également *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 27, 56. Voyez également *Griesmar*, C-336/99, CEJ, §§ 51, 56, 57 ; *Franovich*, C-6/90, CEJ, §§ 23-25 ; *First National Bank of Chicago*, C-172/96, §§ 3, 9, 15, 23, 24, 31, 32 ; *ibid.*, §§ 36, 37, 42-44 ; *ibid.*, §§ 36, 41, 42, 45-48. Voyez également *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, 120/78, CEJ, §§ 9-11 ; *Hectors*, C-150/03 P, CEJ, §§ 44 § 46 ; *Griesmar*, C-336/99, CEJ, §§ 51, 52. *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 137, 256 ; *ibid.*, §§ 303, 305, 307 ; *ibid.*, §§ 267, 268 ; *ibid.*, §§ 303, 305, 308 ; *ibid.*, §§ 312, 313, 315, 316.

en décembre 1996 le requérant a refusé d'assister à la plaidoirie en raison du refus de l'autorisation à porter les vêtements civils auxquels il avait droit ; les deux ajournements en raison de l'absence, à l'étranger, du vice-avocat de la Couronne et en raison du sur-chargement de la cour nationale ont coûté une année ; les cinq mois du retard en raison de l'ajournement demandé par l'avocat de Mellors en janvier 1999 sont excessifs.¹¹³³

2) L'abus de la constatation d'absence.

« L'abus de la constatation d'absence » est le refus d'accorder l'importance déterminante aux circonstances invoquées par la partie perdante sans nier leur existence empirique justifié par la constatation d'absence de certaines circonstances supplémentaires.

Par exemple, dans *Kaufring* la Commission européenne reproche principalement deux circonstances à l'importatrice des téléviseurs en provenance de Turquie : premièrement, ces téléviseurs avaient des composants en provenances d'autres pays que la Turquie et, donc, ne pouvaient pas profiter du même régime douanier que ceux produits complètement en Turquie. Ces composants illégaux devaient être imposés séparément. Deuxièmement, l'importatrice ne s'est pas renseignée à propos de ces composants auprès de l'exportatrice turque. Le Tribunal de première instance renverse ces

¹¹³³ *Mellors*, 57836/00, CEDH, §§ 25, 27, 32, 33, 35. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 66 (article 5.2), 69-75, 77, 100, 105 ; *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 30, 32, 73, 77, 96, 123-125 ; *Broniowski*, 31443/96, CEDH, § 193, 194. Voyez également *Pedersen*, 49017/99, CEDH, § 25, 38, 71, 72, 74, 75, 80 ; *ibid.*, §§ 25, 82, 83 ; *ibid.*, § 90 ; *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16, 18, 19.2, 20, 32.1 ; *ibid.*, §§ 16, 36.2 ; *F*, 11329/85, CEDH, §§ 9-13, 17.2, 35, 36.2-4 ; *P.S.*, 33900/96, CEDH, §§ 11-13, 28, 29 ; *S.N.*, 34209/96, CEDH, §§ 42, 52. Voyez également *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 54, 56, 68, 73, 76, 77. Voyez également *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 28, 56, 57, 65, 68 ; *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 35, 56. Voyez également *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 45, 47, 51. Voyez également *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 12, 53. Voyez également *Boškoski*, 11676/04, CEDH, Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 72, 74, 94. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 34, 56, 57, 59 ; *ibid.*, §§ 302, 303, 306, 307, 318 ; *ibid.*, §§ 168, 173-185, 345, 346, 347, 348, 349, 350 ; *ibid.*, §§ 34, 76, 122, 380 ; *ibid.*, §§ 46, 75, 137, 138, 143, 355, 381 ; *ibid.*, §§ 87, 88, 292, 357.1, 357.3, 357.4, 381, 382.1 ; *ibid.*, §§ 111, 116, 161, 382.2 ; *ibid.*, §§ 34, 122, 389 ; *ibid.*, §§ 357.1, 357.3, 357.4, 390 ; *ibid.*, § 464 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 229, 233, 234. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIF39, IIF42.2, IIF42.8 ; *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 43, 50, 86 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 65-67, 73, 76, 77 ; *Daktaras*, 42095/98, CEDH, §§ 29, 33-35. Voyez également *Butkevičius*, 48297/99, CEDH, §§ 26-29, 47, 49, 50, 51, 53.3. Voyez également *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 9, 31, 34, 36, 37, 41, 51, 52, 61, 62 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 74, 76. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 212, 214.1. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, § 210.

circonstances par la constatation d'absence : il n'y avait pas de circonstance qui donnerait lieu au doute à propos de ces composants.¹¹³⁴

Dans *Chypre c. Turquie*, il y a certaines preuves que la police de Chypre du Nord ne conduit pas les enquêtes de certains crimes contre les chypriotes grecques ainsi que contre leur propriété et que l'administration locale ne les protège pas vraiment. Mais, en réélargissant, il y a certains exemples du succès des chypriotes grecques dans les affaires contre les criminelles. La Cour de Strasbourg décide de solutionner le cas par la déclaration qu'il fallait apporter plus des preuves directes quant au caractère délibéré de la pratique administrative défavorable envers les chypriotes grecques.¹¹³⁵

3) Le rendement des faits faux.

« Le rendement des faits faux » est l'invocation des contre-circonstances qui nient l'existence empirique des circonstances invoquées par la partie perdante. Dans ces conditions, contrairement à la variante du réélargissement, l'existence de l'un fait exclut l'existence de l'autre.

Par exemple, dans *First National Bank of Chicago*, la banque veut profiter d'une déduction fiscale prévue par la sixième directive en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de TVA : assiette uniforme. Pour cet objectif, elle doit prouver que ses opérations de change sont effectuées « à titre onéreux » et au moyen d'une « contrepartie ». Le gouvernement britannique insiste sur l'existence du fait que, faute de contrepartie, ces opérations ne sont qu'un simple échange de moyens de paiement. Par contre, le gouvernement français, la Commission européenne et la Cour de justice concluent qu'il faut élargir le contexte factuel en incluant le fait que les cours auxquels la banque est disposée à vendre ou à acheter des devises sont différents et séparés par une marge. La banque se rémunère de sa prestation

¹¹³⁴ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 203, 204, 296. Voyez également *ibid.*, §§ 196, 198, 203-205, 213, 262, 268. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128, 194. Voyez également *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 69, 79. Voyez également *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1122, 1128 ; *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 123, 179 ; *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 26, 30, 41-43, 45, 49 ; *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 27, 29, 31, 53 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 238 § 242. *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 275, 283 ; *ibid.*, §§ 415, 417, 418 ; *ibid.*, § 465.

¹¹³⁵ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 265, 268, 271. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 50, 52.1. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 36, 37, 110. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 21.1, 65, 66, 85 ; *Sheffield*, 22985/93, CEDH, 43, 56.

de service par une contrepartie qu'elle intègre dans le calcul de ces cours. Donc l'élargissement du contexte factuel rend les faits de la partie perdante faux.¹¹³⁶

Dans *Goodwin*, le gouvernement britannique soutient qu'il ne reconnaît pas le sexe post-opérationnel d'une transsexuelle, car il est impossible de changer le sexe au niveau des chromosomes. La Cour de Strasbourg répond que les personnes voulant changer leur sexe ont des anomalies chromosomiques et que pour cette raison le fait invoqué par le Royaume-Uni est faux.¹¹³⁷

4) Le renversement par une hypothèse.

« Le renversement par une hypothèse » est le rejet d'accorder l'importance déterminante aux circonstances invoquées par la partie perdante lequel est justifié par la création d'une hypothèse.

Dans l'affaire *Microsoft*, l'entreprise demande de ne pas exécuter l'ordonnance de la Commission européenne de divulguer les spécifications des protocoles de son système opérationnel aux concurrentes jusqu'à l'arrêt final de la cour de Luxembourg. Pour fonder sa demande, l'entreprise affirme que l'obligation de divulgation réduirait la flexibilité dont elle a besoin pour l'amélioration régulière de ces protocoles ainsi que pour inventer, puisqu'elle serait obligée par la réalité commerciale d'assurer une compatibilité en amont avec les produits des concurrents fondés sur ses protocoles. Le Président du Tribunal de première instance invoque la contre-circonstance consistant en ce que Microsoft assure en tout état de cause la compatibilité en amont avec les versions antérieures de ses propres produits. Il conclut, ensuite, qu'en assurant cette compatibilité, elle est également en mesure d'assurer la compatibilité en amont avec les produits des concurrentes. On voit derrière cette conclusion que la chamane émet l'hypothèse qu'au niveau des coût intellectuels et financiers, l'assurance de la compatibilité avec ses propres produits et ceux des concurrentes est

¹¹³⁶ *First National Bank of Chicago*, C-172/96, §§ 3, 15, 23, 24, 26, 27. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, § 318 ; *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1510, 1516, 1649, 1651 ; *ibid.*, §§ 3283, 3287 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, § 122 ; *ibid.*, § 123 ; *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 157, 158. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 57, 84 ; *ibid.*, §§ 93, 94, 107 ; *ibid.*, §§ 96, 121, 125. Voyez également *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 72, 111, 114, 115 ; *ibid.*, §§ 73, 104, 117. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 127, 145, 146. Voyez également *Audi*, T-16/02, CEJ, § 25 ; *ibid.*, §§ 19, 43-45, 60, 66, 69 ; *ibid.*, §§ 43, 69, 71, 73, 74 ; *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 21, 26, 27, 33, 47 ; *ibid.*, §§ 29, 65, 66 ; *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, § 50. Voyez également *ICI*, C-264/96, CEJ, §§ 7, 25, 27. Voyez également *Franovich*, C-6/90, CEJ, §§ 15, 18, 19. Voyez également *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, 120/78, CEJ, §§ 12, 13 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 258-260, 262, 286, 317 ; *ibid.*, §§ 415, 417, 418.

¹¹³⁷ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 82. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 80, 95 ; *Pedersen*, 49017/99, CEDH, §§ 24, 88 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 92, 98.2.

presque la même chose. Donc, le renversement des circonstances est effectué au moyen d'une hypothèse.¹¹³⁸

Dans *Sheffield* une transsexuelle britannique habitant aux Pays-Bas avec un partenaire masculin et voulant se marier avec lui dit devant la Cour de Strasbourg qu'elles ne peuvent pas retourner au Royaume-Uni pour y habiter puisque la loi anglaise ne reconnaît pas le droit de changer son sexe au niveau juridique. Elle apporte une lettre des autorités britanniques où il est indiqué que l'administration anglaise ne reconnaîtra pas un tel mariage néerlandais. De là, elle déduit la violation du droit à la vie privée. Les chamanes strasbourgeoises renversent ces faits par l'hypothèse consistant en ce que probablement une cour britannique reconnaîtrait ce mariage.¹¹³⁹

40. COMPARAISON ASPECTUELLE CIRCONSTANCIELLE

« La comparaison aspectuelle circonstancielle » est l'extraction de certains aspects similaires et distincts à partir de deux situations factuelles pour dire que ces situations sont similaires ou distinctes. La différence entre la mythologie chaotique et la comparaison aspectuelle circonstancielle consiste en ce que, dans le premier cas, on observe une série des précédents où la contradiction spirituelle (entre les principes juridiques) n'est pas accompagnée d'explication aspectuelle de cette différence de la part de la Cour. La comparaison aspectuelle circonstancielle ne doit non plus être assimilée à la comparaison falsifiée, car ici on peut identifier clairement les contradictions et les similarités entre deux situations factuelles et les expliquer en décrivant des aspects, tandis que, dans le cas de comparaison falsifiée, on ne trouve pas de telles contradictions ou similarités, ni de tels aspects comparatifs factuels. La comparaison aspectuelle circonstancielle est différente de la technique du dédoublement des faits en ce qu'elle est justifiée par la clarification et par l'identification des aspects comparatifs, tandis que le dédoublement, ainsi que la technique de la fusion des esprits-faits, est plutôt une simple déclaration.

¹¹³⁸ *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 303, 305, 307. Voyez également *ibid.*, §§ 133, 275, 283 ; *ibid.*, § 319 ; *ibid.*, §§ 406, 410 ; *ibid.*, § 465 ; *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 83, 171. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 89, 117. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 89, 90, 118 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 59.

¹¹³⁹ *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 25, 69. Voyez également *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 20, 54.2, 77. Voyez également *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 60, 64. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 65, 66, 79 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 266, 270 ; *S.N.*, 34209/96, CEDH, §§ 28, 40, 48.

Brian Bix note que tous les efforts pour diviser la réalité sociale sont arbitraires : A peut être groupé avec B en excluant C, et vice versa.¹¹⁴⁰

Dans *Bosal*, les gouvernements néerlandais et britannique avec la Commission européenne font valoir que la situation d'une société mère ayant des filiales réalisant des bénéfices imposables aux Pays-Bas n'est pas similaire à la situation d'une société mère avec de telles filiales. Les unes réalisent un bénéfice aux Pays-Bas et pour cette raison la société mère peut déduire de son bénéfice imposable dans cet État membre les frais résultant du financement de participation dans le capital de sa filiale. Les autres ne réalisent pas de bénéfice aux Pays-Bas et, donc, la société mère ne peut pas déduire ses frais de participation. La Cour de justice répond que ces deux situations sont similaires et, par conséquent, ces frais doivent être déductibles. Les juges indiquent l'aspect suivant : la société mère peut déduire ses frais même si sa filiale établie aux Pays-Bas ne réalise aucun bénéfice et le niveau de déduction n'est pas dépendant du niveau de bénéfice réalisé par la filiale néerlandaise. La similarité consiste en ce que la filiale établie hors Pays-Bas également ne réalise aucun bénéfice aux Pays-Bas.¹¹⁴¹ On pourrait continuer en disant que la filiale néerlandaise, contrairement à une filiale étrangère, a le potentiel de commencer à le réaliser, mais on ne continue pas.

Dans *Banković*, les membres des familles de personnes assassinées par le bombardement de la Yougoslavie par les forces de l'OTAN font valoir qu'une guerre extraterritoriale et une guerre au sein d'un État contractant sont analogues, ce qui signifie que dans les deux cas l'État contractant porte la même responsabilité pour la violation du droit à la vie. L'aspect des victimes est le mot « guerre ». Par contre, la Cour de Strasbourg invoque d'autres aspects comparatifs : aucun État contractant n'a jamais fait aucune dérogation en ce qui concerne l'application de la CEDH pour ces actions militaires hors de son territoire, mais les États contractants le faisaient en ce qui concerne des conflits violents internes. Cela signifie que les guerres hors de son territoire ont un statut

¹¹⁴⁰ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, op. cit., p. 192.

¹¹⁴¹ *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 19, 35. Voyez également *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 8, 96 ; *ibid.*, § 174 ; *Prisco*, C-216/99, CEJ, §§ 7, 10, 14, 15, 35, 38, 49. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, § 43 ; *ibid.*, §§ 92, 93, 120. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 65, 66 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 90, 91, 169, 172 ; *ibid.*, §§ 177, 178, 180, 188 ; *Le Pen*, T-353/00, TPI, § 92 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 234, 235, 237, 272 ; *ibid.*, §§ 7, 316 ; *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 33, 101, 102. Voyez également *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 27, 29, 46. Voyez également *Marshall*, 152/84, CEJ, §§ 29, 32 ; *ibid.*, §§ 43, 44, 49. A Voyez également *Klett*, C-204/01, CEJ, §§ 1, 5, 10, 11, 12, 17, 18, 29, 30, 32, 33. Voyez également *Commission c. Espagne*, C-83/99, CEJ, §§ 3-5, 7, 11, 12. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 190, 198. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 7, 8, 37, 64, 84-88.

différent par rapport aux conflits internes et que la CEDH n'est pas applicable dans le cas d'actions militaires externes.¹¹⁴²

41. COMPARAISON ASPECTUELLE JURISPRUDENTIELLE

A court can usually find earlier decision which can be made to appear to justify almost any conclusion.

Jerome Frank¹¹⁴³

Our courts can generally find precedents for almost any proposition.

Uriah Milton Rose, President of
the American Bar
Association¹¹⁴⁴

Llewellyn élabore une critique de la doctrine du précédent en concluant qu'elle est dicéphale, comme Janus à deux visages. Il y aura toujours des raisons pour rejeter l'arrêt précédent ainsi que pour ne pas le rejeter.¹¹⁴⁵ Thurman Arnold note que plusieurs précédents peuvent gérer un pays simple comme la Suède, 800 volumes sont suffisants pour fournir l'essence intellectuelle pour une petite île comme l'Angleterre, mais une grande et complexe machine sociale comme l'Amérique a

¹¹⁴² *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 49, 62. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IA4.3, IB9.1, IB9.2, IB9.3 ; *ibid.*, §§ IIE29.3, IIE32.2 ; *ibid.*, §§ IIE30, IIE32.4, IIE32.6-7 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 88, 89 ; *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, §§ 24, 64 ; *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 60, 64. Voyez également *Butkevicius*, 48297/99, CEDH, §§ 26-29, 47, 52, 53.1 ; *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 42, 43. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 213.1, 214.1, 228, 229. Voyez également *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1-2 ; *F.*, 11329/85, CEDH, § 39. Voyez également *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 160, 161, 178, 182, 184, 186.

¹¹⁴³ Frank, *Law and the Modern Mind*, *op. cit.*, p. 152.

¹¹⁴⁴ Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 262.

¹¹⁴⁵ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 90.

besoin de quelque chose comme 25 000 arrêts par an. L'inflation juridique¹¹⁴⁶ augmente l'indécisionnabilité.

« La comparaison aspectuelle jurisprudentielle » est l'extraction de certains aspects similaires et distincts de plusieurs arrêts précédents afin d'appliquer ou de ne pas appliquer ces arrêts précédents pour solutionner d'un problème concret en l'espèce.

Selon le critère du rôle joué par l'arrêt précédent (par l'amulette) nous distinguons trois variantes et sous l'angle de la nature des aspects choisis par le juge (des esprits qui ont gagné la lutte spirituelle selon la vision du chaman) il faut distinguer huit variantes.

I. Lumière : le rôle d'amulette.

« Le rôle d'amulette » est le mode d'emploi et l'utilité de l'arrêt précédent dans un litige concret en l'espèce.

1) L'applicabilité d'une amulette unispirituelle.

« L'applicabilité d'une amulette unispirituelle » est la situation judiciaire où, premièrement, la discussion se développe autour de la question de savoir si un arrêt précédent (une amulette) est applicable et, deuxièmement, l'arrêt précédent contient seulement un principe utile uniquement pour une partie au litige (est unispirituelle).

Par exemple, dans *Aalborg*, l'entreprise accusée de pratiques anticoncurrentielles lutte contre l'esprit de la « demande de renseignement » envoyé par la Commission européenne, en apportant l'amulette *Orkem* où habite l'esprit qui dit que la Commission ne saurait imposer à une entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve. L'arrêt *Orkem* n'a qu'un seul esprit, qu'un seul principe juridique qu'il affirme ou reconnaît. Les juges rejettent l'argument sur

¹¹⁴⁶ Thurman W. Arnold, „Institute Priests and Yale Observers – A Reply to Dean Goodrich”, 84 *University of Pennsylvania Law Review* 817-819 (1936).

l'applicabilité d'*Orkem*, mais ce n'est pas important pour démontrer comment cette variante de la comparaison jurisprudentielle aspectuelle fonctionne.¹¹⁴⁷

Dans *Baškauskaitė*, la requérante a déposée une plainte en raison de sa radiation de la liste des candidates à l'élection présidentielle en Lituanie. Mais les juges retirent l'amulette *Habsburg-Lothringen* pour dire que la CEDH n'est pas applicable aux élections présidentielles. On peut bien évidemment soulever des questions supplémentaires pour arrêter cet esprit habsbourgeois, mais il est vrai que cette affaire ne contient effectivement qu'un seul esprit qui protège les candidates aux

¹¹⁴⁷ *Aalborg*, C-204/00 P, CEJ, § 65 se référant à *Orkem*, 384/87, CEJ, §§ 35, 38, 39, et se trouvant en connexion avec *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 731 § 734. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 5, 116, se référant à *Höfner*, C-41/90, CEJ, §§ 3-6, 21, 22, 23, 25. à *Poucet*, C-159/91, CEJ, §§ 3, 17-19. Voyez également *Reynolds*, T-237/00, TPI, §§ 8, 9, 90, 91, 95, se référant à *Almini*, 19-70, CEJ, §§ 1, 10, 11, à *F*, T-211/98, TPI, §§ 3, 27, 28, à *Gómez de Enterría*, T-82/95, TPI, §§ 2, 20, 28. Voyez également *Front national*, C-486 P (Martinez), §§ 30, 41, 42, se référant à Les Verts, 294/83, §§ 3, 8, 11, 44 ; *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 131, 133, 134, 137 en comparaison avec *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128 et 220, et avec *Commission c. Conseil*, C-155/91, CEJ, §§ 22-24 ; *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 482, 487, 488 en comparaison avec *Sytraval*, C-367/95 P, CEJ, §§ 65, 67-70 en comparaison avec *Interhotel*, C-291/89, CEJ, §§ 3, 4, 9, 14-17. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 18, 20, se référant à *Francovich*, C-6/90, CEJ, § 33, à *Commission c. Italie*, 168/85, CEJ, §§ 1, 3, 8, 11, à *Commission c. Italie*, 120/88, CEJ, §§ 1, 3, 10, à *Commission c. Espagne*, 119/89, CEJ, §§ 1, 3, 9 ; *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 31-33, 60, 62, 63, 65, se référant à *Kziber*, C-18/90, CEJ, §§ 2, 4, 6, 9-11, 15-22, à *Sevince*, C-192/89, CEJ, §§ 1, 3, 4, 14, 15, à *Demirel*, 12/86, CEJ, §§ 2, 3, 14, 22, 24, à *Racke*, C-162/96, CEJ, §§ 4, 8, 12, 13, 15, 16, 19, 20, 31, à *Krid*, C-103/94, CEJ, §§ 3, 10, 13, 21-24, à *Babahlenini*, C-113/97, CEJ, §§ 3, 8, 17, 18 ; *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 65, 78-80, se référant à *Land de Sarre*, 187/87, CEJ, § 4, 11-13. 20, à *EP c. Conseil*, C-70/88, CEJ, §§ 1, 13, 14. Voyez également *Prisco*, C-216/99, CEJ, §§ 10, 11, 14-20, 58-60, 65, 66. à *Deville*, 240/87, CEJ, §§ 1-7, 13, 15-17, à *Edis*, CEJ, C-231/96, CEJ, §§ 21-23, 25, 38, *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 2, 3, 61, 62, 64-66, à *Bachmann*, C-204/90, CEJ, §§ 21-24, se référant à *Commission c. Belgique*, C-300/90, §§ 14-20. Voyez également *Vogel*, C-35/02, CEJ, §§ 3, 8, 9, 11, 13, 17, 23, 25, 26, 29, 36, à *Commission c. Italie*, C-40/93, CEJ, §§ 21-24, à *Klett*, C-204/01, CEJ, § 33. Voyez également *Aalborg*, C-204/00 P, CEJ, §§ 344, 346, 357-359 se référant à *Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, CEJ, §§ 145, 146. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 112-115, 134, 136-139, se référant à *Hewlett Packard France*, C-250/91, §§ 3, 5, 46, à *Faroe Seafoods*, C-153/94, CEJ, §§ 3, 82-84, 87, à *Günzler Aluminium*, T-75/95, TPI, point 3 du résumé, § 55, à *Mecanarte*, C-153/94, CEJ, §§ 3-5, 12, 15, 19, 30, à *Weis*, C-292/91, § 15. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 40, 43, 77, 78, 81, 86-88, 90, 91, se référant à *Martínez Sala*, C-85/96, CEJ, §§ 3, 13-16, 36, 39, 43, 44, à *Kuusijärvi*, C-275/96, CEJ, §§ 4, 6, 18, 21. Voyez également *ICI*, C-264/96, CEJ, §§ 7, 25, 29, se référant à *Bachmann*, C-204/90, CEJ, §§ 21-24. Voyez également *Keck*, C-267/91, CEJ, §§ 7, 13, 15-17. Voyez également *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30, se référant à *Defrenne*, 43-75, CEJ, § 10. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 26-29, 33, 34. Voyez également *Reynolds III*, T-237/00, TPI, §§ 78 § 80, 81, se référant à *Reynolds (pourvoi)*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50-52, 57-60. Voyez également *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 123, 128, 129, se référant à *Becker*, C-41/88, CEJ, §§ 3, 4. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 142, 146, 201, 202, 207, en comparaison avec *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 411, 415, 416. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 242, 251. Voyez également *ibid.*, §§ 153, 244, 251.

élections législatives, mais ne veut rien avoir avec les personnes souhaitant devenir chef d'État contractant.¹¹⁴⁸

2) La lutte autour d'une amulette dispirituelle.

« La lutte autour d'une amulette dispirituelle » est la situation judiciaire où, premièrement, les deux parties opposées sont d'accord sur ce que l'arrêt précédent (une amulette) est applicable et, deuxièmement, l'arrêt précédent contient au moins deux principes utiles pour chacune des parties du litige (est dispirituelle).

Par exemple, dans *EMU Tabac*, l'importatrice anglaise de tabac fait valoir que la disposition juridique concernée qui permet à une importatrice de payer le droit d'acquis dans un pays européen où elle commercialise sa marchandise, englobe également la commercialisation par l'intermédiaire d'une mandataire. Autrement dit, quand la mandataire met en consommation le produit au Luxembourg, elle paie cet impôt et, ensuite, la marchandise est transportée au Royaume-Uni sans le payer ici. Donc la question se pose de savoir si une telle démarche par une mandataire de EMU Tabac est une démarche entreprise par EMU Tabac elle-même. Cette importatrice soutient que « oui » car les versions anglaise, française, allemande, italienne, espagnole, néerlandaise et portugaise n'excluent pas qu'une action par une mandataire peut être considéré comme une action par l'importatrice elle-même. Les juges apportent l'amulette *Koschniske* et disent qu'il y a un esprit (un principe) de l'équivalence linguistique entre les versions dans les différentes langues, que le

¹¹⁴⁸ *Baškauskaitė*, 41090/98, Skundai, 1. Law, § 1.3. Voyez également *P.S.*, 33900/96, CEDH, §§ 8, 11.2, 11.3, 30, se référant à *A.M.*, 37019/97, §§ 15, 26, 28. Voyez également *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 33, 48, 49, 51-53. Voyez également *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 34, 51, 61. Voyez également *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 33, 57. Voyez également *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 36, 38, 40. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 84, 88.2, 109 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115 ; *ibid.*, §§ 99-101 ; *ibid.*, § 127 ; *ibid.*, § 131. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 43, 44. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, § 319. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 69, 76, 77, se référant à *Loizidou (merits)*, 15318/89, CEDH, §§ 52, 54, 56. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 212, 214.1, 214.2, se référant à *Lawless* No. 3, 332/57, CEDH, §§ 14, 36. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 81, 82, se référant à *Maaouia*, 39652/98, CEDH, §§ 28, 40. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 109, 118, 119. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 99, se référant à *F c. Suisse*. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 62. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 88, 89. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 48, 52, 81, se référant à *Ilaşcu*. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IB10.1, IB10.2, IB10.3, IIB13.10, se référant à *Swedish Engine Drivers' Union*, 5614/72, CEDH, §§ 20.4, 45, 46, à *Schmidt et Dahlström*, 5589/72, CEDH, §§ 39, 40, à *Engel et autres*, 5100/71, CEDH, §§ 102, 103, à *Hetyside*, 5493/72, CEDH, §§ 56, 66. Voyez également *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 41, 42, 45, 55, 61. Voyez également *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 37, 38, 41, se référant à *Sunday Times* (no. 1), 6538/74, CEDH, §§ 34, 46, 48, 49, à *Malone*, 8691/79, CEDH, § 66, à *Margareta et Roger Andersson*, 12963/87, CEDH, §§ 72, 75. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 89, 90. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 58, 96, 100. Voyez également *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, §§ 30, 34, 47, 51.1, 60, 61 ; *ibid.*, §§ 34, 51.1, 65. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 52, 81.

texte doit être interprété à la lumière des versions établies dans les autres langues officielles. Les versions grecque et danoise excluent ce que EMU Tabac propose et donc cette vision doit être rejetée. Il est vrai que *Koschniske* établit effectivement un tel principe (un tel esprit vraiment y habite), mais il y a également dans cet arrêt un principe de majorité parmi les versions linguistiques. En fait, là, la Cour de Luxembourg a rejeté l'interprétation basée uniquement sur la version néerlandaise, en disant qu'il faut tenir compte des versions allemande, française, italienne, anglaise et danoises, qui sont contraires au concept employé dans la langue néerlandaise. Autrement dit, *Koschniske* est dispirituel. Il y a l'esprit de nécessité d'interpréter à la lumière d'autres langues, mais il y a également l'esprit de l'importance du sens que l'on voit dans la majorité des langues par rapport au sens d'une langue minoritaire.¹¹⁴⁹

Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, les turques font valoir que la question sur la violation des droits de l'homme en Chypre du Nord soulevée par le gouvernement du Chypre du Sud n'est pas recevable car le problème est *res judicata*, il est déjà solutionné par les Résolutions DH (79) 1 et DH (92) 12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Les juges répondent en jetant l'amulette *Loizidou (exceptions préliminaires)* sur lequel il est désigné que la Turquie précédemment soutenait que, par ces deux résolutions, le Comité des ministres n'a pas « entériné » le raisonnement de la Commission européenne des droits de l'homme et n'a pas conclu à l'existence de la juridiction turque au nord de Chypre. Cela signifie, selon les juges, que ces résolutions ne peuvent pas être considérées comme des « décisions » prises par le Comité des ministres afin de résoudre le problème. Donc, le premier esprit habitant dans *Loizidou (exceptions préliminaires)* dit que « n'auraient pas été entérinées » est égale à l'absence de « décision » et le deuxième esprit insiste

¹¹⁴⁹ *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 28, 36, se référant à *Koschniske*, 9/79, CEJ, §§ 5-7. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 131, 133, 134, 137, se référant à *Commission c. Conseil*, C-155/91, CEJ, §§ 22-24 en comparaison avec *Cimenreties CBR*, T-25/95, TPI, §§ 482, 487, 488, se référant à *Sytraval*, C-367/95 P, CEJ, §§ 65, 67-70, à *Interhotel*, C-291/89, CEJ, §§ 3, 4, 9, 14-17. Voyez également *Reynolds*, T-237/00, TPI, §§ 93, 94, 97, se référant à *Arning*, 125/80, CEJ, §§ 1, 17, à *Fiorani*, T-50/92, TPI, §§ 2, 3, 35. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 5, 121, à *Höfner*, C-41/90, CEJ, §§ 3-6, 21-23, 25, à *Poucet*, C-159/91, CEJ, §§ 3, 17-19. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, § 181, se référant à *Miller*, 19/77, CEJ, §§ 1, 2, 4, 6, 9, 10. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 27, 34-37, se référant à *Pays-Bas c. Commission*, C-48/90, CEJ, §§ 7, 20, 28, 43, 45-47, 50-52. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 24, 48, 49, 51-55, se référant à *Taflan-Met*, C-277/94, CEJ, §§ 9, 10, 19, 21, 22, 29, 30, 32, 33, 35, 36. Voyez également *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1639-1647, 1680, se référant à *Fiatagri*, T-34/92, TPI, § 91. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 171, 390, 400. Voyez également *Kreil*, C-285/98, CEJ, §§ 5, 7, 12, 13, 17, 20, 21, 28. Voyez également *Aalborg*, C-204/00 P, CEJ, §§ 197, 198, 200, se référant à *Mantovanelli*, 21497/93, CEDH, § 34. Voyez également *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1639-1647, 1680, 1682, se référant à *Fiatagri UK*, T-34/92, TPI, § 91. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, § 375, 376, 401-404, se référant à *Atlanta Fruchthetelsgesellschaft e.a.*, C-466/93, CEJ, § 12-17, se référant à *Commission c. Conseil*, C-122/94, CEJ, §§ 2, 3, 27-29. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 124-128, 132, 134, se référant à *Koelman*, T-575/93, TPI, §§ 5, 8, 19, 29, 41, 43, 44, se référant à *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie*, 13/57, CEJ, Rec., p. 286, § 3-5, p. 288, § 1.

sur ce que « n'auraient pas été entérinées » est une sorte de « décision ». Pour cette raison *Loizidou (exceptions préliminaires)* est une amulette dispirituelle.¹¹⁵⁰

3) L'invitation des esprits différents en provenance d'amulettes différentes.

« L'invitation des esprits différents en provenance d'amulettes différentes » est la situation judiciaire où, premièrement, les deux parties opposées insistent sur l'applicabilité des deux groupes d'arrêts précédents différents (deux amulettes au moins) et, deuxièmement, chaque arrêt précédent ne contient qu'un principe utile uniquement pour une des parties au litige (est unispirituelle).

Dans *Vogel*, un médecin généraliste autrichien veut pratiquer l'art dentaire. La loi autrichienne relative à l'exercice de l'art dentaire (*Gesetz über die Zahnheilkunde*) dispose que les médecins généralistes peuvent le faire sous le titre de « médecin » (« *Ärztin* ». Tandis que les personnes qui ont suivi la formation universitaire en art dentaire pendant 5 ans, exercent ce métier sous le titre de « praticien[ne] de l'art dentaire » (« *Zahnärztin* ». La directive 78/687, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant les activités du praticien de l'art dentaire, ne prévoit pas la possibilité de pratiquer l'art dentaire sous des titres autres que « *Zahnärztin* » et précise que pour obtenir ce titre il faut effectivement suivre les études universitaires dans ce domaine. Monsieur Vogel apporte trois amulettes *Marshall*, *Kolpinguis* et *Nijmegen* pour faire sortir deux esprits : l'impossibilité pour un État membre d'invoquer verticalement une directive non transposée à l'encontre d'une particulière et la non rétroactivité (il a commencé ses études de médecine bien avant l'adoption de la directive. Mais les juges ont des amulettes à elles, *Marleasing* et *Marks & Spencer*, où habite l'esprit de la nécessité d'interpréter une directive à la lumière de son objectif. Donc, l'objectif de cette directive exclut les médecins du champ couvert par les praticiennes de l'art dentaire, malgré l'impossibilité pour un État membre

¹¹⁵⁰ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 63, 67, se référant à *Loizidou (exceptions préliminaires)*, 15318/89, CEDH, § 56.2. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 82-85, se référant à *Loizidou*, 15318/89, CEDH, § 42.1, 44, 45. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 314, 316, 318. Voyez également *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 160, 161, 178, 182, 184, 186, se référant à *James et autres*, 8793/79, CEDH, § 54. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 52, 80.2. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 31, 46, 47, 55, 66 (article 5.2), 74, 75, 87, 88, se référant à *Dudgeon*, 7525/76, CEDH, § 14.2-3. Voyez également *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 28, 56, 62, 63, 65, se référant à *Daud*, 22600/93, CEDH, §§ 23, 38.

d'invoquer verticalement une directive non transposée à l'encontre d'une particulière et malgré la non rétroactivité.¹¹⁵¹

Dans *F*, la personne a déposé une plainte contre la Suisse, car les juges de celle-ci lui avaient imposé l'interdiction temporaire de se remarier en raison d'abus de mariage. Les suisses apportent l'arrêt *Johnston et autres* afin de justifier leur mesure. Dans cette affaire la Cour de Strasbourg a précédemment reconnu que l'interdiction de divorce ne peut pas, dans une société adhérant au principe de monogamie, être vu comme portant atteinte à la substance du droit de mariage. Néanmoins, la Cour de Strasbourg rejette cet argument en citant l'arrêt *Deweer* où le principe « dans le domaine des droits de l'homme, celui qui peut faire plus ne peut pas nécessairement faire moins ».¹¹⁵²

II. Lumière : la nature des aspects gagnants.

« La nature des aspects gagnants » est l'appellation les aspects choisis par la juge.

¹¹⁵¹ *Vogel*, C-35/02, CEJ, §§ 3, 8, 9, 11, 13, 17, 23, 25, se référant également à *Commission c. Italie*, C-40/93, CEJ, §§ 21-23, à *Klett*, C-204/01, CEJ, § 33. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 19, 29, 30, 32, se référant à *Bachmann*, C-204/90, CEJ, §§ 21-24, à *Commission c. Belgique*, C-300/90, §§ 14-20, à *Verkooijen*, C-35/98, CEJ, §§ 11, 13, 14, 57, à *Baars*, C-251/98, CEJ, §§ 9, 13, 16, 40. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 4, 6, 7, 13, 20, 40, 50-54, 201, 208, 210, 213, se référant à *SFEI*, C-39/94, CEJ, §§ 8, 13, 15, 55, 56, 58-62, à *Banco Exterior de España*, C-387/92, CEJ, § 2, 4, 13, 19-21. Voyez également *Alfa Romeo*, C-305/89, CEJ, §§ 20, 21. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 231, 262, se référant *Alfa Romeo*, C-305/89, CEJ, §§ 20, 21, à *Italie c. Commission*, C-303/88, CEJ, § 21, à *SFEI*, C-39/94, CEJ, §§ 8, 13, 15, 55, 56, 58-62, à *Banco Exterior de España*, C-387/92, CEJ, §§ 4, 13, 19. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 112, 113, 117, 188-190, se référant à *Faroe Seafoods*, C-153/94, CEJ, § 93, à *Mecanarte*, C-153/94, CEJ, §§ 17, 20, 24, à *Acampora*, 827/79, CEJ, § 8, à *Van Gend*, 98/83, CEJ, §§ 17, 20, à *Pascoal*, C-97/95, CEJ, §§ 59, 60, à *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, 58/86, CEJ, §§ 2, 3, 22, *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 2, 3, 12, 15, 16, 18, 24, 26, 31, 50, 54, 60, se référant à *Singh*, C-370/90, CEJ, §§ 12, 24, à *Safir*, C-118/96, CEJ, §§ 2, 3, 8, 11, 24, 25, 33, 34, à *ICI*, C-264/96, CEJ, §§ 26, 28, à *X et Y*, C-436/00, CEJ, §§ 2, 61, à *Metallgesellschaft*, C-397/98, CEJ, §§ 26, 59. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 18, 37-40, se référant à *Futura Participations*, C-250/95, CEJ, §§ 2, 3, 9-11, 16, 18, 21, 22, à *Metallgesellschaft*, C-397/98, CEJ, §§ 5, 6, 24, 26, 60. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-176/03, CEJ, §§ 15, 19-21, 47. Voyez également *EP c. Reynolds*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50, 51, 53, 55, se référant à *Schertzler*, 25/68, CEJ, §§ 1, 10, 26, 36, 39, 42, à *Reynolds*, T-237/00, TPI, §§ 8, 9, 90, 91, 95, à *Almini*, 19-70, CEJ, §§ 1, 10, 11, à *F*, T-211/98, TPI, §§ 3, 27, 28, à *Gómez de Enterría*, T-82/95, TPI, §§ 2, 20, 28. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 55, 68, 71, 73-76, 111, 113, 115-118, 129, se référant à *Enso Espanola*, T-348/94, TPI, §§ 303, 304, 306-310, à *Enichem Anic*, T-6/89, TPI, §§ 269-271, 281, 282, à *Martinelli*, T-150/89, TPI, §§ 58-60, à *Archer Daniel Midland*, T-150/89, TPI, § 56. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 55, 68, 71, 73-76, 111, 113, 115-118, 129, se référant à *Enso Espanola*, T-348/94, TPI, §§ 303, 304, 306-310, à *Enichem Anic*, T-6/89, TPI, §§ 269-271, 281, 282, à *Martinelli*, T-150/89, TPI, § 56.

¹¹⁵² *F c. Suisse*, 11329/85, CEDH, § 38. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 460, 462. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 69, 82, 96, 107, 109, se référant à *Cruz Varas*, 15576/89, CEDH, §§ 36, 37, 102, 103, à *Soering*, 14038/88, CEDH, §§ 31, 111. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 35, 38. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 14, 39 ; *ibid.*, §§ 44, 45, 53 ; *ibid.*, § 62, 71 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 89, 90.

1) L'attribution à une catégorie.

« L'attribution à une catégorie » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisque la situation factuelle est attribuée à la catégorie X définie ou non par un arrêt précédent dans le cas où la partie perdante insiste sur l'attribution de la catégorie contre-X.

Dans *Heubach*, l'entreprise condamnée pour sa participation à une entente anticoncurrentielle apporte l'arrêt *Enichem Anic* pour dire que là, les juges luxembourgeoises ont reconnu que l'absence de mécanisme de contrôle sur la mise en œuvre d'une entente doit être appréciée comme une circonstance atténuante. Mais les juges actuelles se procurent l'arrêt *Martinelli* où il est écrit que la Commission européenne « dispose d'une marge d'appréciation dans la fixation du montant des amendes afin d'orienter le comportement des entreprises dans le sens du respect des règles de concurrence ». Donc, il y a deux esprits ou deux catégories : « le caractère atténuant » consistant en absence de contrôle de ce que les membres de l'entente font et le droit de la Commission européenne d' « orienter le comportement » des entreprises. C'est aux chamanes de choisir la catégorie en provenance d'un des amulettes, afin de couvrir le cas en espèce.¹¹⁵³

¹¹⁵³ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 55, 68, 71, 73-76, 111, 113, 115-118, 129, se référant à *Enso Espanola*, T-348/94, TPI, §§ 303, 304, 306-310, à *Enichem Anic*, T-6/89, TPI, §§ 269-271, 281, 282, à *Martinelli*, T-150/89, TPI, §§ 58-60, à *Archer Daniel Midland*, T-150/89, TPI, § 56. Voyez également *Reynolds*, T-237/00, TPI, § 93, 94, 97, se référant à *Arning*, 125/80, § 1, 17, se référant à *Fiorani*, T-50/92, TPI, §§ 2, 3, 35. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, § 181, se référant à *Miller*, 19/77, CEJ, §§ 1, 2, 4, 9-11. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 27, 28, 34-37, se référant à Pays-Bas c. *Commission*, C-48/90, CEJ, §§ 7, 20, 28, 43, 45-47, 50-52. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 112, 113, 117, 188-190, se référant à *Faroe Seafoods*, C-153/94, CEJ, § 93, à *Mecanarte*, C-153/94, CEJ, §§ 17, 20, 24, à *Acampora*, 827/79, CEJ, § 8, à *Van Gend*, 98/83, CEJ, §§ 17, 20, à *Pascoal*, C-97/95, CEJ, §§ 59, 60, à *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, 58/86, CEJ, §§ 2, 3, 22, *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 2, 3, 12, 15, 16, 18, 24, 26, 31, 50, 54, 60, à *Singh*, C-370/90, CEJ, §§ 12, 24, à *Safir*, C-118/96, CEJ, §§ 2, 3, 8, 11, 24, 25, 33, 34, à *ICI*, C-264/96, CEJ, §§ 26, 28, à *X et Y*, C-436/00, CEJ, §§ 2, 61, à *Metallgesellschaft*, C-397/98, CEJ, §§ 26, 59. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 18, 37, 38-40, à *Futura Participations*, C-250/95, CEJ, § 2, 3, 9-11, 16, 18, 21, 22, se référant à *Metallgesellschaft*, C-397/98, CEJ, §§ 5, 6, 24, 26, 60. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-176/03, CEJ, §§ 15, 19, 20, 47. Voyez également *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30, se référant à *Defrenne*, 43-75, CEJ, § 10. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 26-29, 33, 34. Voyez également *EP c. Reynolds*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50, 51, 53, 55, se référant à *Schertzer*, 25/68, CEJ, §§ 1, 10, 26, 36, 39, 42, à *Reynolds*, T-237/00, TPI, §§ 8, 9, 90, 91, 95, à *Almini*, 19-70, CEJ, §§ 1, 10, 11, à *F*, T-211/98, TPI, §§ 3, 27, 28, à *Gómez de Enterría*, T-82/95, TPI, §§ 2, 20, 28. Voyez également *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 78, 80, 81, se référant à *Reynolds (pourvoi)*, C-111/02 P, CEJ, §§ 50-52, 57-60. Voyez également *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 123, 128, 129, se référant à *Becker*, C-41/88, CEJ, §§ 3, 4. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 55, 68, 71, 73-76, 111, 113, 115-118, 129, se référant à *Enso Espanola*, T-348/94, TPI, §§ 303, 304, 306-310, à *Enichem Anic*, T-6/89, TPI, §§ 269-271, 281, 282, à *Martinelli*, T-150/89, TPI, §§ 58-60, à *Archer Daniel Midland*, T-150/89, TPI, § 56. Voyez également *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1639-1647, se référant à *Fiatagri UK*, T-34/92, TPI, § 91. Voyez également *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 28, 36, se référant à *Koschniske*, 9/79, CEJ, §§ 5-7, *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 55, 68, 71, 73-76, 111, 113, 115-117, 129, se référant à *Enso Espanola*, T-348/94, TPI, §§ 303, 304, 306-309 §§ 303, 304, 306-309, à *Enichem Anic*, T-6/89, TPI, §§ 269-271, 281, 282, à *Martinelli*, T-150/89, TPI, §§ 58-60, à *Archer Daniel Midland*, T-150/89, TPI, § 56. Voyez également *Vogel*, C-35/02, CEJ, § 3, 8, 9, 11, 13, 17, 23, 25, 26, 29, 36, se référant à *Commission c. Italie*, C-40/93, CEJ, §§ 21-24, à *Klett*, C-204/01, CEJ, § 33.

Au Royaume-Uni, la transsexuelle ne peut pas se marier avec une personne de sexe opposé à son sexe actuel. Les juges de Strasbourg décident d'attribuer cette situation factuelle à la catégorie « atteinte à la substance même du droit de mariage » en provenance de l'amulette *F*, malgré le fait que cet arrêt *F* ne parle pas du droit des hétérosexuelles de se remarier, mais traite de mariage des hétérosexuelles génétiques.¹¹⁵⁴

2) L'attribution de sous-catégorie.

« L'attribution de sous-catégorie » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisque la situation factuelle en examen est attribuée à la sous-catégorie X qui est définie ou n'est pas définie par un arrêt précédent dans le cas où la partie perdante insiste sur l'attribution de la catégorie contre-X. La sous-catégorie est soit une exception de la catégorie, soit une précision spécifique de la catégorie.

Dans *Aalborg*, une entreprise condamnée pour la participation à une entente anticoncurrentielle, reproche au Tribunal de première instance d'avoir de manière erronée rejeté son argument relatif à l'inopposabilité des notes internes de l'entreprise Blue Circle et de la déclaration de M. Kalogeropoulos, au motif qu'elle n'a pas eu l'occasion d'interroger les auteurs de ces documents. Les juges luxembourgeoises rejettent cet argument par l'amulette *Mantovanelli* trouvé à Strasbourg. Dans cet arrêt, on voit une catégorie générale « le procès doit être équitable » et une sous-catégorie « la CEDH ne régleme pas le régime des preuves en tant que tel ». Cette sous-catégorie ajoute à la catégorie générale les mots « dans son ensemble » en limitant son application. Donc la situation factuelle, où l'entreprise ne peut interroger les auteurs des notes et de la déclaration employée en tant que preuve de sa faute, est attribuée à la sous-catégorie.¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁴ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 99, se référant à *F. c. Suisse*, 11329/85, CEDH, § 32. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 43, 44. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 109, 118, 119. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 314, 316, 318. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 63, 67, se référant à *Loizidou (exceptions préliminaires)*, 15318/89, CEDH, § 56.2. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 460, 462 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 35, 38. Voyez également *ibid.*, §§ 14, 39 ; *ibid.*, §§ 44, 45, 53 ; *ibid.*, § 62, 71 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 89, 90 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 62 ; *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 48, 52, 81. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IB10.1, IB10.2, IB10.3, IIB13.10, se référant à *Swedish Engine Drivers' Union*, 5614/72, CEDH, §§ 20.4, 45, 46, à *Schmidt et Dahlström*, 5589/72, CEDH, §§ 39, 40, à *Engel et autres*, 5100/71, CEDH, §§ 102, 103, à *Hetyside*, 5493/72, CEDH, 56, 66. Voyez également *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 41, 42, 45, 55, 61, 68 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, §§ 99-101.

¹¹⁵⁵ *Aalborg*, C-204/00 P, CEJ, §§ 197, 198, 200, se référant à *Mantovanelli*, 21497/93, CEDH, § 34. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 112-114, 137-139, se référant à *Hewlett Packard France*, C-250/91, §§ 3, 5, 46, à *Faroe Seafoods*, C-153/94, CEJ, §§ 3, 82-84, 87, à *Günzler Aluminium*, T-75/95, TPI, (point 3 du résumé, § 55), à *Mecanarte*, C-153/94, CEJ, §§ 3-5, 12, 15, 19, 30, à *Weis*, C-292/91, § 15.

Dans *Tolstoy Miloslavsky*, un historien qui a décrit, dans son livre, des crimes de guerre effectués par les dirigeants de l'armée britannique pendant la deuxième guerre mondiale, est condamné pour la diffamation par le jury et doit payer l'amende de £ 1,5 millions au lord Aldington. La diffamation consiste en la description de la manière dont les forces armées britanniques avaient transféré 70 000 prisonnières de guerre et réfugiées possédant des passeports de la Société des Nations ou des pays de l'Europe de l'Ouest aux forces armées communistes et titistes à la fin de la seconde guerre mondiale. La majorité de ces gens a été massacrée. L'indemnité de £ 1,5 millions représente trois fois le montant le plus haut jamais accordé auparavant à titre de dommages-intérêts par un jury anglais en matière de diffamation. Elle est sensiblement plus élevée que la somme qui aurait été allouée dans le cadre d'une action en réparation d'un préjudice corporel à une demandeuse ayant subi un handicap physique extrêmement grave, ce qui signifie qu'elle n'a pas été « prévue par la loi » et que l'historien ne pouvait pas prévoir un tel niveau d'indemnité. La Cour de Strasbourg apporte les amulettes *Sunday Times*, *Malone* et *Andersson* pour dire que le droit commun anglais entre dans la notion de la « loi ». Néanmoins, il est évident que cette catégorie est trop générale pour être automatiquement applicable dans l'affaire de l'historien. Pour cette raison, les chamanes décident d'introduire une sous-catégorie « prévue par la loi en matière de calcul des dommages-intérêts pour atteinte à la réputation » en concluant que « l'absence de directives précises dans les règles légales gouvernant le chiffrage des dommages-intérêts doit passer pour un trait inhérent au droit » dommages-intérêts pour atteinte à la réputation.¹¹⁵⁶

3) La substitution des catégories.

« La substitution des catégories » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisque la situation factuelle en examen est attribuée à la catégorie X qui est définie par un arrêt précédent dans le cas où, en réalité, cet arrêt définit la catégorie « presque X ». Nous constatons l'existence de la catégorie « presque X » dans la situation judiciaire où en appliquant la catégorie définie dans un arrêt précédent, la juge la précise et adopte des circonstances en l'espèce sans le dire ouvertement.

¹¹⁵⁶ *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 37, 38, 41, se référant à *Sunday Times* (no. 1), 6538/74, §§ 34, 46, 48, 49, à *Malone*, 8691/79, § 66, à *Margareta et Roger Andersson*, 12963/87, CEDH, §§ 72, 75. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 81, 82, se référant à *Maaouia*, 39652/98, CEDH, §§ 28, 40,, 11329/85, CEDH, § 38 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 88, 89.

Par exemple, dans *WestLB*, la banque publique de l'État de Rhénanie-Du-Nord-Westphalie essaie de défendre la position que l'intégration de l'organisme de droit public Wohnungsbauförderungsanstalt, propriété du land à 100 %, s'occupant d'encourager la construction de logement grâce à l'octroi de prêts sans intérêt, au sein de cette banque d'État détenue à 100 % par le secteur public (43,2 % pour leLand, 11,7 % pour chaque commune des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe, 16,7 % pour les associations des caisses d'épargne des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe), n'est pas une aide d'État. Elle affirme qu'en faisant ce genre d'intégration, l'exigence d'un rendement moyen en tant que rendement minimal viole le principe reconnu par les arrêts *Alfa Romeo* et *Italie c. Commission*, C-303/88, CEJ, qui dispose que lorsque les mesures étatiques permettent d'assurer une rentabilité à long terme de l'entreprise, l'investissement ne constitue pas une aide. Le Tribunal répond que l'exigence d'un rendement moyen en tant que rendement minimal a été introduite déjà par les arrêts *Banco Exterior de España* et *SFEI*. Il faut, néanmoins, constater la substitution des catégories dans *WestLB*, puisque les amulettes *Banco Exterior de España* et *SFEI* ne parlent pas du « rendement moyen », mais de rendement ou de charges « normaux ». Donc, il y a ici un renforcement léger de la catégorie. On constate également un changement dans la structure des critères pour l'application de cette catégorie. Dans *SFEI*, il s'agit de l'entente entre les services publics et privés. Dans *Banco Exterior de España*, d'exemption fiscale. Mais dans *WestLB*, il s'agit d'investissement de la propriété d'État dans une banque d'État.¹¹⁵⁷

4) La paternalisation.

« La paternalisation » est la déclaration judiciaire indiquant que le comportement de la partie perdante doit être considéré comme illicite puisque un arrêt précédent décrit une entité qui se comportait volontairement de manière contraire à la partie perdante, et que ce comportement doit devenir un pattern pour le comportement dans le futur.

Dans *Mamatkolov*, la question se pose de savoir si la Cour de Strasbourg a le pouvoir d'imposer des mesures intérimaires à un État contractant. La Turquie soutient que « non » et apporte l'amulette

¹¹⁵⁷ *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 231, 262, se référant à *Alfa Romeo*, C-305/89, CEJ, §§ 20, 21, à *Italie c. Commission*, C-303/88, CEJ, § 21, à *SFEI*, C-39/94, CEJ, §§ 8, 13, 15, 55, 56, 58-62, à *Banco Exterior de España*, C-387/92, CEJ, §§ 4, 13, 19.

Cruz Varas et autres où la Cour de Strasbourg a conclu que « non ». Par contre, les chamanes montrent l'amulette *Soering* où, malgré la nature non-contraignante de l'opinion de la Cour de Strasbourg sur ce qui était désirable de faire, le gouvernement britannique a décidé de se soumettre à l'avis strasbourgeois. Donc, selon les juges, ce pattern du comportement doit devenir une règle.¹¹⁵⁸

5) La dépatternalisation.

La dépatternalisation est la déclaration judiciaire indiquant que la partie perdante ne peut pas exiger que les autres entités se comportent selon un pattern suivi par une entité dans le passé comme il est décrit dans un arrêt précédent parce que cette dernière s'est comportée de cette manière volontairement.

Dans *Banković*, les membres des familles des victimes du bombardement de la Yougoslavie par les forces de l'OTAN font valoir que les États contractants concernés ont violé le droit à la vie dans l'exercice de la juridiction sur le territoire yougoslave. Les proches des victimes apportent les amulettes *Issa* et *Öcalan* où la Cour de Strasbourg a considéré les allégations de la violation de la CEDH par la Turquie dans les situations où ses agents ont agi hors du territoire national. Donc, les parties au litige essaient de convaincre les juges qu'il y a un pattern du comportement à suivre. Néanmoins, les chamanes décident de dépatternaliser ces deux amulettes en disant que la Turquie, contrairement à l'affaire en l'espèce, n'a pas soulevé la question de l'absence de juridiction extraterritoriale. Donc, elle a reconnu sa juridiction volontairement et unilatéralement, sans obliger les autres États contractants à faire la même chose.¹¹⁵⁹

6) L'état des faits dans le temps.

¹¹⁵⁸ *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 69, 82, 107, 109, se référant à *Cruz Varas*, 15576/89, CEDH, §§ 36, 37, 102, 103, et à *Soering*, 14038/88, CEDH, §§ 31, 111.

¹¹⁵⁹ *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 52, 81.

« L'état des faits dans le temps » est la décision judiciaire indiquant qu'un principe défini par un arrêt précédent est applicable ou non en fonction de la question de savoir si les circonstances qui existaient dans le temps d'adaptation dudit arrêt sont déclarées « changées » ou « non ».

Par exemple, dans *Heubach*, l'entreprise condamnée pour participation à une entente anticoncurrentielle essaie d'attirer l'attention des juges sur le fait que l'amende qui lui a été infligée est, par rapport à son chiffre d'affaires global, 21 fois plus élevée que celle imposée au « chef de file » de l'entente dans l'affaire *Conduites précalorifugées*. Dans ce cas empirique, la Commission aurait procédé à une élévation considérable du niveau des amendes en adoptant les lignes directrices en 1998. Ensuite, en automne 2001, sans aucune base légale et en l'absence de toute modification des lignes directrices, la Commission aurait relevé le niveau des amendes dans une mesure jamais vue auparavant. *Heubach* insiste sur ce que seule la pratique décisionnelle de la Commission déterminerait le « vrai cadre de la peine ». Mais les juges font sortir l'amulette *Musique diffusion française* par laquelle il a été reconnu que la Commission peut élever le niveau des amendes si cela est nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique communautaire de concurrence. Autrement dit *Conduites précalorifugées* reste limité à l'état des faits et de la politique de concurrence de son temps.¹¹⁶⁰

Dans *Chypre c. Turquie*, la Cour de Strasbourg refuse de reconnaître que les affaires en Chypre du Nord sont différentes en 2001 par rapport à 1995 quand cette Cour a adopté l'arrêt *Loizidou (exceptions préliminaires)*. En 1995, les juges ont considéré que la Turquie était responsable pour tout ce qui s'était passé au niveau des droits de l'homme au nord de Chypre, car elle y était présente au niveau militaire et car le gouvernement de la République turque du Chypre du Nord n'était qu'une « administration locale subordonnée ». En 1998 les chypriotes turques ont élu démocratiquement leur 5^e Parlement et, en 2000, elles ont organisé la 5^e élection de la Présidente de la République.¹¹⁶¹

7) L'état des faits dans les situations à comparer.

¹¹⁶⁰ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 142, 146, 201, 202, 207. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 411, 415, 416.

¹¹⁶¹ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 69, 76, 77. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 89, 90 ; *ibid.*, §§ 58, 96, 100.

« L'état des faits dans les situations à comparer » est la décision judiciaire indiquant qu'un principe défini par un arrêt précédent est applicable ou n'est pas applicable en fonction de la question de savoir si les circonstances décrites par ledit arrêt sont déclarées comme les « mêmes » ou « différentes ».

L'affaire *VTM* concerne de l'aide d'État à la Vlaamse Televisie Maatschappij, consistant en ce que cette télévision était la seule télévision flamande autorisée par le gouvernement flamand à émettre de la publicité télévisée. La VTM est constituée par 9 entreprises de la presse écrite flamande et le but de ce projet est d'aider à maintenir le pluralisme et la concurrence sur le marché de la presse écrite car l'existence de la télévision diminue les revenus publicitaires des journaux. La télévision attire l'attention sur le fait que la Commission a déjà conduit l'investigation de la compatibilité de cette réglementation belge aux articles 43 sur la liberté d'établissement (actuellement l'art. 49), 49 sur la liberté de prestation de services (actuellement l'art. 56) et 86 sur l'exigence de respecter la concurrence par des entreprises accordée des droits spéciaux (actuellement l'art. 106), du TCE (actuellement du TFUE), en 1990, 1995, 1996 et 1997. Pendant les procédures antérieures, la Commission européenne n'a pas constaté une quelconque violation. Si l'institution européenne vient encore une fois avec une condamnation sur les mêmes faits et avec les mêmes articles du TCE, cela signifie qu'elle poursuit un but autre que celui prévu par la loi. La télévision dit que la Commission essaie d'aider un parti belge, car ce parti est représenté par un commissaire au sein de cette institution. La VTM se base sur l'arrêt *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie et autres* qui parle du détournement de pouvoir de la part d'institution communautaire afin de poursuivre un objectif autre que celui déclaré. Le Tribunal de première instance rejette ce raisonnement en déclarant qu'il y a une différence dans l'état des fait là et ici. Là, la Haute autorité a agit contrairement à l'objectif de Traité, mais dans le cas *VTM* les attaques périodiques entrent dans le but général de défendre la concurrence. Le fait que la Commission européenne n'a pas accompli l'analyse à la fois, mais est revenue sur cette question pendant plusieurs années, est

attribué par les juges à sa marge d'appréciation et non, comme la VTM le voudrait, à son manquement d'agir suivant l'objectif d'efficacité comme défini dans le Traité.¹¹⁶²

Dans *Al-Adsani*, le requérant fait valoir que les affaires *Furundžija* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et *Pinochet (n° 3)* de la Chambre des Lords reconnaissent que l'argument de l'immunité ne protège pas un État comme, par exemple, le Koweït, contre les accusations en torture puisque le droit de ne pas être torturé est absolu. La Cour de Strasbourg décide de trouver une différence de faits et dit que dans *Furundžija* et *Pinochet (n° 3)*, c'était un individu (un commandant local d'une unité spéciale de police et un Président de la République) qui a été accusé, tandis que dans *Al-Adsani*, c'est un État.¹¹⁶³

8) « N'exclut pas » mutuel.

« N'exclut pas » mutuel est la déclaration judiciaire indiquant qu'un principe faisant grief à la partie perdante doit être appliqué car l'arrêt invoqué dans sa défense n'exclut pas une telle application, malgré le fait qu'il est également possible de dire qu'il n'exclut pas non plus l'inapplication.

Par exemple, la Commission européenne condamne l'Allemagne pour l'intégration de l'organisme de droit public Wohnungsbauförderungsanstalt s'occupant d'encourager de la construction de

¹¹⁶² *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 124-128, 132, 134, se référant à *Koelman*, T-575/93, TPI, §§ 5, 8, 19, 29, 41, 43, 44, à *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie*, 13/57, CEJ, Rec., p. 286, § 3-5, p. 288, § 1. Voyez également *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1639-1647, 1680 en comparaison avec *Fiatagri*, T-34/92, TPI, § 91. Voyez également *Aalborg*, C-204/00 P, CEJ, §§ 344, 346, 357-359, se référant à *Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, CEJ, §§ 145, 146. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 5, 116, 121, se référant à *Höfner*, C-41/90, CEJ, §§ 3-6, 21-23, 25, à *Poucet*, C-159/91, CEJ, §§ 3, 17-19. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 24, 48, 49, 51-55, à *Taflan-Met*, C-277/94, §§ 9, 10, 19, 21, 22, 29, 30, 32, 33, 35, 36. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 40, 43, 77-79, 81, 86-91, se référant à *Martinez Sala*, C-85/96, CEJ, §§ 3, 13-16, 36, 39, 43, 44, à *Kuusijärvi*, C-275/96, CEJ, §§ 4, 6, 18, 21. Voyez également *ICI*, C-264/96, CEJ, §§ 7, 25, 29, se référant à *Bachmann*, C-204/90, CEJ, §§ 21-24. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 19, 29, 30, 32, se référant à *Bachmann*, C c. Belgique-204/90, §§ 21-24, à *Commission c. Belgique*, C-300/90, §§ 14-20, à *Verkooijen*, C-35/98, CEJ, §§ 11, 13, 14, 57, à *Baars*, C-251/98, CEJ, §§ 9, 13, 16, 40. Voyez également *Keck*, C-267/91, CEJ, §§ 7, 13, 15-17. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 375, 376, 401-404, se référant à *Atlanta Fruchthetelsgesellschaft e.a.*, C-466/93, CEJ, §§ 12-16. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-122/94, CEJ, §§ 2, 3, 27-29. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 411, 415, 416. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 242, 251. *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 153, 244, 251.

¹¹⁶³ *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, §§ 30, 34, 47, 51.1, 61. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, § 212, 214.1, 214.2, se référant à *Lawless* No. 3, 332/57, CEDH, §§ 14, 36. Voyez également *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 160, 161, 178, 182, 184, 186, se référant à *James et Autres*, 8793/79, § 54. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 52, 80.2. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 52, 81. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 82-85, 89, se référant à *Loizidou*, 15318/89, CEDH, §§ 42.1, 44, 45. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 31, 46, 47, 55, 66 (article 5.2), 74, 75, 87, 88, se référant à *Dudgeon*, 7525/76, CEDH, § 14.2-3. Voyez également *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 28, 56, 62-65, se référant à *Daud*, 22600/93, CEDH, §§ 23, 38. Voyez également *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 33, 57.

logement grâce à l'octroi de prêts sans intérêt, propriété à 100 % de l'État de Rhénanie-Du-Nord-Westphalie, au sein du Westdeutsche Landesbank, banque d'État détenue à 100 % par le secteur public (43,2 % pour le Land, 11,7 % pour chaque commune des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe, 16,7 % pour les associations des caisses d'épargne des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe. La Commission dit qu'en le faisant, le land n'a pas agi comme « investisseur opérant dans une économie de marché ». Le bénéfice financier obtenu par le land est inférieur au rendement moyen qui serait demandé par une opératrice privée. Il s'ensuit que la Commission considère le rendement moyen en tant que minimal afin d'évaluer si cette intégration n'est pas une aide d'État. Le land et la WestLB se défendent en affirmant que ce teste sur l'« investisseur opérant dans une économie de marché » n'est applicable, selon la jurisprudence et particulièrement en vertu de l'arrêt *Alfa Romeo*, qu'aux entreprises en restructuration ou à celles subissant des pertes. Ce qui n'est pas le cas avec cette Landesbank. Le Tribunal de première instance rejette cette position en disant que même si on doit constater une évolution dans les critères d'appréciation de ce qu'un État membre peut faire avec ses investissements et ses aides, *Alfa Romeo* « n'exclut pas » l'application de ce principe aux entreprises rentables.¹¹⁶⁴

==

42. LES ESPRITS ONT CHANGÉ LEUR OPINION DANS LA VARIATION EXPLICITE OU QUASI-EXPLICITE

« Les esprits ont changé leur opinion » est la technique juridique où la juge change la jurisprudence antérieure.

1) Explicite.

La variante explicite est la situation judiciaire où la juge proclame ouvertement qu'elle change la jurisprudence précédente.

Ce sont, par exemple, les situations où la Cour de Strasbourg parle ouvertement de l'« évolution » de sa jurisprudence. Au début, dans l'arrêt *X c. Belgique*, elle a considéré que la disposition « Les

¹¹⁶⁴ *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 4, 6, 7, 13, 20, 40, 50-54, 201, 208, 210, 213, se référant à *SFEI*, C-39/94, CEJ, §§ 8, 13, 15, 55-62, à *Banco Exterior de España*, C-387/92, CEJ, §§ 2, 4, 13, 19-21, et à *Alfa Romeo*, C-305/89, CEJ, §§ 20, 21. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 231, 262, se référant à *Alfa Romeo*, C-305/89, CEJ, §§ 20, 21, à *Italie c. Commission*, C-303/88, CEJ, § 21, à *SFEI*, C-39/94, CEJ, §§ 8, 13, 15, 55, 56, 58-62, à *Banco Exterior de España*, C-387/92, CEJ, §§ 4, 13, 19.

Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. » de l'article 3 du Protocole n° 1 de la CEDH est limité au droit « institutionnel » d'avoir des élections libres organisées. Ensuite, dans l'arrêt *X c. Allemagne*, les juges ont décidé de couvrir « le suffrage universel » par ce droit. Finalement, dans *W, X, Y et Z*, la Cour a élargi ce concept au « droit d'être élue », c'est à dire de se présenter à une élection.¹¹⁶⁵

2) Quasi-explicite.

La variante quasi-explicite est la situation judiciaire où la juge change la jurisprudence précédente, mais ne le proclame ni ouvertement, ni ne le nie directement, mais plutôt souligne que la jurisprudence précédente n'a jamais existée.

Par exemple, dans *Heubach*, l'entreprise condamnée pour activités anticoncurrentielles insiste sur ce que l'amende qui lui a été infligée viole la pratique décisionnelle antérieure de la Commission et, notamment, la décision *Conduites précalorifugées*, car cette amende est, par rapport à son chiffre d'affaires global, 21 fois plus élevée que celle imposée au « chef de file » de l'entente dans ce précédent. Le Tribunal de première instance ne dit pas ouvertement que la pratique décisionnelle antérieure de la Commission ne compte plus, mais il répond que la Commission peut élever le niveau des amendes si cela est nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique communautaire de concurrence. Ce qui est, en fait, la même chose que dire que l'ancienne pratique n'est plus valable.¹¹⁶⁶

SECTION 2. TECHNIQUES IMPORTANTES

¹¹⁶⁵ *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 9267/81, CEDH, § 51.

¹¹⁶⁶ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 142, 146, 201, 202, 207.

43. LA PARADE DES ESPRITS

La parade des esprits est un raisonnement du chaman dans lequel il invite un très grand nombre d'esprits à traiter un seul problème spirituel. Dans notre base empirique le nombre d'esprits dans la parade varie entre dix et trente-huit. Néanmoins, la parade organisée par une partie privée au cours du litige peut être facilement détruite par les autres techniques argumentatives.

Dans le procès *Gravier*, la Belgique demande à ce que les étudiantes provenant d'autres États européens paient un droit d'inscription aux universités belges beaucoup plus élevé que les



Hugues Gillet, *Le triomphe*

belges. Le gouvernement fait l'argument que le domaine d'enseignement n'est pas mentionné parmi les compétences européennes. La CEJ interprète que la libre circulation des travailleurs couvre également les étudiantes en organisant la parade spirituelle suivante :¹¹⁶⁷

- l'article 7 du règlement n° 1612/68 prévoit que le travailleur ressortissant d'un État membre et exerçant ses activités dans un autre État membre y bénéficie, au même titre que les travailleurs nationaux, de l'enseignement des écoles professionnelles ;
- l'article 12 du règlement n° 1612/68 prévoit que l'accès à la formation dans les mêmes conditions que pour les nationaux doit être assuré aux enfants des ressortissants d'un État membre qui exercent leurs activités dans un autre État membre ;
- l'article 128 du Traité prévoit que le Conseil établit les principes généraux pour la mise en œuvre d'une politique commune de formation professionnelle qui contribue au développement du marché commun ;
- la décision n° 63/266 du Conseil indique que les principes généraux doivent permettre à chacun de recevoir une formation dans le respect libre de la profession, de l'établissement et du lieu de formation ;
- le Conseil a établi les orientations générales en 1971 pour l'élaboration d'un programme d'activités au niveau communautaire en matière de formation professionnelle. ;
- le 13 décembre 1976 le Conseil a adopté la résolution concernant des mesures à prendre en vue d'améliorer la préparation des jeunes à l'activité professionnelle et de faciliter leur passage de l'éducation à la vie active ;

¹¹⁶⁷ *Gravier*, 293/83, CEJ, §§ 19 –24.

- la résolution du Conseil du 11 juillet 1983 prévoit les politiques de formation professionnelle dans la Communauté européenne pour les années 80 ;
- la politique commune de formation professionnelle est en train de s'établir progressivement ;
- la politique commune de formation constitue un élément indispensable des activités de la Communauté dont les objectifs comprennent la libre circulation des personnes ;
- l'accès à la formation est susceptible de favoriser la libre circulation des personnes.

Dans *Martinez* la parade spirituelle est organisée pour justifier la destruction du Groupe technique des députées indépendantes au Parlement européen :¹¹⁶⁸

- la structuration en groupes politiques doit répondre à une série d'objectifs légitimes dictés à la fois par la réalité sociopolitique propre aux démocraties parlementaires ;
- par ses spécificités par rapport aux assemblées parlementaires nationales ;
- par les fonctions et responsabilités qui lui sont confiées par le traité, par les objectifs à la réalisation desquels ne pourraient contribuer des groupes techniques comme celle en question ;
- cet ordre est une mesure adaptée à l'organisation efficace des travaux et des procédures de l'institution ;
- afin de permettre l'expression de volontés politiques communes ;
- l'émergence de compromis ;
- lesquels sont particulièrement nécessaires au vu du nombre très élevé de députées européennes ;
- de l'exceptionnelle diversité des cultures ;
- des nationalités ;
- des langues ;
- des mouvements politiques nationaux ;
- de la grande diversité des activités du Parlement ;
- du fait que le Parlement n'est pas caractérisé par le clivage traditionnel majorité/opposition ;
- pour remplir ces objectifs, le groupe ne peut pas être composé de députées dépourvues d'affinités politiques ;

¹¹⁶⁸ *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 145-148, 150.

- l'organisation en groupes politiques se justifie par l'importance des responsabilités du Parlement dans la réalisation des tâches confiées par le traité CE ;
- des tâches confiées à la Communauté ;
- particulièrement depuis l'adoption du traité sur l'Union européenne ;
- depuis l'adoption du traité d'Amsterdam ;
- le bon déroulement ;
- le fonctionnement efficace de la procédure ;
- lorsqu'un recours au comité de conciliation ;
- implique la nécessité d'aboutir à un accord sur un projet commun ;
- par la voie du compromis ;
- la délégation du Parlement chargée de négocier avec le Conseil implique que cette délégation doit être composée de députés susceptibles de refléter la composition politique de l'assemblée ;
- des députés autorisés à parler au nom d'autres députés ;
- se trouver en mesure d'être soutenus une fois qu'un accord est trouvé avec le Conseil ;
- la double exigence d'affinités politiques et d'appartenance à plus d'un État membre permet de transcender les particularismes politiques locaux ;
- de promouvoir l'intégration européenne ;
- les groupes politiques concourent à la réalisation de l'objectif poursuivi par l'article 191 CE ;
- l'objectif de l'émergence de partis politiques au niveau européen ;
- l'objectif de formation d'une conscience européenne ;
- l'objectif d'expression de la volonté politique des citoyens de l'Union ;
- le principe fondamental de non-discrimination ne protège pas ce groupe car ce traitement est objectivement justifié.

Dans *Ždanoka* la grande Chambre de la Cour de Strasbourg organise la parade pour justifier l'interdiction illimitée dans le temps pour les anciennes militantes du Parti communiste de se présenter aux élections du Parlement letton :¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁹ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 134.

- les autorités lettones sont les mieux placées pour apprécier si les anciennes militantes du Parti communiste peuvent être autorisées à se présenter aux élections 16 ans après le collapsus de l'Union soviétique ;
- car il faut apprécier les difficultés qu'implique l'établissement de l'ordre démocratique ;
- car il faut apprécier les difficultés qu'implique la sauvegarde de l'ordre démocratique ;
- les autorités nationales doivent avoir suffisamment de latitude pour de telles appréciations ;
- il faut connaître les besoins de la société ;
- il faut construire la confiance dans les nouvelles institutions démocratiques, dans le Parlement national ;
- il faut quand même rechercher si la mesure d'interdiction de se présenter est toujours nécessaire à ces fins, ce que le Parlement letton fait à réguliers intervalles;
- il a réétudié cette mesure tout récemment, en 2004, il y a deux ans ;
- la Cour constitutionnelle lettonne a estimé que la restriction n'était ni arbitraire, ni disproportionnée à ce moment-là, c'est-à-dire 9 ans après le collapsus de l'Union soviétique
- il faut considérer les circonstances historiques ayant donné lieu à l'adoption de cette loi en Lettonie ;
- il faut considérer les circonstances politiques ayant donné lieu à l'adoption de cette loi en Lettonie.

44. L' « ÉLÉPHANTISATION »

« L'éléphantisation » est l'agrandissement verbal de l'importance et du danger de l'argument de la partie perdante pour faciliter son rejet. Le mot « éléphantisation » vient des travaux de Lucien de Samosate. Il faut distinguer quatre variantes de cette technique.

1) La boratisation.

La « boratisation » est un type d'interprétation parfaitement illustré par Sacha Baron Cohen, caractérisé par la répétition de l'argument de la partie perdante en le simplifiant et en exagérant à un degré tel que la partie perdante elle-même se met en désaccord avec cette représentation de son argument.

Cette technique ne doit pas être confondue avec la sortie des mots du contexte puisque ces techniques sont situées à différentes étapes d'argumentation. Dans le cas de la sortie, la juge cite correctement les mots de la partie perdante mais ne donne pas la possibilité de contextualiser ces mots au niveau factuel, tandis que, dans le cas de la boratisation, la partie perdante est elle-même en désaccord avec la répétition de son propre argument sans que le débat ne porte au niveau du contexte, des circonstances factuelles. En comparant ces techniques, il faut distinguer deux étapes d'argumentation : la perception de l'argument par la juge (la citation et la répétition) et la complétion de cette perception par les circonstances factuelles.

La Commission européenne, le Parlement européen, les gouvernements belge, autrichien, danois, finnois, allemand, grec, italien et suédois invoquent une série d'arguments pour justifier leur position à savoir que la Communauté européenne a suffisamment de compétence pour adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme :

- ❑ les Préambules des Traités constitutifs font référence à la préservation et au renforcement de la liberté, l'Acte unique européen fait référence à la Convention et aux droits fondamentaux reconnus par les Constitutions des États membres ;
- ❑ l'article actuel 6 (ex F), paragraphe 2, du Traité sur l'EU dispose que « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention <...> » (ensuite, le Traité de Nice ajoutera l'article 7 prévoyant une procédure au niveau de l'EU contre un État membre qui viole la Convention, ce qui montre que l'article 6 est la base pour une telle sanction) ;
- ❑ il y a, au moins, 10 déclarations, déclarations jointes, résolutions, *statements* et conclusions du Conseil de l'EU, du Parlement européen, du Conseil européen et de l'EU avec des références aux droits fondamentaux ;
- ❑ l'article 235 du TCE (actuellement après modification devenu actuellement l'article 352 du TFUE) prévoit que « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objectifs de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées », ce que signifie que la Communauté peut réaliser l'objectif du respect des droits fondamentaux dans le domaine du fonctionnement du marché intérieur par l'adhésion à la CEDH et sans modifier le TCE ;

- ❑ par l'arrêt *Defrenne* la Cour de justice a expliqué que les objectifs dans le sens de l'article actuel 352 du TFUE (l'article 235 du TCE à la date) peuvent être déduits du Préambule du Traité ;
- ❑ l'introduction du citoyenneté de l'Union par l'article 2, alinéa 3, du TUE (actuellement l'article 3) et la reconnaissance des droits des citoyennes de l'Union par l'article 17, paragraphe 2, du TCE (actuellement l'article 20 du TFUE) exigent la protection renforcée des droits fondamentaux de ses citoyennes au même niveau que la protection nationale ;
- ❑ la protection des droits de l'homme est un principe horizontal qui s'applique dans l'exercice de toutes les activités de la Communauté et cette protection est essentielle au fonctionnement propre du marché interne ;
- ❑ l'article 177 du TCE (actuellement l'article 208 du TFUE) oblige la Communauté d'imposer le respect des droits fondamentaux aux pays tiers par la coopération en développement ;
- ❑ le transfert des pouvoirs étatiques à la Communauté par les États membres qui sont tous parties à la CEDH exige que ces pouvoirs soient soumis au même control international afin de restaurer la balance originare désirée par les États membres.

Les chamanes luxembourgeoises éléphantisent ces arguments par la voie de boratisation afin de les rejeter. Elles disent : « Aucune disposition du Traité ne confère aux institutions communautaires le pouvoir général quelconque d'adopter des règles sur les droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine ». Analysons les deux étapes de la boratisation. En premier lieu, c'est la perception de l'argument par la juge. Les parties perdantes soulignent plusieurs fois qu'elles veulent que la Convention ne fonctionne que strictement dans le domaine des compétences déjà transférées au niveau européen, mais les juges ne l'entendent pas et concluent que les parties perdantes veulent adopter une convention internationale de portée générale. À ce point, les parties perdantes entrent en désaccord sur la perception de leurs arguments par les juges. Ensuite, quand la perception boratisée est terminée, les juges déclarent que la Communauté n'a pas de compétence dans le domaine de la portée ainsi générale.¹¹⁷⁰

¹¹⁷⁰ *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.5, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 7, 8, 37, 64, 84, 85, 87, 88 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, 92, 108 ; *ibid.*, §§ 49, 92, 120 ; *ibid.*, §§ 14, 92-94, 130 ; *ibid.* §§ 94, 134. Voyez également *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 33-35, 37. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 81, 82, 109. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 112, 113, 115.

Dans l'affaire sur le droit de l'ex-roi de Grèce concernant la propriété royale après la transition du pays vers une République, le gouvernement grec essaie de fonder sa position sur l'expropriation de cette propriété en présentant les arguments suivants :

- ❑ la forêt Bafi d'une superficie d'environ 15 567 000 m² a été transféré par l'État grec au roi Georges I^{er}. Le gouvernement grec avait exprimé l'intention de le faire en tant que don, comme d'habitude, mais le roi insista pour l'acheter. Un compromis fut finalement trouvé : la forêt de Bafi serait « concédée » (et non plus « donnée ». En contrepartie, celui-ci déposerait de 60 000 GRD plus intérêts auprès de la Banque nationale. Ensuite, la famille royale a acheté plusieurs propriétés auprès de personnes physiques.
- ❑ En application des articles 1 et 10 de la première loi constitutionnelle de 1974, le gouvernement émit un décret-loi (n° 72/1974) en vertu duquel les biens de l'ex-roi et de la famille royale devaient être administrés et gérés par un conseil de sept membres tant que le régime n'était pas définitivement fixé. Par le référendum du 8 décembre 1974 la population se prononça en faveur d'une République. En janvier 1984, des négociations s'engagèrent avec l'ex-roi au sujet de ses biens. En 1988, le gouvernement et l'ex-roi parvinrent à un accord de principe sur les biens et sur les dettes fiscales de la famille royale, mais cet accord ne fut jamais exécuté.
- ❑ En 1992, l'ex-roi et l'Etat grec parvinrent à un accord consistant en ce que l'ex-roi transfère une superficie de 200 030 m² de sa forêt de Tatoi à l'Etat grec pour la somme de 460 000 000 GRD ; l'ex-roi fait don d'une superficie de 401 541,75 m² de sa forêt de Tatoi à une fondation d'utilité publique, nommée « Fondation médicale et centre de recherche Hippocrate » ; la Fondation de la Forêt nationale de Tatoi, est créée et l'ex-roi fait don d'une superficie de 37 426 000 m² de sa forêt de Tatoi à cette fondation ; l'ex-roi, la famille royale et l'Etat grec renoncent à tous leurs droits légaux afférents aux dettes fiscales de la famille royale et renoncent à toutes les procédures judiciaires pendantes qui s'y rapportent ; l'ex-roi et la famille royale acceptent de verser à l'Etat grec la somme de 817 677 937 GRD de droits de succession, d'impôts sur le revenu et sur le capital avec les intérêts et les majorations. L'accord fut incorporé dans la loi n° 2086/1992 qui lui conféra force de loi.
- ❑ Le 16 avril 1994, le Parlement grec adopte la loi n° 2215/1994 et décrète ce qui suit : La loi n° 2086/1992 est abrogée et l'Etat grec devient le propriétaire des biens meubles et immeubles de l'ex-roi ; la propriété de Mon Repos sur l'île de Corfou est transmise à la municipalité de Corfou ; les impôts déjà calculés sont annulés et les procédures pendantes

devant les juridictions administratives ou le Conseil d'Etat (Συμβούλιο της Επικρατείας) ayant trait aux droits de succession et autres taxes, majorations et pénalités, sont suspendues ; les sommes versées par l'ex-roi et les autres membres de la famille royale au titre de l'impôt peuvent être réclamées à l'Etat grec, mais l'Etat peut s'opposer à ce qu'une telle créance vienne en compensation d'une créance de l'Etat sur la famille royale.

- Partout en Europe, pour les monarques l'on effectue bien la différence entre biens publics et biens privés. Les biens publics appartiennent à l'Etat et sont mis à la disposition des monarques aux fins de l'exercice de leur fonction de chef d'Etat. En revanche, les biens privés des monarques européens ne sont pas traités différemment de ceux des citoyennes ordinaires. Leurs acquisition, usage et cession obéissent aux règles ordinaires du droit civil interne qui s'appliquent à toutes les transactions entre particuliers. Ces biens privés bénéficient de la protection de l'article 1 du Protocole n° 1.
- L'ex-famille royale n'aurait pas acquis les trois domaines litigieux conformément aux dispositions générales du droit civil grec, mais en raison de ses fonctions. L'Etat grec aurait fait don d'une grande partie de ces domaines aux anciens rois grecs en signe de respect pour l'institution royale.
- En cas de succession au trône, les dispositions générales du droit des successions ne s'appliquaient pas. Au contraire, une loi spéciale était à chaque fois promulguée pour éviter l'ordre légal des successions et régler les différends.
- Les biens en question étaient exonérés de toute fiscalité, y compris les droits de succession. Si ces derniers avaient été appliqués à chacune des quatre successions au trône qui ont eu lieu entre 1913 et 1964, la charge fiscale qui aurait été imposée aurait dépassé la valeur vénale actuelle des domaines litigieux.
- Les biens en question avaient non seulement été assimilés à des biens de l'Etat à des fins de procédure (par exemple délais particuliers, créances privilégiées de l'Etat, interdiction de l'exécution forcée provisoire, etc, mais ils avaient aussi bénéficié de prérogatives étatiques substantielles (non-prescription des créances, interdiction absolue de l'usucapion, qualification criminelle des atteintes à la propriété, etc.. Dès lors, quel que soit le mode d'acquisition des biens litigieux, ces terrains, dont des forêts et des sites historiques et archéologiques protégés par la Constitution, auraient été conservés dans leur intégralité et même étendus uniquement grâce aux privilèges inhérents à la position officielle de monarque. Un simple citoyen n'aurait jamais pu acquérir et céder ces terrains légalement.

Les chamanes strasbourgeoises éléphantisent les arguments du gouvernement grec par la voie de boratisation afin de les rejeter. Elles disent qu'elles ne suivront pas le gouvernement grec lorsqu'il suggère « que les membres de la famille royale n'avaient aucun bien privé en Grèce ». Comme nous voyons dans le raisonnement du gouvernement, il ne parle que des « trois domaines litigieux » qui ne pouvaient pas être acquis par une personne privée en raison de leur valeur historique et archéologique. Donc les mots de la Cour « n'avaient aucun bien privé en Grèce » représentent une boratisation des arguments. Bien évidemment que la boratisation n'est pas employée pour faire face réellement au raisonnement de la partie perdante, mais afin de délégitimer ce raisonnement en tant que tel avec tous ses éléments plus convaincants que « n'avaient aucun bien privé en Grèce ».¹¹⁷¹

2) La paradoxalisation.

La paradoxalisation est l'agrandissement verbal de l'importance et du danger de l'argument de la partie perdante pour faciliter son rejet en appelant la situation proposée par la partie perdante « paradoxale ».

Dans *Le Pen*, le député européen est condamné en France pour un crime, ce qui donne lieu à son inéligibilité le jour de l'élection au Parlement européen. L'article 12, paragraphe 2, de l'Acte portant sur l'élection des représentants [au Parlement] au suffrage universel direct est rédigé dans les termes suivants : « Lorsque la vacance [du siège d'une députée européenne] résulte de l'application des dispositions nationales en vigueur dans un État membre, celui-ci en informe [le Parlement] qui en prend acte. Dans tout les autres cas, [le Parlement] constate la vacance et en informe l'État membre ». Après avoir reçu l'information sur le crime de ce député et sur son inéligibilité le jour de l'élection, le Parlement européen prend l'acte de vacance de siège. Le Pen fait valoir qu'avant de prendre cet acte, le Parlement est tenu de l'écouter et de vérifier si la procédure juridique au niveau national a été régulière. En particulier, il dit devant le Tribunal de première instance que le Conseil d'État français a violé des règles procédurales : il avait le devoir de considérer son affaire en plénière, mais que cela n'a pas été respecté. Le Pen a déposée une requête devant la Cour de Strasbourg. En outre, il a introduit un recours en grâce auprès du Président de la République. Les juges de Luxembourg concluent leur analyse en affirmant que le Parlement ne devait ni vérifier la

¹¹⁷¹ *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 9, 31, 34, 36-39, 41, 52, 61, 62. Voyez également *Czekalla*, 38830/97, CEDH, § 47 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 125 ; *ibid.*, § 128 ; *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 12, 19, 31, 46, 47, 110.

régularité de la procédure devant le Conseil d'État français, ni attendre la décision du Président ou de la Cour de Strasbourg. Elles motivent cet arrêt par la comparaison « paradoxalisante » de deux procédures prévues par l'article 12 (2) : « Lorsque la vacance [du siège d'une députée européenne] résulte de l'application des dispositions nationales en vigueur dans un État membre, celui-ci en informe [le Parlement] qui en prend acte. » et « Dans tous les autres cas, [le Parlement] constate la vacance et en informe l'État membre ». Dans le cas où le Parlement lui-même constate la vacance, par exemple, en raison de la démission d'une députée, son rôle consiste uniquement à informer les autorités nationales. Donc, selon les chamanes, cela signifie que le rôle du Parlement doit rester d'autant restreint en cas où il doit prendre l'acte de vacance après la réception d'information respective de la part de l'État membre. La Cour de Luxembourg justifie cette comparaison par l'affirmation éléphantisante par voie de paradoxalisation qu'« il serait paradoxal que le Parlement ait une marge d'appréciation plus étendue lorsqu'il s'agit de simplement prendre acte de la vacance d'un siège constatée par les autorités nationales que lorsqu'il s'agit de constater lui-même la vacance d'un siège ».¹¹⁷²

3) La pluralisation des mots.

La pluralisation des mots est l'utilisation du pluriel au lieu du singulier pour décrire la violation commise par la partie perdante afin de renforcer l'impression de gravité de l'infraction.

Par exemple, dans *Heubach*, l'entreprise condamnée pour la participation à une entente anticoncurrentielle, fait valoir qu'il n'y a eu qu'un seul client attribué entre les membres de l'entente. Le Tribunal de première instance conclut sur ce point qu'elle a participé à l'« accord sur l'attribution des clients ». Pluralisation.¹¹⁷³

4) La substitution d'un mot.

¹¹⁷² *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 10, 22, 25, 92.

¹¹⁷³ *Heubach*, T-64/02, TPI, 134.

La substitution d'un mot est le remplacement d'un mot au sein de l'argumentaire de la partie perdante après sa perception par la juge afin d'accroître son danger, son importance et, par conséquent, afin de faciliter son rejet.

Par exemple, dans le pourvoi *Hectors*, le Parlement européen explique la motivation du rejet de la candidature de la requérante à la deuxième étape du recrutement par l'apport à la connaissance de la candidate de la procédure formelle suivie. Plus tard, devant la Cour de justice, le Parlement appelle cette motivation « insuffisante », mais les juges substituent le concept de « motivation insuffisante » par l'« absence totale de motivation ». ¹¹⁷⁴

45. LA MOUCHISATION

La mouchisation est la diminution verbale de l'importance de l'argument de la partie perdante pour faciliter son rejet. Le mot « mouchisation » vient également des travaux de Lucien de Samosate. Il faut distinguer cinq variantes de cette technique.

1) Réduction à une exception marginale.

Réduction à une exception marginale est la déclaration judiciaire que le principe juridique invoqué par la partie perdante est une dérogation ou une exception marginale et que pour cette raison il doit être interprété de façon stricte ou, en réalité, rejeté.

Par exemple, selon l'article 12, paragraphe 3, sous a), de la sixième directive sur TVA, le taux normal de la TVA ne peut être inférieur à 15 %, mais un État peut choisir une ou deux catégories visées à l'annexe H où il applique le taux qui n'est pas inférieur à 5 %. L'une de ces catégories est « le transport des personnes et des bagages qui les accompagnent ». Le gouvernement espagnol décide de réduire la TVA sur les péages d'autoroute à 7 %. La Cour de Luxembourg expliquera que

¹¹⁷⁴ *Hectors*, C-150/03 P, CEJ, §§ 37, 47, 48, 50.

les péages ne sont pas couverts par le concept du « transport des personnes et des bagages qui les accompagnent », car l'annexe H est une dérogation et doit être interprétée de manière stricte.¹¹⁷⁵

En analysant la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la Cour de Strasbourg émet la conclusion que le Comité ne reconnaît la juridiction extraterritoriale qu'en tant qu'« exception » à l'article 2 (1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ce qui signifie qu'il n'y a pas non plus de besoin de reconnaître tel genre de juridiction dans l'affaire *Banković* sur les massacres de la population civile par les forces aériennes de l'OTAN pendant la guerre en Yougoslavie.¹¹⁷⁶

2) La seulisation.

« La seulisation » est la déclaration judiciaire que l'argument de la partie perdante doit être rejeté parce qu'il n'invoque qu'une « seule » circonstance ou un « seul » principe face à l'argumentation forte développée par la partie gagnante dans une situation où la partie perdante pense qu'elle invoque plusieurs circonstances ou plusieurs principes. La seulisation peut également s'exprimer par des mots « uniquement » et « simplement ».

En vertu de la directive 80/987/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleuses salariées en cas d'insolvabilité de l'employeuse, un État membre est obligé d'établir ou de désigner une institution pour assurer des garanties spécifiques pour le paiement de créances impayées concernant la rémunération. Son article 5 dispose plus précisément : « Les États membres fixent les modalités de l'organisation, du financement et du fonctionnement des institutions de garantie en observant notamment les principes suivants : a) le patrimoine des institutions doit être indépendant du capital d'exploitation des employeurs et être constitué de telle façon qu'il ne puisse être saisi au cours d'une procédure en cas d'insolvabilité ; b) les employeurs doivent contribuer au financement, à moins que celui-ci ne soit assuré intégralement par les pouvoirs publics ; c) l'obligation de paiement des institutions existe indépendamment de l'exécution des obligations de contribuer au financement . » L'Italie n'a pas

¹¹⁷⁵ *Commission c. Espagne*, C-83/99, CEJ, §§ 3-5, 7, 19. Voyez également *Klett*, C-204/01, CEJ, §§ 1, 5, 10-12, 17, 18, 29-31. Voyez également *Kreil*, C-285/98, CEJ, §§ 5, 7, 9, 12, 13, 17, 20, 21.

¹¹⁷⁶ *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 26, 27, 48, 78. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 97, 98.1, 98.3.

transposé cette directive dans le droit national. Madame Francovich et la Commission européenne soutiennent qu'en l'absence de transposition, eu égard au point c) prévoyant l'obligation de paiement indépendamment de l'exécution des obligations de contribuer au financement, on doit considérer que le mécanisme du financement de la garantie prévu par le point b) est en vigueur. Néanmoins, la Cour de justice décide d'aider le gouvernement en seulisant la vision de la travailleuse et dit que l'État ne saurait être considéré comme débiteur « au seul motif » qu'il n'a pas pris dans les délais les mesures de transposition.¹¹⁷⁷

Le politicien français Jean-Pierre Pierre-Bloch, membre du Parti social-démocrate, de Démocratie libérale et de l'Union pour un mouvement populaire durant différentes périodes, fait valoir que le Conseil constitutionnel français n'a pas respecté son droit à un débat contradictoire et public dans son affaire sur le dépassement du plafond des dépenses électorales. Pour fonder l'application de l'article 6 (1) de la CEDH, il dit que l'article L-113-1 du Code électoral prévoit une sanction financière qui peut, néanmoins, aller jusqu'à l'emprisonnement d'un an pour un tel dépassement. Les chamanes strasbourgeoises décident de mouchiser par la voie de la seulisation cet argument en le limitant aux seuls aspects financiers. Ce qui donne la conclusion que le droit à un débat contradictoire et public dans une telle affaire devant le Conseil constitutionnel fait partie des droits politiques et non des droits civils. Un contentieux n'acquiert pas une nature civile « du seul fait » qu'il soulève aussi une question d'ordre économique.¹¹⁷⁸

3) La « manière général » -isation.

La « manière général » –isation est la déclaration judiciaire que l'argument de la partie perdante doit être rejeté parce qu'il n'est invoqué que d'une « manière générale » face à l'argumentation forte développée par la partie gagnante dans une situation où la partie perdante pense que l'invocation est suffisamment précise et concrète.

¹¹⁷⁷ *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 23, 24, 26. Voyez également *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 112 § 124 ; *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 10, 22, 25, 92 ; *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 124, 125, 127, 128, 132 ; *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 45, 51 ; *ibid.*, §§ 43, 58 ; *ibid.*, §§ 19, 66, 69, 71, 80. Voyez également *Griesmar*, C-336/99, CEJ, §§ 51, 55, 61. Voyez également *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 54 § 77 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 253 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 201, 202.

¹¹⁷⁸ *Pierre-Bloch*, 24194/94, CEDH, §§ 50, 51, *Ornsby*, 18357/91, CEDH, §§ 7, 9, 10, 13, 15, 19-22, 36, 42 ; *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 9267/81, CEDH, §§ 39, 41, 45, 57.3 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 50, 52.1. Voyez également *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 43, 50, 86 ; *Pedersen*, 49017/99, CEDH, §§ 24, 88 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 45, 92, 98.3 ; *P.S.*, 33900/96, CEDH, §§ 8, 11.2, 11.3, 30.

Dans *WestLB*, le land Rhénanie-Du-Nord-Westphalie doit se justifier quant à sa décision d'intégrer son organisme de droit public Wohnungsbauförderungsanstalt s'occupant d'encouragement de la construction de logement grâce à l'octroi de prêts sans intérêt au sein du Westdeutsche Landesbank, la banque d'État qui est détenue à 100 % par le secteur public (43,2 % pour le Land, 11,7 % pour chaque commune des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe, 16,7 % pour les associations des caisses d'épargne des régions de Rhénanie et de Westphalie-Lippe). La Commission européenne exige que le land prouve qu'il a agi comme une investisseuse privée ayant l'objectif d'avoir au moins un rendement moyen. Les allemandes, à son tour, reprochent à la Commission de se fonder exclusivement sur un rendement moyen pour déterminer le rendement approprié des capitaux apportés et de considérer ainsi que l'investisseur opérant dans une économie de marché est uniquement intéressé par une optimisation du rendement, méconnaissant qu'il y a des investisseuses privées qui poursuivent d'autres buts, comme ceux liés à des considérations relatives à des stratégies d'entreprise, sociales, culturelles ou autres. Les allemandes soutiennent que la Commission abuse du pouvoir d'appréciation lorsqu'elle se fonde sur le rendement moyen comme critère de comparaison, sans prendre en compte la comparabilité des entreprises. Elles affirment qu'un rendement moyen est très difficile à déterminer dans le secteur bancaire, étant donné les différences existantes entre les établissements bancaires. Le land ajoute que, si l'investisseuse détient une participation majoritaire dans une entreprise, on doit présumer l'existence d'un intérêt durable motivant l'investissement et non une simple recherche de profit à court terme. Les juges luxembourgeoises mouchisent ce raisonnement en disant que la partie perdante se limite à « énoncer de manière générale » l'importance du fait que les investisseuses privées peuvent poursuivre d'autres buts que l'optimisation du rendement de leur investissement.¹¹⁷⁹

Dans l'affaire *P.S.* un enseignant de musique est emprisonné à 7 mois pour l'abus sexuel d'une fille de 8 ans. Les cours allemandes ont décidé de ne pas exiger que l'enfant fasse un témoignage devant le tribunal en raison du stress émotionnel de la fille attesté par un certificat médical. Par contre, l'enfant n'a pas été examiné par une psychologue au début de la procédure nationale. Les juges mouchisent ce raisonnement relatif au stress émotionnel en disant qu'il est « vague ».¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁹ *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 216, 223, 226, 333. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 256.

¹¹⁸⁰ *P.S.*, 33900/96, CEDH, §§ 18, 19, 28. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 54, 55, 73, 76, 77 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, § 19.2, 65, 66, 70, 73.4, 75, 78.1 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 74, 76.

4) La substitution des chiffres.

La substitution des chiffres est le remplacement des chiffres introduit du côté de la partie perdante par les mots diminuant l'importance de ces chiffres.

Nous ne devons pas confondre cette technique avec l'abus dans le calcul car ici il n'y a aucun calcul mais tout simplement un remplacement de chiffres sans nier leur existence empirique. Tandis que le choix d'un mode de calcul alternatif détermine la disparition empirique de ces chiffres.

Par exemple, dans *Aalborg*, l'entreprise dit que les échanges périodiques sur les prix étaient sans incidence du point de vue de la concurrence et ils ont été liés de manière erronée avec l'entente anticoncurrentielle, car cette pratique licite aurait existé entre les mêmes parties pendant une « longue période » avant la conclusion de cet accord anticoncurrentiel. Les juges prennent le fait qu'un tel dernier échange a eu lieu deux semaines avant la réunion fondant l'entente et remplace « longue période » par « deux semaines ». Bien évidemment que l'argument « les échanges existaient durant une longue période » est plus fort que l'argument « les échanges ont commencé 2 semaines avant la fondation de l'entente ».¹¹⁸¹

Ensuite, quand on parle du décollage de « 14 mois » entre deux réunions avec l'agenda anticoncurrentielle pour démontrer qu'il n'y a pas de continuité dans ces pratiques, qu'il y avait des pauses, etc., la Cour de Luxembourg décide de remplacer « 14 mois » par « quelque mois ».¹¹⁸²

5) Le découpage d'un mot descriptif factuel.

Le découpage d'un mot descriptif factuel est l'élimination d'un mot descriptif factuel afin de diminuer l'importance de l'argument émanant de la partie perdante pour faciliter son rejet.

Dans *De Lasteyrie*, le gouvernement français parle du transfert du « domicile fiscal » afin de lier ce concept avec « l'évasion fiscale » par le mot « fiscale » pour justifier, finalement, ces mesures de

¹¹⁸¹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 266, 282.

¹¹⁸² *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 256, 260. Voyez également *ibid.*, §§ 266, 282 ; *ibid.*, §§ 266, 282. *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 124, 125, 127, 128, 132 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 173, 177 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 59, 67.

prévention d'évasion fiscale qui commencent à être applicables à partir du moment du transfert du domicile fiscal. Par contre, la Cour de Luxembourg perd le mot « fiscal » et ne parle que de « domicile » général, ce qui détruit pas à pas le lien avec l'évasion fiscale et renforce le lien avec des obstacles généraux relatifs au changement de pays et à la vie à l'étranger.¹¹⁸³

46. L'ESPRIT EST TROP LOIN

« L'esprit est trop loin » est une déclaration de la juge que le principe juridique invoqué pour la défense de la partie perdante est trop imprécis pour être appliqué.

Dans *Beard* les roms font valoir que le gouvernement britannique doit les laisser construire leur maison sur la terre qu'elles possèdent en tant que propriété privée. Pour soutenir cette appréciation elles invoquent un nombre des recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, de l'OSCE et du Parlement européen qui parle de l'objectif d'améliorer les conditions de vie des roms, de les assister dans leur intégration sociale et économique et de les aider dans la recherche de solution face au problème de domicile. Les chamanes européennes des droits de l'homme répondent que le « consensus » desdits organisations internationales « n'est pas suffisamment concret ».¹¹⁸⁴

47. L'ABUS D'ÉVALUATION SPECTRALE

L'abus d'évaluation spectrale est l'affirmation que des arguments ou circonstances se trouvent dans une certaine catégorie sur le spectre établi en fonction d'un standard d'évaluation déjà choisi. Notre base empirique donne lieu à la distinction de sept variantes de cette technique argumentative en fonction du domaine d'évaluation.

1) La variante verbale « l'établissement »

¹¹⁸³ *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 2, 18, 51.

¹¹⁸⁴ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 66 (article 5.2), 69, 75, 77, 100, 105.

La variante verbale « l'établissement » est l'attribution de la conclusion proposée par une partie au litige à la catégorie spectrale « n'est pas établi » ou à la catégorie « établi ». Cette attribution peut être basée sur certains arguments ou sur certaines circonstances.

Dans le pourvoi de *Baustahlgewebe*, la partie perdante soutient que, le fait que le Tribunal de première instance a rendu son arrêt 22 mois après la clôture de la procédure orale, cela a violé le principe général de l'immédiateté, de telle sorte que l'utilité du débat oral aurait disparu avec l'effacement de son souvenir dans l'esprit des juges. La Cour européenne de justice répond qu'il n'est « pas établi » que la durée du délibéré aurait eu une quelconque incidence sur la solution du litige.¹¹⁸⁵

Dans *Hetyside*, la Cour de Strasbourg écrit que, le fait que le livre *Schoolbook* de la partie perdante à contenu éducatif sexuel n'était pas interdite en Irlande du Nord, dans l'île de Man et dans les îles anglo-normandes, et qu'elle n'était soumise à aucune condamnation en Ecosse, « n'établit pas » que l'arrêt de la Cour d'appel britannique n'a pas répondu à la nécessité réelle de protéger la moralité des enfants.¹¹⁸⁶

2) La variation verbale « suffisance » et « satisfaction »

La variante verbale « satisfaction » et « suffisance » est l'attribution de la conclusion d'une partie au litige à la catégorie « ne suffit pas », « suffit », « ne satisfait pas » ou à la catégorie « satisfait ». Cette attribution peut être basée sur certains arguments ou sur certaines circonstances.

La différence principale de la variante verbale « satisfaction » et « suffisance » par rapport à la variante verbale « établissement » est que le standard de suffisance exclut les arguments de la partie perdante de façon plus légère que le standard d'établissement ; la phrase « n'est pas établie », contrairement à la formule « ne suffit pas », nie totalement l'existence même de la raison dans la narration de la partie perdante.

¹¹⁸⁵ *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 50, 53. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 201, 202. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 303, 305, 308.

¹¹⁸⁶ *Hetyside*, 5493/72, CEDH, §§ 52-56. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 284, 297 ; *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 23, 24, 48, 78.

Dans *Keck*, la Cour de Luxembourg dispose que l'interdiction de revente à perte dans un État membre dans les conditions où une telle revente n'est pas interdite dans un autre État prive les opératrices d'une méthode de promotion des ventes ; or cette éventualité « ne suffit pas » pour qualifier la législation en cause de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation.¹¹⁸⁷

En Bulgarie un policier a tiré entre 15 et 20 coups de feu, peut-être plus, avec un fusil automatique et a tué publiquement deux garçons roms ne possédant aucune arme et qui se sont enfuis de l'armée et se sont réfugiés chez leur grand-mère en 1996 en criant : « Maudit Tsiganes ! » (« *мамка ви циганска !* »). Selon les chamanes strasbourgeoises, ce fait n'est pas « une base suffisante » pour conclure que le meurtre a été raciste.¹¹⁸⁸

3) La variante verbale « la nécessité ».

La variation verbale « la nécessité » est l'attribution de la conclusion d'une partie au litige à la catégorie « au-delà de ce qui est nécessaire » ou à la catégorie « nécessaire ». Cette attribution peut être basée sur certains arguments ou sur certaines circonstances.

Par exemple, les juges luxembourgeois déclarent que la reconnaissance d'un droit au silence à une association d'entreprises en ce qui concerne le comportement de ses membres irait « au-delà de ce qui est nécessaire » pour préserver les droits de la défense des entreprises.¹¹⁸⁹

4) La variante verbale : le niveau de la douleur.

¹¹⁸⁷ *Keck*, C-267/91, CEJ, § 13. Voyez également *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1695, 1696 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 415, 417, 418 ; *ibid.*, §§ 343, 346, 454 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128, 181, 194.

¹¹⁸⁸ *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 35, 153. Voyez également *Hornsby*, 18357/91, CEDH, §§ 7, 9, 10, 13, 15, 16, 19-22, 36, 37. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 96, 110, 111, 115, 116, 167.5, 174 ; *Pedersen*, 49017/99, CEDH, §§ 25, 74, 75, 87 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 23, 42.1, 107. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 66 (article 5.2), 69-75, 77, 100, 105 ; *S.N.*, 34209/96, CEDH, §§ 41, 42, 49-53.

¹¹⁸⁹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 208.

La variante verbale « le niveau de la douleur » est la déclaration judiciaire concernant la question de savoir si une pratique juridique met la partie perdante dans une situation factuelle suffisamment inconfortable.

Par exemple, dans *Guzzardi* il faut évaluer le niveau de douleur ressentie par le soupçonné pendant son séjour sur une île, séjour imposé pour l'empêcher de communiquer avec d'autres soupçonnés : l'île de l'Asinara « mesure approximativement 20 km dans sa plus grande dimension. Si sa superficie globale s'élève à 50 km², le territoire affecté aux assignés à résidence n'en représentait qu'une fraction ne dépassant pas 2,5 km². Ce territoire avait pour limites la mer, les routes et un cimetière; aucune clôture n'en matérialisait le pourtour. Un pénitencier occupait environ les neuf dixièmes de l'île. » Parmi les revendications des suspects envoyés sur cette île en voici quelques uns : a) l'attribution à chacun d'eux d'une maison convenable; b) l'accès permanent de leurs proches à Cala Reale; c) les moyens de travailler de manière à assurer leur subsistance et celle de leur famille, car le subside de 45 000 ou 46 500 liras versé par le ministère n'y suffisait pas; d) l'amarrage à Cala Reale, au lieu de Porto Torres, de l'embarcation destinée à leur transport; e) le droit d'aller individuellement et au moins une fois par semaine à Porto Torres se ravitailler en denrées alimentaires; f) la réouverture du bureau de poste de Cala Reale; g) l'amélioration des conditions d'hygiène et de santé dans les zones habitées et leurs abords; h) une assistance médicale sur place et la possibilité de consulter promptement des spécialistes; i) un traitement plus humain par les organes dépendant de la préfecture de police; j) l'entretien des locaux; k) l'installation d'un deuxième appareil de téléphone. La partie perdante qui y a passé 1 an et demi allègue avoir subi à l'Asinara des conditions d'existence sinon inhumaines, du moins dégradantes. Mais les juges pensent que le niveau de douleur n'était pas suffisamment fort : la situation incriminée présentait sans nul doute des aspects désagréables voire pénibles, mais eu égard à l'ensemble des données de la cause, elle n'a pourtant pas atteint le niveau de gravité au-delà duquel un traitement tombe sous le coup de l'article 3 de la Convention en tant que dégradante.¹¹⁹⁰

5) La variante verbale « un adverbe spécifique ».

¹¹⁹⁰ *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 23, 42.1, 107. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 96, 110, 111, 115, 116, 167.5, 174.

La variante verbale « un adverbe spécifique » est l'attribution de la conclusion d'une partie au litige à la catégorie qui est décrite par un adverbe spécifique.

Par exemple, dans une affaire sur les pratiques anticoncurrentielles la partie perdante avance qu'il était « pratiquement impossible » de fixer les prix de référence pour le phosphate de zinc ainsi que pour les autres produits similaires dans les pays scandinaves. Néanmoins, le Tribunal de première instance affirme qu'il n'était que « difficile » de les fixer.¹¹⁹¹

Dans l'affaire sur le seuil électoral de 10 % à dépasser en Turquie pour être représenté au Parlement national, on voit que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le considère comme « excessif », mais la Cour de Strasbourg change l'évaluation en « souhaitable à abaisser ».¹¹⁹²

6) La profondeur de la motivation.

La variante verbale « la profondeur de la motivation » est l'attribution de la conclusion, lors d'un litige, d'une partie au litige à la catégorie définissant la profondeur de la motivation qui est destinée à justifier quelque chose dans le passé.

Par exemple, dans l'affaire *Hectors* le groupe politique du Parti populaire européen et des démocrates européennes au Parlement européen décide de ne pas employer une dame. Elle envoie une réclamation afin d'obtenir une motivation et reçoit une réponse qui se limite à porter à la connaissance de la candidate la procédure à suivre pendant le recrutement. Devant la Cour de justice, le Parlement reconnaît sa motivation en tant qu'« insuffisante » mais insiste sur ce qu'elle peut être complétée au cours de la procédure contentieuse. Les juges qualifient la motivation dans la réponse comme « totalement absente », ce qui signifie qu'aucun argument supplémentaire ne serait admis devant la Cour.¹¹⁹³

¹¹⁹¹ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 93, 94, 116.

¹¹⁹² *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 35, 38, 39, 45, 61, 72, 73, 76, 77. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 97, 98.1, 98.2 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 143, 152-154. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 65-67, 73, 76, 77.

¹¹⁹³ *Hectors*, C-150/03 P, CEJ, §§ 37, 47, 48, 50, *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 213, 221 ; *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 46, 52, 55, 219 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 216, 223, 226, 333, 334 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 100, 103.

7) La variante financière.

La variante financière est l'établissement du niveau financier de l'amende ou de la compensation.

La Commission impose l'amende de € 497 196 304 pour l'abus de position dominante à Microsoft et lui ordonne d'ouvrir les protocoles de communications de ses systèmes opérationnels. L'entreprise s'adresse au Président du Tribunal de première instance en demandant de permettre de ne pas les ouvrir jusqu'au moment où la Cour de Luxembourg produit une conclusion définitive quant à la légalité de la décision de la Commission. La demande est motivée par l'affirmation que l'autorisation de l'accès aux protocoles de communication coûterait des dizaines de millions de dollars, ce qui doit être qualifié comme un « préjudice grave ». Le grand chaman abuse l'évaluation financière autrement : eu égard à la puissance financière de Microsoft dont le chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice comptable américain allant de juillet 2002 à juin 2003 s'est élevé, selon le considérant 1 de la Décision, à 30 701 millions d'euros, le préjudice financier « ne saurait être grave ».¹¹⁹⁴

L'ex-Premier ministre lituanien Adolfas Šleževičius est reconnu comme une victime d'un procès criminel dépassant le délai raisonnable. Après 4 ans, 2 mois et 25 jours il a été confirmé en tant qu'innocent par les autorités nationales. Il demande une compensation de 1 000 000 litas (€ 290 000), mais les chamanes statuant sur équité abusent l'évaluation financière autrement et lui donnent 30 000 litas (€ 8 721).¹¹⁹⁵

48. UNE RÉPONSE SUPPLÉMENTAIRE

¹¹⁹⁴ *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 26, 40, 133, 256, 257. Voyez également *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 26, 30, 49 ; *ibid.*, §§ 26, 30, 41-43, 45, 49, 141 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 254, 255 ; *Hectors*, C-150/03 P, CEJ, §§ 56 § 57, 61.

¹¹⁹⁵ *Šleževičius*, 55479/00, CEDH, §§ 30, 36-38. Voyez également *Mellors*, 57836/00, CEDH, §§ 38-40 ; *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 76, 78. Voyez également *Kokkinakis*, 14307/88, CEDH, §§ 50, 59 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 116-118 ; *ibid.*, §§ 119, 120, 123.2. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, § 114 ; *Ilașcu*, 48787/99, CEDH, §§ 485, 489. Voyez également *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 196-198 ; *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 131, 134 ; *Pedersen*, 49017/99, CEDH, §§ 25, 38, 71, 72, 74, 75, 80, 84, 93 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 116, 119, 120.

« Une réponse supplémentaire » est une réponse judiciaire que la juge n'était pas obligée de donner, réponse qui sert de liaison entre deux mouvements déductives de la cour, et qui donne un moyen pour le développement de l'argumentation dans les autres litiges en créant, par conséquence, la variante « le choix du mode de considération » du type « mythologie chaotique ».

Par exemple, dans l'affaire sur l'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH, la Cour de Luxembourg répond à la question principale que le TCE s'oppose à une telle adhésion, mais accompagne cette déclaration d'une réponse supplémentaire en disant que « le respect des droits de l'homme est, donc, une condition de la légalité des actes communautaires » : cela ce qui signifie que dans le futur la Cour de Luxembourg s'engage à considérer les questions de violation des droits de l'homme. Cette réponse affaiblit la Cour car elle devra, en principe, faire des références aux droits de l'homme, mais, également la renforce car ces chamanes vont maîtriser davantage d'esprits considérés comme « bons ». Bien évidemment, cette réponse n'a pas été inévitable et elle implique un changement dans le mode de considération.¹¹⁹⁶

49. LE DÉNI DU RÉSULTAT

Le déni du résultat est la déclaration judiciaire indiquant que la position de la partie perdante est rejetée parce que sa conclusion « ne découle pas » de son argumentation ou qu'un élément invoqué par la partie perdante « ne signifie pas » ce qu'elle veut désigner. Le déni du résultat est la déconnexion de l'argumentation et de la conclusion. Souvent la déni du résultat est une introduction à une autre technique, mais je préfère l'isoler afin de mettre l'accent sur l'attaque contre la structure argumentative de la partie perdante et non sur la déduction à partir de principes juridiques existants en dehors du discours de cette partie.

Par exemple, dans l'affaire *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, la Cour de Luxembourg écrit que l'absence d'actes de droit dérivé en matière de protection du milieu marin « ne signifie pas » que la Communauté européenne n'a pas de compétence dans ce domaine et que, par conséquent, l'Irlande ne peut diriger une plainte contre le Royaume-Uni à propos de l'installation nucléaire

¹¹⁹⁶ *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30, 33, 34.

MOX au bord de la mer irlandaise devant le Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.¹¹⁹⁷

Dans *Vogt*, une candidate communiste à l'élection du Parlement de Basse-Saxe relève à son encontre l'agression de l'État allemand, qui consiste à lui interdire de travailler en tant que enseignante d'école secondaire. Elle est licenciée en raison de cette activité politique jugée déloyale vis-à-vis de l'État. Le gouvernement allemand fait valoir que les dispositions juridiques en cause sont claires et précises en ce qu'elles imposent l'obligation de loyauté politique aux fonctionnaires. La communiste soutient que ces dispositions étaient souples, car après le licenciement elle était de nouveau admis au même emploi sans changer ces dispositions. La Cour de Strasbourg décide d'ignorer l'argument de la gauchiste par voie du déni de résultat en disant qu'il « n'autorise pas la conclusion que la requérante cherche à en déduire ». ¹¹⁹⁸

50. UNE TÊTE DE DRAGON DODÉCACÉPHALE A ÉTÉ COUPÉE

Dans la mythologie lituanienne, un dragon sérieux a douze têtes. Le raisonnement « une tête du dragon dodécacéphale a été coupée » est une déclaration faite afin de légitimer la victoire absolue d'un certain esprit, et renforcer le sentiment d'équité et de compromis en donnant l'impression que l'esprit vainqueur a également soutenu la douleur et a fait des concessions.

Il faut distinguer sept variantes de cette technique.

- 1) La précision de ce qui est permis de faire.

La juge rejette tous les arguments de la partie perdante, précise ce qui est permis de faire et de cette manière renforce le sentiment d'équité et de compromis en donnant l'impression que l'esprit vainqueur a également soutenu la douleur et a fait des concessions.

¹¹⁹⁷ *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 69, 70, 72-74, 94, 95, 104. Voyez également *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 80, 81 ; *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 43, 45 ; *ibid.*, §§ 22, 25, 56.

¹¹⁹⁸ *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1.

Dans *Marks & Spencer* la CEJ décide que l'exclusion faite par un État membre de la possibilité pour une société mère résidente de déduire de son bénéfice imposable des pertes subies dans un autre État membre par une filiale établie sur le territoire de ce dernier, alors que les autorités accordent une telle possibilité pour des pertes subies par une filiale résidente, constitue une restriction à la liberté d'établissement contraire aux articles 43 CE et 48 TCE (actuellement art. 49 et 54 du TFUE) (dragon dodécacéphale). Cette décision apporte le bénéfice de £ 30 millions et € 50 milliards de pertes seulement, par exemple, pour le gouvernement allemand.¹¹⁹⁹ Pour mieux légitimer son interprétation aux yeux des États, la Cour précise ce qui est permis de faire : les États membres demeurent libres d'adopter ou de maintenir des règles ayant pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner ou d'échapper à l'emprise de la loi fiscale nationale (une tête coupée).¹²⁰⁰ Cela ne sert à rien en réalité pour ce problème particulier, mais les observatrices reçoivent l'impression que la partie perdante a prouvé quelque chose et que la chamane ne permettra aucun abus.

Dans l'affaire *Pedersen* deux journalistes sont condamnés à 20 jours de prison et à DKK 100 000 (€ 13 400) d'amende chacun pour la diffamation à l'encontre de la police. Ils ont réalisé deux émissions à la télévision sur la condamnation d'une personne pour l'assassinat de sa femme sur la base de preuves erronées soit par négligence, soit par falsification. La Cour suprême danoise soutient que les spectatrices ont reçu l'impression que certains policiers précis sont coupables de falsification de documents ayant pour objectif d'emprisonner une personne tout à fait innocente. La CEDH partage la vision des juges danoises, et rejette tous les arguments liés à la liberté de la presse, au droit de critiquer la police, etc. (dragon dodécacéphale), mais pour mieux légitimer cette décision elle précise que les journalistes auraient pu trouver un autre moyen (une tête coupée) pour présenter le problème.¹²⁰¹

2) La précision de comment la partie perdante pouvait se faire aider.

¹¹⁹⁹ New York Times, Marks & Spencer gets 30 million pound tax rebate, http://www.nytimes.com/2005/12/13/business/worldbusiness/13iht-web.1213eutax.html?_r=1 2009-07-09.

¹²⁰⁰ *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, §§ 27, 28, 57.

¹²⁰¹ *Pedersen*, 49017/99, CEDH, §§ 25, 38, 71, 72, 74, 75, 80, 84. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 74, 98.

La juge rejette tous les arguments de la partie perdante, précise comment la partie perdante pouvait se faire aider et de cette manière renforce le sentiment d'équité et de compromis en donnant l'impression que l'esprit vainqueur a également soutenu la douleur et a fait des concessions.

Par exemple, dans *Reynolds (post-pourvoi)* le TPI conclut que l'autorité instituée du pouvoir de nomination du Parlement européen est obligée de motiver la décision sur le licenciement (dragon dodécacéphale), mais, dans les cas de la nomination ou de la promotion, elle peut s'abstenir de motiver jusqu'au stade de la réclamation puisque ce genre des décisions implique un grand nombre d'individus (une tête coupée).¹²⁰²

Dans l'affaire *McVicar* la partie perdante fait valoir qu'elle a perdu le procès au niveau national car elle n'a pas eu de représentant juridique faute d'argent. Selon elle, le gouvernement britannique a violé le droit à un procès judiciaire garanti par l'article 6 de la Convention en ne lui accordant pas d'avocate gratuite. Elle soutient qu'une partie importante de son évidence a été rejetée par la cour nationale puisqu'elle n'a pas compris comment il fallait présenter les documents. Les chamanes strasbourgeoises rejettent la requête en disant qu'il « apparaît » qu'il y avait d'autres facteurs qui ont déterminé le rejet de l'évidence au niveau national (dragon dodécacéphale), mais elles ajoutent que si la partie perdante respectait les règles procédurales, les chamanes nationales pourraient quand même prendre une décision favorable (une tête coupée).¹²⁰³

- 3) La proclamation que les 11 têtes restantes au dragon ne représentent pas un terrible danger.

La juge rejette tous les arguments de la partie perdante, proclame que le grief posé à la partie perdante par un certain principe juridique puisse être encore plus frappant et de cette manière renforce le sentiment d'équité et de compromis en donnant l'impression que l'esprit vainqueur a également soutenu la douleur et a fait des concessions.

Dans *Martinez*, le TPI explique que le principe de liberté d'association ne s'oppose pas à l'interdiction de construire un groupe politique qui déclare que ses membres n'ont pas d'affinités

¹²⁰² *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 101, 102. Voyez également *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 95.

¹²⁰³ *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 20, 57, 59, 62, 77.

politiques (dragon dodécacéphale), mais les juges ajoutent que cette disposition n'affecte par le droit des députées concernées de s'organiser en groupe, dans le respect des conditions prescrites à cette fin par le règlement (une tête coupée. La partie perdante ne subit donc pas de graves conséquences due à cette défaite.¹²⁰⁴

4) Une exception abstraite et imprécise.

La juge rejette tous les arguments de la partie perdante, laisse une exception imprécise pour le cas où le principe vainqueur serait inapplicable, et de cette manière renforce le sentiment d'équité et de compromis en donnant l'impression que l'esprit vainqueur a également soutenu la douleur et a fait des concessions.

Par exemple, dans *Brasserie du Pêcheur* la CEJ écrit que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire ne doivent pas se différencier de celles régissant la responsabilité de la Communauté (dragon dodécacéphale), sauf les cas avec une « justification particulière » (une tête coupée : une exception abstraite et imprécise.¹²⁰⁵

5) Mes condoléances, mais c'est la vie.

La juge rejette tous les arguments de la partie perdante, exprime son soutien moral à la partie perdante, ajoute qu'elle ne peut rien faire pour l'aider et de cette manière renforce le sentiment d'équité et de compromis en donnant l'impression que la partie perdante a également goûté un fruit de victoire.

Dans *Butkevičius* la partie perdante invoque deux déclarations du procureur général qui ont violé la présomption d'innocence garanti par l'article 6, paragraphe 2, de la Convention : premièrement, la confirmation du procureur qu'il détenait « suffisamment de preuves sérieuses de [sa] culpabilité », et la seconde, prononcée deux jours plus tard, où le procureur qualifiait l'infraction commise de

¹²⁰⁴ *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 232, 233.

¹²⁰⁵ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, § 42. Voyez également *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 17, 18.

« tentative d'escroquerie ». Les chamanes ne partagent pas cette vision (dragon dodécacéphale), mais elles disent que ces déclarations « suscitent quelques préoccupations » (une tête coupée qui ne sert à rien.¹²⁰⁶

6) Probablement, le jour où le dragon fera preuve de charité viendra.

La juge rejette tous les arguments de la partie perdante, exprime l'espérance que probablement le jour où la situation judiciaire sera améliorée viendra et de cette manière renforce le sentiment d'équité et de compromis en donnant l'impression que l'esprit vainqueur a également soutenu la douleur et a fait des concessions.

Par exemple, un député belge francophone veut représenter les francophones de la commune Halle-Vilvoorde dans le Conseil de la communauté flamand, mais il a prêté serment en français, ce qui lui interdit de siéger au Conseil flamand et le renvoie ainsi au Conseil français. Il fait valoir devant la Cour de Strasbourg que le gouvernement belge viole le droit de vote dans le sens de l'article 3 du Protocole n° 1. Les juges rejettent la requête en disant que rien ne l'empêche de prêter serment en néerlandais (dragon dodécacéphale), mais elles écrivent quand même que ce système belge est « inachevé et transitoire » (une tête est coupée.¹²⁰⁷

7) Le dragon a promis d'être bon.

La juge rejette tous les arguments de la partie perdante, et ajoute que, dans le futur, la pratique juridique attaquée par la partie perdante ne posera probablement pas de grief important à celle-ci et de cette manière renforce le sentiment d'équité et du compromis en donnant l'impression que l'esprit vainqueur a également soutenu la douleur et a fait des concessions.

¹²⁰⁶ *Butkevičius*, 48297/99, CEDH, § 52. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 12, 19, 31, 46, 47, 110 ; *ibid.*, §§ 30, 32, 77, 96, 123-125 ; *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 34, 35, 38, 39, 45, 61, 72, 73, 76, 77 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 23, 42.1, 107 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIB10.2, IIB12.2, IIB12.3, IIB13.10 ; *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 149-151 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 122.

¹²⁰⁷ *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 9267/81, CEDH, §§ 39, 41, 45, 57.1, 57.2. Voyez également *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 20, 57, 59, 77. Voyez également *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 135 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 92, 93, 98.3.

Dans l'affaire sur l'accession de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme les chamanes luxembourgeoises envoient un dragon dodécacéphale pour terminer ce voyage (car, selon eux, la Communauté n'a pas de compétence suffisante), mais une tête est quand même coupée : les droits de l'homme sont reconnus comme la « condition de la légalité des actes communautaires ». Autrement dit, le dragon reste là où il est, la Communauté européenne également, mais la légalité des actes communautaires sera contrôlée par les chamanes de Luxembourg. Le dragon a promis d'être bon et de ne pas les violer.¹²⁰⁸

51. LA SEPTICÉMIE

La septicémie est une situation où la blessure du dragon dodécacéphale qui a perdu une tête dans une bataille précédente commence à suppurer et le malade meurt ou, autrement dit, la juge utilise une expression imprécise laissée dans un arrêt précédent pour rejeter le principe général dans la situation judiciaire actuelle.

Dans l'affaire *Sheffield*, la Cour de Strasbourg a rejeté la requête d'une personne transsexuelle en employant la méthode du dragon dodécacéphale dans sa variante « probablement, le jour où le dragon fera preuve de charité viendra ». Les chamanes ont conclu que le consensus sur la transsexualité n'existait pas encore, mais que la question pouvait rester en vue d'une révision. Ensuite, dans *Goodwin*, les chamanes font face à la question analogue sur le changement des documents personnels après l'opération de changement de sexe. Ici, elles prennent la tête coupée dans la bataille *Sheffield* pour dire que le temps est passé, le consensus sur la transsexualité est achevé et que, donc, la septicémie qui a commencé par cette tête coupée a tué le dragon dodécacéphale.¹²⁰⁹

¹²⁰⁸ *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30, 33, 34.

¹²⁰⁹ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 88, 74, 92. Voyez également *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 109, 118, 119.

52. LA RÉMISSION D'UNE VIOLATION

La rémission d'une violation est une situation où la juge constate la violation mais préfère ne pas punir le transgresseur.

Il faut distinguer deux variantes de cette technique en fonction de la raison de la rémission.

1) Les autres éléments sont en ordre.

La juge proclame la rémission en raison du fait que les autres dispositions juridiques ne sont pas violées.

Par exemple, dans l'affaire *Aalborg*, la partie perdante fait valoir que, pendant la procédure administrative devant la Commission européenne, cette dernière ne lui a pas accordé l'accès régulier au dossier d'instruction. La Cour de justice se met en accord avec la partie perdante sur l'irrégularité de cette attitude de la Commission, mais refuse d'annuler totalement ou partiellement la décision attaquée en écrivant qu'il n'est pas prouvé que les documents concernés « étaient susceptibles d'être utiles à leur défense ». Donc le moyen est rejeté car les juges ne voient pas d'autres violations de la part de la Commission européenne.¹²¹⁰

2) Le remplacement de la sanction.

La juge proclame la rémission puisqu'il punit le transgresseur pour une autre violation. Dans l'affaire *Reynolds* (post-pourvoi), le Tribunal de première instance annule la décision sur le licenciement en donnant la raison suivante : « pour autant que la décision attaquée met un terme au détachement du requérant avec effet rétroactif, cette décision ne satisfait pas à l'exigence d'une motivation suffisante... » Autrement dit, la décision est partiellement annulée en tant que violant le principe de la non-rétroactivité, mais le Tribunal le présente comme un manque de motivation. Le

¹²¹⁰ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 100, 101, 104, 105. Voyez également *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 85, 94, 97. Voyez également *Reynolds* (post-pourvoi), T-237/00, TPI, § 211 ; *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 45, 97 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 96, 121, 125.

Parlement européen fait deux violations, mais n'est puni que pour l'une qui remplace la deuxième.¹²¹¹

53. LA CONSTITUTION DES CHAMBRES D'ÉPREUVE DANS SA VARIANTE DE PRÉCISION

La constitution des chambres d'épreuve dans sa variante de précision est la situation où la chamane précise les meubles, les dimensions et les qualités magiques d'une chambre d'épreuve qui est déjà constituée.

54. LE DÉDOUBLEMENT D'UN ESPRIT

Le dédoublement d'un esprit est une déclaration de la juge indiquant que les deux aspects du même phénomène doivent être examinés séparément ou comme fonctionnant séparément malgré le fait que la partie perdante insiste sur la considération de ces aspects ensemble. Nous pouvons distinguer sept variantes de cette technique

1) Le dédoublement des articles.

Le dédoublement des articles est une déclaration de la juge indiquant que deux articles ou deux parties d'un seul article doivent être examinés séparément.

Par exemple, le gouvernement britannique veut appliquer ensemble, l'article du Traité CE sur la non-application directe de directive et l'article de la directive concernant le droit personnel de recours contre une décision de ne pas autoriser l'entrée de l'intéressée sur le territoire britannique au motif de protection de l'ordre public. La Cour de Luxembourg divise ces articles et déclare qu'ils peuvent être appliqués séparément. Les juges reconnaissent que la directive « dans son ensemble »

¹²¹¹ *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 119, 106, 107, 121.

reste sans effet direct, mais un recours sur la base de cet article de la directive peut être formulé quand l'article est suffisamment précis.¹²¹²

Dans *Goodwin*, les juges de Strasbourg coupent l'article 12 de la Convention qui parle du « droit de se marier et de fonder une famille ». Elles expliquent que le droit de fonder une famille n'est pas une condition pour le droit de se marier et que pour cette raison l'application de ces deux droits doit être séparée.¹²¹³

2) Le dédoublement des actes juridiques.

Le dédoublement des actes juridiques est une déclaration de la juge indiquant que deux actes juridiques doivent être examinés séparément.

Prenons la décision-cadre du Conseil de l'UE relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. La décision-cadre est prise sur base des dispositions concernant la coopération policière et judiciaire en matières pénales du Traité UE pour protéger la législation environnementale adoptée en vertu de l'article 175 du Traité CE (actuellement art. 192 du TFUE). La Commission et le Parlement européen sont contre cette base juridique car selon eux il fallait adopter un acte juridique plus contraignant, c'est-à-dire, une directive, mais 11 États membres sur 15 soutiennent le Conseil. La Cour de Luxembourg met l'accent sur ce qu'aucune des dispositions du traité CE ne saurait être affectée par une disposition du traité sur l'Union européenne. Autrement dit, les chamanes dédoublent les deux Traités – aucun mélange n'est autorisé. Par conséquent, un acte juridique sur la protection de l'environnement par le droit pénal ne peut être adopté que sur la base du Traité CE.¹²¹⁴

Prenons encore un exemple avec l'expropriation de la propriété de l'ancien roi Constantine II de Grèce. Les autorités nationales le font à plusieurs reprises. En 1974 le gouvernement militaire adopte le décret législative n° 225/1973 qui exproprie la propriété et accorde au roi une compensation. Ensuite, le gouvernement républicain adopte la loi n° 2215/1994 qui repartage la

¹²¹² *Van Duyn*, 41-74, CEJ, § 13. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 34, 43, 44, 50 ; *Francovich*, C-6/90, CEJ, §§ 16, 18, 21-25 ; *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 91, 92.

¹²¹³ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 98.

¹²¹⁴ *Commission c. Conseil*, C-176/03, CEJ, §§ 1, 3, 13, 27, 38, 46, 51, 53. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 79, 81, 82, 87, 88, 90, 91 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 44, 65.

propriété, accorde une dispense fiscale au roi, mais ne lui accorde aucune compensation spécifique. Est-ce que l'État concerné respecte le droit à la compensation pour l'expropriation de propriété ? Les grecques expliquent devant la Cour que cette loi n'annule pas le décret législatif et que les deux actes juridiques sont applicables ensemble, mais les chamanes décident de dédoubler ces actes juridiques en affirmant que ce n'est que la loi n° 2215/1994 qui est en vigueur.¹²¹⁵

3) Le dédoublement en deux branches du droit.

Le dédoublement en deux branches du droit est une déclaration de la juge indiquant que la régulation juridique pertinente doit être divisée en deux branches du droit en vue d'un examen.

Dans *Eyckeler & Malt*, la partie perdante avance que des dispositions matérielles nouvelles doivent être appliquées aux litiges en cours. En particulier, le Code européen des douanes s'applique même aux faits antérieurs qui n'avaient pas encore fait l'objet d'une décision. Le choix de la norme juridique applicable a une importance du point de vue du droit matériel. En effet, alors que l'article 13 du règlement n° 1430/79 exige la présence de « situations particulières » afin d'avoir une remise douanière, l'article 239 du Code européen des douanes trouve également à s'appliquer dans des situations qui résultent de simples « circonstances ». Les conditions d'une remise pour des raisons d'équité auraient donc été rendues moins strictes. A cet égard, la Cour décide de rejeter ce raisonnement par un dédoublement, de ce qu'on vient de considérer, en deux branches du droit : si les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendants au moment où elles entrent en vigueur, il n'en est pas de même des règles de fond. Au contraire, ces dernières sont habituellement interprétées comme ne visant des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur que dans la mesure où il ressort clairement de leurs termes, finalités ou économie qu'un tel effet doit leur être attribué.¹²¹⁶

La Cour de Strasbourg rejette de temps en temps les requêtes en dédoublant une situation mélangée en un domaine politique et en un domaine civile. Par exemple, dans *Guliyev*, un politicien azéri occupe entre 1990 et 1993 des postes clés dans le secteur pétrolier de son pays ainsi qu'au sein du Gouvernement et du Parlement. En 1996, il démissionne et quitte le pays. A l'étranger, il fonde le

¹²¹⁵ *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 92, 93, 98.3. Voyez également *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115.

¹²¹⁶ *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 41, 42, 55.

Parti démocratique d'Azerbaïdjan (le DPA. En 1998, le procureur général commence à poursuivre le requérant pour détournement de deniers de l'État, pour abus de pouvoir et pour fraude. En 2000, un tribunal de district a ordonné son placement en détention provisoire. Le requérant subordonne son retour en Azerbaïdjan et sa comparution à son propre procès en remplacement de la détention provisoire par une assignation à domicile dans l'attente du procès. Sa requête, puis son appel ont été rejetés. Les chamanes mettent la fin au débat en dédoublant le droit en deux domaines : ce litige porte sur les droits politiques du requérant et n'a aucune incidence sur ses « droits et obligations de caractère civil ». ¹²¹⁷

4) Le dédoublement des faits.

Le dédoublement des faits est une déclaration de la juge indiquant que deux faits ou deux groupes de faits doivent être examinés séparément.

Par exemple, dans *Cimenterie CBR*, les entreprises accusées de violation des règles de concurrence font valoir qu'il faut analyser les réunions des 14 janvier 1983, 19 mars et 7 novembre 1984 où l'accord anticoncurrentiel a été conclu et confirmé ensemble lors les réunions du 30 mai 1983 et du 10 juin 1985 où il n'y avait rien illicite, ce qui montre qu'il y a eu des interruptions dans l'entente. Les chamanes décident de dédoubler ces faits. ¹²¹⁸

Dans *Czekalla*, la partie perdante essaie de lier le fait que son avocate payée par l'État n'a pas respecté les règles élémentaires de procédure et le fait que Czekalla a été condamné et a dû aller en prison au lieu d'être libéré ou de séjourner en prison pendant une période plus courte afin de demander une compensation. Les chamanes strasbourgeoises dédoublent ces faits et rejettent les exigences de la partie perdante. ¹²¹⁹

¹²¹⁷ *Guliyev*, 35584/02, CEDH. Voyez également *Pierre-Bloch*, 24194/94, CEDH, §§ 38, 54. Voyez également *ibid.*, §§ 50, 51 ; *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 81, 82 ; *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, §§ 14, 38, 65, 66.

¹²¹⁸ *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1047, 1049. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 46, 49. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 258-260, 262, 286, 317 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 339 ; *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 47, 48.

¹²¹⁹ *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 71, 73, 75. Voyez également *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 54, 56, 89, 92, 93, 95, 96 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, § 52.2 ; *ibid.*, §§ 116-118. *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, §§ 21.23, 77, 120, 123 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 249-252 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 92, 93, 98.3 ; *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 395, 400.

5) Le dédoublement des procès.

Le dédoublement des procès est une déclaration de la juge indiquant que deux procès doivent être examinés séparément.

Dans *Sari* le procès pénal a duré 8 ans, 7 mois et 22 jours. La partie perdante avance que cette période a violé son droit au délai raisonnable, mais les chamanes n'acceptent pas ce raisonnement. Elles font deux dédoublements. Premièrement, elles disent que le délais est raisonnable car il y avait deux procédures : d'abord, la procédure d'extradition de la Turquie au Danemark et, ensuite, la procédure de transfert de juridiction danoise aux turques. Deuxièmement, ce que les danoises faisaient doit être considéré séparément de ce que faisaient les turques. Le délai danois est expliqué par les fautes turques et le délai turc est justifié par les erreurs danoises : les juges ne voient pas de liaison entre les deux procès. Par conséquent, la durée du procès pénale devient raisonnable.¹²²⁰

6) Le dédoublement des esprits (principes).

Le dédoublement des esprits (des principes) est une déclaration de la juge indiquant que deux principes doivent être examinés séparément.

Dans *Bosal*, les gouvernements néerlandais, britannique et la Commission font valoir que la société mère établie dans un État membre ne doit pas se voir accorder un avantage fiscal consistant en possibilité de déduire de son prélèvement fiscal les frais de participation dans le capital de sa filiale établie dans un autre État membre puisqu'il faut garder la cohérence du régime fiscal : en effet les bénéfices de la filiale étrangère ne sont pas imposables dans l'État de la société mère. Les juges décident de dédoubler le principe de l'entité économique unique en appliquant le principe de cohérence fiscale : une succursale ou un établissement d'exploitation n'est pas une filiale. Autrement dit, si on parle de la même imposition sur une seule et même entreprise comme dans le cas d'une succursale, le principe de cohérence fiscale permet de rejeter la demande de cette entreprise d'accorder un avantage fiscal en ce qui concerne sa succursale qui ne paie pas d'impôts dans le pays de résidence du centre de l'entreprise. Par contre, dans le cas de relations entre la

¹²²⁰ *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 54, 56, 68, 72, 73, 76, 77, 80, 84, 89, 92, 95, 96.

société mère et sa filiale, les deux entités sont des personnes morales différentes payant des impôts distincts. Donc, les impôts payés par la filiale et les déductions pour la société mère liées à la participation dans le capital d'une filiale sont des situations fiscales distincts. Quand les situations fiscales sont différentes, on ne peut pas parler de cohérence fiscale.¹²²¹

Dans *Drozd*, les chamanes strasbourgeoises dédoublent la juge française en déclarant que quand elle est assise dans une cour d'Andorre, elle est une juge andorrane. La partie perdante soutenait le contraire au motif que¹²²² :

- ✓ la Présidente de la République française est la Co-Princesse andorrane ;
- ✓ la représentation extérieure d'Andorre est assurée par les consulats français ;
- ✓ les condamnées sont emprisonnées en prison française ;
- ✓ l'ordre public en Andorre est maintenu par la police française ;
- ✓ le gouvernement français ne reconnaît pas l'Andorre en tant qu'État indépendant ;
- ✓ l'Andorre n'est membre d'aucune organisation internationale ;
- ✓ les questions comme l'établissement des écoles françaises, les décisions concernant la sécurité sociale, les réseaux de téléphone, etc. sont gérées par l'administration française de manière unilatérale ;
- ✓ la cour d'appel andorrane comprend une juge française (par rotation avec une juge espagnole) nommé pour 5 ans par la Co-Princesse qui est également la Présidente française, et de deux *vegueres* : une juge française envoyée pour une période indéfinie par le ministère de justice français et une juge espagnole ;
- ✓ une décision d'une cour andorrane a le statut *res judicate* en France et est exécutable sans aucun obstacle.

¹²²¹ *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 19, 29, 30. Voyez également *Bachmann*, C-204/90, CEJ, §§ 21-24 ; *Commission c. Belgique*, C-300/90, §§ 14-20 ; *Verkooijen*, C-35/98, CEJ, §§ 11, 13, 14, 57 ; *Baars*, C-251/98, CEJ, §§ 9, 13, 16, 40 ; *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 47, 48 ; *ibid.*, §§ 28, 31. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, § 317 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 31, 45 ; *ibid.*, §§ 93, 94, 111-113, 115. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 208. Voyez également *Keck*, C-267/91, CEJ, §§ 3, 6. Voyez également *Vogel*, C-35/02, CEJ, §§ 19, 33. Voyez également *ICI*, C-264/96, CEJ, § 28.

¹²²² *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 34, 52, 55, 68-72, 89.2, 96.1. Voyez également *Pierre-Bloch*, 24194/94, CEDH, § 56 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 85, 108.2 ; *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 115 ; *ibid.*, § 122 ; *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 63, 66. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 110, 111, 113, 116, 140, 141, 143, 147, 156.1, 156.2, 157, 159 ; *Pedersen*, 49017/99, CEDH, §§ 25, 38, 71, 74, 75, 80.

Cette parade des esprits organisée par la partie perdante n'aide pas à fusionner le statut de la juge française avec le statut de juge andorrane devant les chamanes strasbourgeoises qui soulignent qu'une décision d'une cour andorrane ne peut pas être annulée par une cour française.

7) La libération spirituelle.

La libération spirituelle est une négation de l'existence de subordination entre deux principes juridiques.

L'Irlande décide de soumettre une plainte contre le Royaume-Uni pour violation de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer et plus précisément l'exploitation de l'usine MOX qui se trouve au bord de la mer irlandaise. Cette plainte est soumise au Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de cette Convention. La Commission et le gouvernement britannique lui reproche la violation du droit européen qui l'oblige à ne pas chercher à régler les différends intérieurs en dehors de la Communauté. Le gouvernement irlandais justifie sa démarche par le fait que la Communauté européenne ne possède pas de textes juridiques en matière d'environnement suffisamment clairs et opportuns pour régler le conflit. Les juges répondent par la libération de la compétence générale de la Communauté de l'existence de règles précises. Autrement dit, le fait que la Communauté n'a pas d'actes juridiques au moyen desquels elle applique la Convention sur le droit de la mer ne signifie pas qu'elle n'a pas la compétence respective pour régler les différends liés à cette Convention.¹²²³

Un autre exemple : le gouvernement suédois soutient que son administration a eu le droit de prolonger les permis d'expropriation. La requérante affirme que non. La Cour de Strasbourg dissocie cette question de la question de savoir si cette prolongation a violé l'article 1 sur la protection de la propriété du Protocole n° 1. Autrement dit, les deux luttes spirituelles (la question sur le droit de l'administration de prolonger les permis d'expropriation du point de vue interne et la

¹²²³ *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 69, 70, 72-74, 94, 95, 104. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, § 95. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 236, 237. Voyez également *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 3353-3355, 3357. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 306-308, 318.

question sur la compatibilité directe avec le droit européen sans passage par le droit interne) peuvent se poser et être traitées de manière indépendante.¹²²⁴

55. LA FUSION DES ESPRITS

La fusion des esprits est une déclaration de la juge indiquant que deux aspects de deux phénomènes doivent être examinés ensemble ou peuvent fonctionner ensemble malgré le fait que la partie perdante insiste sur la considération séparée. Sur la base de nos données empiriques, nous pouvons distinguer quatre variantes de cette technique.

1) Les actes juridiques.

La fusion des actes juridiques est une déclaration de la juge indiquant que deux actes juridiques doivent être examinés ensemble.

Par exemple, la Cour de Luxembourg fusionne la Convention internationale sur la sûreté nucléaire avec le Traité de la Communauté européenne de l'énergie atomique. Le Conseil de l'UE soutient que les compétences de la Communauté dans le domaine d'énergie atomique sont très limitées et que les domaines couverts par cette Convention sont larges et précis. Les juges fusionnent les deux actes juridiques au niveau principal pour dire qu'ils couvrent les mêmes compétences. Donc la Convention apporte plutôt des précisions sur ce que la Communauté peut faire sur la base du Traité CEEA que le contredit ou qu'elle existe autrement de manière indépendante.¹²²⁵

2) Les principes, les natures, les articles.

¹²²⁴ *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 67.3 et 68.

¹²²⁵ *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 12, 27, 102, 103. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 297, 298 ; *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 7, 8, 10, 12, 15, 18, 21, 37, 38, 40, 49 ; *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 7, 8, 37, 64, 84-88.

La fusion des principes, des natures et des articles est une déclaration de la juge indiquant que ces principes, natures et articles doivent être examinés ensemble.

Par exemple, la Cour de Luxembourg annule la décision-cadre du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal en disant que son domaine est « indivisible ». On a d'autres cas où la Cour annule les actes juridiques « dans la mesure où le texte ne prévoit pas » quelque chose. Ici, les juges disent que la décision-cadre devait être adoptée sur la base des dispositions environnementales du Traité CE et non sur la base des dispositions du Traité UE concernant la coopération policière et judiciaire puisque rien dans ce dernier Traité ne peut affecter le contenu du Traité CE. Bien évidemment que la décision-cadre a pu être annulée dans la mesure où elle affecte le Traité CE. Cette décision a pu être déclarée divisible en « politique commune d'environnement » et en « coopération policière et judiciaire dans l'exécution des politiques nationales environnementales ».¹²²⁶

Dans l'affaire *Pellegrin*, la partie perdante insiste sur la distinction entre une « fonctionnaire » d'État qui est gérée par le droit public et une « agente contractuelle » d'État qui est gérée par le droit privé. La Cour de Strasbourg rejette cette distinction entre les personnes employées par l'État et les rassemble dans un même groupe.¹²²⁷

3) Les procès

La fusion des procès est une déclaration de la juge indiquant que deux procès doivent être examinés ensemble.

Dans l'affaire sur le déficit budgétaire excessif en France et en Allemagne qui violait le Pacte de stabilité et de croissance, on peut observer deux procès différents : un procès de l'article 104 du Traité CE pour formulation de recommandations et pour introduction potentielle de sanctions et un procès de reconnaissance au niveau du Conseil de l'Europe des engagements unilatérales de la

¹²²⁶ *Commission c. Conseil*, C-176/03, CEJ, §§ 1, 3, 13, 27, 38, 46, 51, 53. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 256, 261 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 384, 403 ; *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 11, 12. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, § 42.

¹²²⁷ *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, § 62. Voyez également *Perez*, 47287/99, CEDH, § 63 ; *ibid.*, § 65 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 97, 98.4 ; *ibid.*, §§ 21.1, 65, 66, 85 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 213.1, 214.1, 228, 229.

France et de l'Allemagne de mettre fin à ces violations. Le premier procès est juridique et le deuxième procès est plutôt supplémentaire, dans le sens où il voit le jour en raison du blocage du premier. La Cour de Luxembourg fusionne les deux procès car ils traitent de la même infraction et interdit la deuxième démarche.¹²²⁸

Dans *Hornsby*, on observe deux procès : un procès d'application de la décision de la Cour européenne de justice en Grèce et le procès contre la Grèce pour refus de l'appliquer devant la Cour européenne des droits de l'homme. Donc nous pouvons les distinguer et dire que si l'administration grecque ne respecte pas une décision de la Cour européenne de justice, c'est la Cour européenne de justice qui doit être adressée par la voie d'une question préjudiciaire. C'est la compétence de la Cour européenne de justice de considérer cette affaire et non celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous pouvons les fusionner, ce que les juges strasbourgeoises font. La Cour de Strasbourg décide que l'intéressée peut aller à Strasbourg pour faire face au manque du respect de la Cour de Luxembourg.¹²²⁹

4) Les faits

La fusion des faits ou des groupes de circonstances est une déclaration de la juge indiquant que deux faits ou deux groupes de circonstances doivent être examinés ensemble.

Par exemple, dans *Baustahlgewebe*, la partie perdante veut dire que son engagement de ne pas porter plainte auprès de la Commission relative au cartel de crise structurelle allemand ne constituait pas une restriction de concurrence et que son deuxième engagement de ne pas exporter de panneaux lettrés en France pendant deux ou trois mois n'était pas non plus susceptible de produire une telle restriction. Les juges rejettent cet argument et fusionnent les faits : l'engagement de ne pas soumettre la plainte et s'abstenir des exportations en France entre dans le cadre des pratiques générales du cartel.¹²³⁰

¹²²⁸ *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 27-29, 33, 34. Voyez également *ibid.*, §§ 20, 21, 37, 38, 40, 46-48.

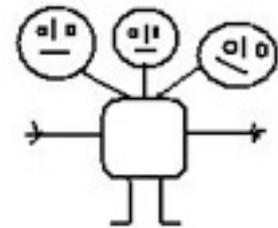
¹²²⁹ *Hornsby*, 18357/91, CEDH, §§ 39-41.

¹²³⁰ *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 103, 107, 108, Heubach, T-64/02, TPI, §§ 57, 81-83. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 296 ; *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1510, 1516, 1649, 1651 ; *K.B.*, C-117/01, CEJ, §§ 20-23, 30 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 97, 110.

Dans l'affaire sur la crise en Irlande de Nord dans les années 1970 et 1971 le gouvernement britannique insiste sur le fait que les cas de torture et de traitement inhumain doivent être considérés individuellement. Le Royaume-Uni a déjà payé aux 473 victimes £ 302 043 de compensation, mais les juges décident de fusionner les cas individuels sous le nom de « pratique administrative » pour les examiner encore une fois ensemble.¹²³¹

56. L'ESPRIT POLYCÉPHALE CLASSIQUE

L'esprit polycéphale classique est la création (la déduction) de plusieurs têtes (de plusieurs principes juridiques) sur le sommet du même corps (du même principe plus général ou de la même circonstance. Il faut distinguer deux variantes de cette technique interprétative.



1) Monozygote.

La variante monozygote est la situation où les têtes sont créées de façon synonymique et nous ne voyons pas de différence claire entre elles.

Par exemple, en interdisant le groupe technique des députées indépendantes au Parlement européen, les juges luxembourgeoises disent que cette mesure est justifiée par la nécessité particulière exigée par l'esprit quattrocéphale de l'exceptionnelle diversité. L'exceptionnelle diversité a quatre têtes : l'exceptionnelle diversité des cultures, l'exceptionnelle diversité des nationalités, l'exceptionnelle diversité des langues et l'exceptionnelle diversité des mouvements politiques nationaux. L'existence

¹²³¹ *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 110, 111, 113, 116, 140, 141, 143, 147, 156.1, 156.2, 157. Voyez également *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 35, 50, 57.

d'un tel groupe réunissant 29 des 626 députées compliquerait l'émergence du compromis dans les conditions de ces exceptionnelles diversités.¹²³²

Par l'arrêt *Matthews*, la Cour de Strasbourg interprète que pour limiter l'application de la CEDH sur un territoire dépendant d'un État contractant, il faut faire face à l'esprit dicéphale : une tête de la nécessité décisive pour une telle limitation et une tête de la nécessité manifeste (« la preuve décisive et manifeste d'une nécessité »).¹²³³

2) Dizygote.

La variante dizygote est la situation où les têtes ne sont pas créées de façon synonymique et nous voyons une différence entre elles.

La frontière entre l'esprit polycéphale classique dizygote et la constitution de chambres d'épreuve se définit par ce que, premièrement, ici, dans la variante actuelle, la partie perdante lutte contre toutes les têtes en même temps et que, deuxièmement, l'existence de chambres est présentée comme naturelle et non comme déduite de manière *ad hoc*.

Par exemple, les juges luxembourgeoises veulent renforcer l'esprit de la libre circulation dans la lutte contre l'esprit de l'ordre public afin d'autoriser une militante d'une secte d'entrer dans le Royaume-Uni. Pour cela elles montrent trois têtes sur le corps de la libre circulation plantées par article 48, paragraphe 3, points a)-c), du TCEE : le droit de *répondre* à des emplois effectivement offerts, le droit de se *déplacer* et le droit de *séjourner*.¹²³⁴ Donc nous voyons une différence entre les trois têtes. Ici, ces têtes ne sont pas synonymiques et elles ne constituent pas des chambres d'épreuves car la partie perdante les affronte ensemble ; or elles ont un tel potentiel – la juge pouvait les élaborer et les considérer séparément. Par contre, les juges ne mentionnent pas la 4^e tête augmentée par point d) de même disposition : droit de demeurer sur le territoire d'un État membre après y avoir occupé un emploi. Cette 4^e tête pouvait renforcer la force de persuasion de l'abus de déduction.

¹²³² *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 145, 146, 147, 148, 150.

¹²³³ *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 8, 9, 56, 59.

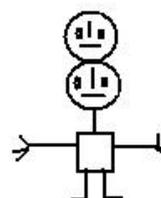
¹²³⁴ *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 17, 21, 22, 24.

57. L'ESPRIT POLYCÉPHALE VERTICAL

L'esprit polycéphale vertical est la situation juridique où la deuxième tête ne pousse pas à côté de la première tête sur le même corps, mais sur le sommet de la première tête. Dans un tel cas, si vous touchez la première tête en bas, vous causez automatiquement des problèmes à la deuxième tête en haut puisque la première est son lien direct avec le corps. Autrement dit, si la partie perdante viole le premier principe, elle viole automatiquement et immédiatement le deuxième.

Par exemple, l'Irlande s'adresse au Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer afin de condamner le Royaume-Uni pour une violation des exigences environnementales en exploitant l'usine MOX. La Commission européenne attaque l'Irlande devant la Cour européenne de justice puisque son gouvernement ne s'adresse pas aux institutions européennes avant cette

démarche. L'article 292 du Traité CE dispose que « Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci. » Les juges déclarent une violation de cet article. Ensuite, il y a article 10 dans le même Traité qui contient les mots suivants : « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils lui facilitent l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité. » Le gouvernement irlandais soutient que si nous constatons



Maura Holden, *Cuteness Mania*

la violation de l'article 292, il ne saurait y avoir un manquement à l'article 10. Néanmoins, les juges concluent que le même mouvement a violé les deux articles.¹²³⁵

Dans l'affaire *Vogt*, la requérante a perdu le droit d'être une fonctionnaire en raison de son appartenance au parti communiste (elle était une candidate à l'élection au Parlement d'un Land. La Cour européenne des droits de l'homme constate une double violation : la liberté d'expression (article 10 de la Convention) et la liberté de réunion et d'association (article 11).¹²³⁶

Par contre, dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, la Cour de Strasbourg reconnaît que l'absence d'actions concrètes afin de trouver et fournir l'information sur le destin des 1 485 personnes disparues pendant la guerre de Chypre de la part des autorités turques constitue un traitement inhumain (article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme) envers les membres des familles de ces personnes ; mais les juges ne pensent pas qu'il y a lieu de considérer s'il y avait également une violation du droit au respect à la vie familiale (article 8) ou du droit de recevoir l'information (article 10).¹²³⁷ Cela montre que la construction polycéphale n'est pas automatique et dépend comme toujours de l'insight chamanique.

58. LA RECORÈGLISATION

La recorèglisation est le rejet de la position de la partie perdante sur la base d'une recommandation qui devient, en effet, une règle.

Par exemple, dans *PreussenElektra* la CEJ fait référence à la proposition de directive 2000/C 311 E/ 22 faite par la Commission européenne où il est marqué que chaque État membre doit mettre en œuvre un système de certificats d'origine de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables afin de rendre les échanges de ce type d'électricité à la fois fiables et possibles en pratique. Un tel système est désirable, eu égard au fait qu'après l'admission dans le réseau de

¹²³⁵ *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 163, 172, 173.

¹²³⁶ *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 63, 64, 67, 68.

¹²³⁷ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 119, 157, 159, 161. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, § 221.

transport ou de distribution de l'électricité, il est difficile d'en déterminer l'origine et notamment la source d'énergie à partir de laquelle elle a été produite. Cela signifie, selon les juges, que l'obligation imposée par les autorités allemandes aux entreprises d'acheter un certain pourcentage d'électricité renouvelable produit par les productrices locales est compatible avec l'interdiction de restriction aux échanges entre les États membres prévue par l'article 30 du TCE.¹²³⁸ Donc on voit qu'une proposition de directive (une recommandation) devient une base juridique (une règle) pour l'interprétation d'une situation factuelle.

Dans ce cas empirique la recorèglisation devient une partie de l'abus téléologique car la CEJ encadre cette proposition de directive comme un objectif poursuivi par l'UE, mais dans les autres cas, cette technique judiciaire est très souvent intégrée au sein de la parade des esprits ou dans le don des ailes.

Dans *Broniowski*, la Cour européenne des droits de l'homme veut obliger le gouvernement polonais à résoudre non seulement la question de la propriété de la requérante, mais aussi plusieurs milles des cas analogiques. Il y a certainement le principe limitant la considération judiciaire à un cas concret en l'espèce et résistant à un tel élargissement. Pour y faire face, les juges se réfèrent à la résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe recommandant aux États de solutionner les problèmes sous-jacents systémiques empêchant l'application de la Convention, ainsi qu'à la recommandation relative à l'amélioration des recours disponibles devant une instance nationale.¹²³⁹

59. LA RERITUALISATION

LLa reritualisation est la modification de la procédure afin de rejeter l'argument de la partie perdante. Comme toujours, le point de départ analytique est désigné par la partie perdante et celui d'arrivée par la juge. Il faut distinguer seize variantes de cette technique.

- 1) Un mauvais moment.

¹²³⁸ *PreussenElektra*, C-379/98, CEJ, §§ 79 et 80.

¹²³⁹ *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 190, 191, 194. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 59, 61.

« Un mauvais moment » est la déclaration judiciaire indiquant que l'argument de la partie perdante est rejeté (l'esprit protecteur qu'elle invite ne vient pas) parce qu'il devait être invoqué pendant une étape procédurale antérieure (parce qu'il ignore ceux qui ne respectent pas les étapes du rituel).

Par exemple, la procédure pour la remise douanière comprend deux étapes : une étape devant les autorités nationales et la deuxième se déroule auprès de la Commission européenne. La Commission soutient qu'elle a bien respecté le droit de défense car ses services ont eu des entretiens avec le conseil de l'entreprise demandeuse de la remise. Le Tribunal de première instance répond que le droit de défense n'a pas été respecté puisque les entretiens ont eu lieu avant la transmission de la demande de remise par les autorités nationales à la Commission. Donc, cette dernière a choisi un mauvais moment.¹²⁴⁰

Un autre exemple – la partie au litige ne demande pas une satisfaction équitable dans le sens de l'article 41 de la CEDH dans ses documents envoyés à la Cour de Strasbourg, donc son espérance de l'avoir ne sera pas accueillie. Un mauvais moment.¹²⁴¹

2) Un bon moment.

« Un bon moment » est la déclaration judiciaire indiquant que l'argument faisant grief à l'encontre de la partie perdante est accepté (l'esprit agresseur est venu) bien que la partie perdante insiste sur le fait qu'il n'était pas invoqué pendant une étape procédurale antérieure (bien que, selon la partie perdante, les étapes du rituel ne soient pas respectées).

Dans la procédure en référé *Microsoft*, la Commission fait valoir qu'une partie des arguments de Microsoft doit être rejetée en raison du mauvais moment : les arguments présentés dans ses observations dépassent ce qui est écrit dans la requête. De plus, Microsoft n'explique pas pourquoi il n'a pas ajouté les annexes de ces observations à la requête initiale. Mais le Président du Tribunal

¹²⁴⁰ *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, § 87. Voyez également *ibid.*, §§ 69, 83, 84 ; *Hectors*, C-150/03 P, CEJ, § 62 ; *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 33-35, 37 ; *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 121-123 ; *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 211 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 199, 200-202 ; *ibid.*, §§ 128, 216, 220 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 26, 40, 41, 83, 87, 89 ; *ibid.*, §§ 258-260, 262, 265, 286, 317 ; *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 15, 34, 35 ; *ibid.*, §§ 1, 8, 9, 64 ; *ibid.*, §§ 1, 8, 9, 44, 45, 69, 63.

¹²⁴¹ *P.S.*, 33900/96, CEDH, § 34. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, § 109. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 56, 58 ; *ibid.*, §§ 256, 258 ; *ibid.*, § 292 ; *ibid.*, §§ 325, 326. Voyez également *Sheffield*, 22985/93, CEDH, § 36. Voyez également *Drozdz*, 12747/87, CEDH, § 105, 107.2. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 30, 32, 73, 77, 96, 123, 124. Voyez également *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 20, 57, 59, 77.

de première instance répond que le moment d'introduction des observations était bon, car ces arguments et annexes expliquent de manière détaillée le contenu de la requête initiale.¹²⁴²

3) L'évacuation de l'esprit faisant grief à destination d'un autre amulette.

« L'évacuation de l'esprit faisant grief à destination d'un autre amulette » est la déclaration judiciaire que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisque le grief n'est pas provoqué par l'acte juridique ou l'article qu'elle attaque, mais par un acte juridique ou un article qu'elle n'attaque pas.

Contrairement à la technique « vous vous êtes trompé d'esprit supérieur » où l'argument de la partie perdante est rejeté en raison de la mécompréhension ou de la futilité de l'esprit attaqué au niveau substantiel, au niveau de matière, ici il est rejeté exactement pour des considérations techniques, bureaucratiques et procédurales.

Dans la procédure pour la destruction du Groupe technique des députées indépendantes, ces députées dénoncent la discrimination contre les députées minoritaires n'appartenant à aucun groupe, ce qui est contraire au principe de plein exercice du mandat. Le Tribunal de première instance répond que cette différence de traitement ne découle pas de la décision de la Présidente du PE déclarant ce groupe inexistant, mais des dispositions du Règlement du PE. Au motif que les députées ne mettent pas en cause la légalité de ces dispositions et se limitent à la décision sur l'inexistence, la question sur la discrimination ne doit pas être analysée.¹²⁴³ Autrement dit, les juges déclarent que l'esprit de la discrimination n'habite pas dans l'amulette de la décision sur l'inexistence, mais dans l'amulette du Règlement, et eu égard au fait que les députées concernées ne prononcent pas la formule magique contre l'amulette du Règlement, elles ne peuvent pas lancer un défi à l'esprit de la discrimination.

4) La réimportancialisat ion des étapes du rituel.

¹²⁴² *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 90-93.

¹²⁴³ *Martinez*, T-222/99, TPI, § 228. Voyez également *ibid.*, §§ 154-156, 158 ; *ibid.*, §§ 157, 158.

« La réimportancialisaiton des étapes du rituel » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisque le grief n'est pas survenu comme une conséquence de l'étape de procédure qu'elle attaque, mais en tant que résultat d'une autre étape qu'elle n'attaque pas ou qu'elle ne peut pas attaquer.

Dans l'affaire sur le déficit budgétaire excessif en France et en Allemagne, d'abord le Conseil de l'EU adresse des recommandations à ces États avec un délai pour mettre fin à l'excès du déficit en conformité avec l'article 104, paragraphe 7, du TCE. Ensuite, la Commission européenne propose au Conseil de mettre ces États en demeure, au sens de l'article 104, paragraphe 9, de prendre, dans un délai déterminé, des mesures visant à la réduction du déficit, car ils ne suivent pas les recommandations. Le Conseil refuse d'adopter cette proposition et adopte des « conclusions » par lesquelles il exprime son espérance que ces États suivront leurs « engagements ». Le Conseil explique que ces conclusions et les recommandations font partie de procédures différentes : les conclusions ne nient pas le contenu des recommandations et ne les modifient pas. Néanmoins, la Cour de justice réimportancialisaiton les étapes procédurales, elle accroît l'importance de ces conclusions et déclare que, par ces conclusions, le Conseil a modifié les recommandations, ce qui est une violation de la procédure car il n'y avait pas de proposition de la part de la Commission en ce sens.¹²⁴⁴

Dans *Perez*, le gouvernement français soutient que, selon son Code de procédure pénale, une constitution de partie civile (l'intervention au procès pénal) n'implique pas l'action civile (la demande de réparation. Donc, la « contestation » sur réparation au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH ne commence qu'à partir du constat de l'action civile (de la demande de réparation. Mais la Cour de Strasbourg décide de diminuer l'importance de l'action civile (de la demande de réparation) en faveur de partie civile (de l'intervention au procès) en disant qu' « en acquérant la qualité de partie civile, la victime manifeste l'intérêt qu'elle attache non seulement à la condamnation pénale de l'auteur de l'infraction, mais aussi à la réparation pécuniaire du dommage subi ». ¹²⁴⁵

¹²⁴⁴ *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 37, 57-59, 64, 92. Voyez également *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 22, 44, 52, 53 ; *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 44, 77, 97 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 100, 219 ; *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 121-123 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 200 ; *ibid.*, §§ 376, 377.

¹²⁴⁵ *Perez*, 47287/99, CEDH, § 64. Voyez également *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 31, 34, 36, 37, 45, 68, 70, 71. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 110-113, 116, 140, 141, 143, 147, 156.1, 157, 159 ; *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 19.2, 65, 66, 70, 73.1, 73.2 ; *ibid.*, §§ 19.2, 65, 66, 70, 73.1, 73.3.

5) L'introduction d'une étape procédurale supplémentaire.

« L'introduction d'une étape supplémentaire » au rituel est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisqu'elle n'a pas procédé à une étape procédurale supplémentaire. La différence entre cette variante et la variante appelée « un mauvais moment » est que cette dernière ne crée pas d'étape supplémentaire mais se limite à l'indication qu'un mouvement de la partie perdante devait être produit pendant une étape qui a effectivement pris place dans le passé.

Par exemple, dans le cadre d'une affaire sur licenciement, le requérant fait valoir qu'il a subi un préjudice moral. Le Tribunal de première instance répond que ce préjudice a été causé par les comportements non décisionnels du Parlement européen, mais la présente affaire est concentrée sur la décision formelle de le licencier. Cela signifie qu'il devait commencer une procédure séparée pour la réparation de ce préjudice moral. Donc, le Tribunal rejette la position du requérant par l'introduction d'une étape procédurale supplémentaire.¹²⁴⁶

Dans *Drozd*, le requérant fait valoir que son emprisonnement en France, après la décision le condamnant par la cour andorrane, n'était prévu par aucune loi française. La Cour de Strasbourg répond que cette pratique régulatrice est prévue par la coutume et, si le requérant pense autrement, il devait d'abord vérifier la validité de cette coutume devant les cours françaises.¹²⁴⁷

6) L'exclusion d'une étape procédurale.

L'exclusion d'une étape du rituel est la déclaration judiciaire indiquant que l'étape procédurale réclamée par la partie perdante n'est pas nécessaire.

Par exemple, l'entreprise de bail Immobiliare Saffi veut expulser son preneur à bail en raison de l'expiration du contrat. Le problème consiste dans le fait qu'en Italie il y a une crise de l'immobilier et donc que cela prend plusieurs années pour la police pour exécuter les expulsions ordinaires, non

¹²⁴⁶ *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 211. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 213, 270-272.

¹²⁴⁷ *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 105, 107.2.

urgentes et non prioritaires. L'entreprise requérante pouvait introduire un recours devant les juridictions administratives contre le refus du préfet de lui octroyer l'aide de la police pour une expulsion plus rapide ou bien soulever la question de la constitutionnalité d'un tel comportement juridique avant d'aller à Strasbourg. Mais la Cour de Strasbourg décide de supprimer cette étape procédurale en disant que les cours nationales n'étaient compétentes que pour censurer les décisions du préfet qui ne faisaient pas application des critères de priorité. Dans la présente affaire, Immobiliare Saffi ne dénonce pas le caractère irrégulier des décisions du préfet, mais elle se plaint que l'application des critères de priorité a eu un impact disproportionné sur son droit de propriété. Dès lors, ne pouvant pas porter sur les critères de priorité eux-mêmes qui étaient en grande partie prescrits par la loi, le recours au tribunal administratif ne saurait passer pour un moyen efficace.¹²⁴⁸

7) L'introduction directe d'un mouvement procédural.

« L'introduction directe d'un mouvement procédural » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisqu'elle n'a pas procédé à un certain mouvement procédural pendant une étape procédurale antérieure.

Par exemple, dans *Kaufring*, la Cour de Luxembourg dit ouvertement et directement que la Commission européenne devait consulter l'entreprise concernée pendant l'étape procédurale pour la remise douanière à Bruxelles.¹²⁴⁹

Dans *S.N.*, la Cour de Strasbourg ajoute le mouvement d'écoute de témoignage effectué en personne et de vive voix d'une victime de 13 ans dans une affaire d'abus sexuel devant une cour nationale, puisque l'enregistrement pendant l'enquête préliminaire ne suffit pas.¹²⁵⁰

8) L'introduction délicate d'un mouvement procédural.

¹²⁴⁸ *Saffi*, 22774/93, CEDH, §§ 40, 42.2. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, § 157 ; *ibid.*, §§ 287, 295.

¹²⁴⁹ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 59, 161.

¹²⁵⁰ *S.N.*, 34209/96, CEDH, §§ 28, 40. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 36, 37, 110.

« L'introduction délicate d'un mouvement procédural » est presque la même chose que « l'introduction directe d'un mouvement procédural » sauf que la déclaration judiciaire indique que le raisonnement de la partie perdante est pris en considération avant le rejet factuel.

Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* sur la pratique administrative de torture de la part du gouvernement britannique pendant la crise terroriste des années 1971-1975, la Cour de Strasbourg, en fait, introduit l'obligation d'écouter les témoins en présence des parties au litige et de permettre de les cross-examiner pendant la procédure devant la Commission européenne des droits de l'homme. Le caractère délicat de l'introduction de ce mouvement procédural est exprimé par la confirmation de la part de la Cour de Strasbourg que la Commission des droits de l'homme reste indépendante de la Cour et gère sa procédure de manière souveraine, mais, ensuite, la procédure devant la Cour est gérée par la Cour qui ne considérera ce genre de témoignage que comme « une source d'information parmi d'autres ». ¹²⁵¹

9) L'abus dans la constatation de la présence d'un mouvement procédural.

« L'abus dans la constatation de la présence d'un mouvement procédural » est la déclaration judiciaire indiquant qu'un mouvement procédural est effectué pendant une étape procédurale antérieure dans le cas où la partie perdante insiste sur la constatation que le mouvement procédural n'a pas eu de place.

Dans l'affaire sur l'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH, la Commission européenne fait valoir que la demande d'avis de la Cour de justice introduite par le Conseil de l'UE n'est pas recevable, car aucun accord sur l'adhésion n'est encore « envisagé », l'ancien article 228 (actuellement remplacé par l'article 218 du TFUE) prévoit que la demande d'avis ne peut être formulée qu'après le début de l'envisagement d'un accord sur l'adhésion. Il n'y a aucune décision du Conseil quant au début des négociations. La Cour de Luxembourg rejette cette vision en disant que le mouvement procédural d'envisagement d'un accord est présent, car la Commission

¹²⁵¹ *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, § 210.

européenne a déjà préparé des études et des propositions sur cette question et que ce point était présent sur l'agenda du Conseil.¹²⁵²

10) L'exclusion d'un mouvement procédural.

« L'exclusion d'un mouvement procédural » est la déclaration judiciaire indiquant que le mouvement procédural réclamé par la partie perdante n'est pas nécessaire.

Dans *Audi*, l'entreprise fait valoir que pour justifier l'enregistrement de son signe verbal « TDI » elle a communiqué à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) les données concernant le fait qu'en 1996, 30 % des personnes interrogées en Allemagne associaient le signe TDI à son entreprise, 60 % connaissaient ce signe. De plus, ses taux d'implantation dans les autres États membres, et plus particulièrement en France et en Italie, étaient et sont comparables à celui concernant l'Allemagne, étant donné que les ventes et les dépenses publicitaires y étaient de niveau égal. Audi insiste sur le mouvement procédural, qui a dû être fait pas l'examinatrice de l'Office pendant la conversation téléphonique avec elle, consistant en ce qu'elle devait l'informer qu'elle avait considéré cette information comme insuffisante. Le Tribunal de première instance décide d'exclure ce mouvement procédural en déclarant que le droit d'être entendu ne s'étend pas à la position finale que l'administration entend adopter.¹²⁵³

Dans l'affaire *Gregory* sur un vol où l'accusé est Noir, après 1 h 45, une note émanant de jury fut transmise à la juge : « Propos à connotation raciale su sein du jury. Un membre à excuser. » Gregory fait valoir que cette note devait donner lieu au remplacement du jury, car elle indiquait que le jury était partial, mais la Cour de Strasbourg décide d'exclure ce mouvement procédural de la transmission de cette note à la juge en déclarant que le droit britannique interdit la juge anglaise d'interroger les jurés au sujet des circonstances à l'origine de la note.¹²⁵⁴

¹²⁵² *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ 13, 14. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 96, 97 ; *ibid.*, §§ 107, 200 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 266-269, 271, 272.

¹²⁵³ *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 43, 69, 71, 75.

¹²⁵⁴ *Gregory*, 22299/93, CEDH, §§ 9, 44, 50. Voyez également *Saffi*, 22774/93, CEDH, §§ 40, 42.3.

11) Le rituel est une formalité négligeable.

« Le rituel est une formalité » est la déclaration judiciaire reconnaissant qu'une violation procédurale a eu lieu mais en ajoutant que la règle violée est une formalité négligeable.

Dans *Audi*, le Tribunal de première instance explique que la complétion de la base juridique et factuelle par une entreprise demandant d'enregistrer un signe pendant la procédure devant l'examinatrice de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) est une formalité négligeable, puisque, s'il y a un vice procédural, il est possible d'y remédier devant la Chambre des recours de l'Office. Ce vice procédural n'est pas une raison pour annuler la décision de refus dans l'enregistrement et recommencer la procédure dès le début.¹²⁵⁵

Dans *Guzzardi* la Cour de Strasbourg qualifie le fait que le requérant ne demande qu'à considérer la violation des articles 3, 6, 8 et 9 de la CEDH comme une formalité négligeable et procède à la considération « en substance » de la violation de l'article 5, ce qui n'a pas été demandé par le requérant.¹²⁵⁶

12) L'esprit de l'équité de la procédure.

« L'esprit de l'équité de la procédure » est la modification de la procédure afin de rejeter l'argument de la partie perdante en ajoutant qu'elle n'est pas contraire au principe d'égalité procédurale.

Dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, le gouvernement chypriote grec fait valoir que la Commission européenne des droits de l'homme a violé le principe de l'équité de la procédure en refusant d'écouter tous les témoins. Par conséquent, elle est, de manière fautive, arrivée à la conclusion qu'il n'y a pas de preuve qu'il y avait une pratique administrative et judiciaire en Chypre du Nord, premièrement, consistant à refuser toute protection juridique aux opposants politiques, deuxièmement, consistant à traiter discriminatoirement la communauté roms ou le déni de toute protection juridique de celle-ci et, troisièmement, consistant à tolérer des atteintes aux biens des

¹²⁵⁵ *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 69, 82. Voyez également *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 77, 80. Voyez également *ibid.*, §§ 1, 8, 9, 19, 44, 45, 69, 63, 94, 97. Voyez également *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ IV.1.3-5, 2, 8, 9, 15 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 100, 101.

¹²⁵⁶ *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 70, 72.1, 72.2.

chypriotes grecques par des actes criminels ou à refuser à ces personnes toute protection juridique. La Cour de Strasbourg répond que l'équité de la procédure n'était pas violée car il n'y a aucune raison de douter que les déléguées de la Commission auraient accepté d'entendre d'autres témoins si elles avaient estimé que des témoignages supplémentaires contribueraient à étayer les faits allégués par le gouvernement requérant.¹²⁵⁷

13) La représentation pendant le rituel.

« La représentation pendant le rituel » est l'explication judiciaire concernant la question de savoir qui peut produire un argument recevable en défense d'une partie au litige.

Par exemple, regardons l'affaire *De Lasteyrie* concernant un transfert du domicile fiscal à un autre État membre, considéré comme une fraude possible par le gouvernement français, au moyen d'un court établissement à l'étranger et qui, par conséquent, provoque la nécessité, prévue par l'article 167 bis du Code général des impôts français, soit de payer les impôts sur les plus-values non encore réalisées par la personne effectuant le transfert, en fonction de sa participation à une société établie en France, soit d'obtenir le sursis de paiement en laissant des garanties particulières, sachant qu'à l'expiration d'un délai de 5 ans après le départ cet impôt, il est dégrevé d'office. Là, la Cour de Luxembourg considère que l'argument du gouvernement néerlandais consistant en la justification de ces mesures imposées par les françaises par la nécessité de préserver la cohérence fiscale, n'est pas recevable car cet argument n'est pas invoqué par le gouvernement français et la partie intervenante, comme les néerlandaises, ne peut pas élargir le champ des arguments employés par une partie au litige.¹²⁵⁸ Un autre cas est, par exemple, le refus du Tribunal de la fonction publique d'accepter les arguments de la partie au litige puisqu'elle n'est pas représentée par une avocate, malgré le fait que cette partie est elle-même avocate.

14) Une amulette volée perd son caractère magique.

¹²⁵⁷ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 110, 336, 337, 339.

¹²⁵⁸ *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, § 67. Voyez également *ibid.*, §§ 19, 29, 42, 65-67 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 137, 140, 141, 148.

« Une amulette volée perd son caractère magique » est la déclaration judiciaire indiquant qu'un document en défense de la partie perdante ne peut être accepté par la cour puisqu'elle ne peut pas prouver qu'il a été obtenu en respectant la réglementation sur l'obtention des documents d'une telle sorte.

Par exemple, dans l'affaire *WestLB*, l'État de Rhénanie-Du-Nord-Westphalie apporte l'amulette, un avis du Service juridique de la Commission européenne du 9 janvier 1995, où habite l'esprit du gouvernement en démission qui a une couronne d'un principe général de droit communautaire à tirer des ordres juridiques des États membres. Cet esprit dit que (autrement dit, il est écrit dans cet avis que) la compétence de la Commission européenne démissionnaire est limitée aux affaires courantes, ce qui signifie que la Commission démissionnaire n'a pas eu la compétence de considérer la question de savoir si l'investissement de propriété d'État à une banque d'État doit être considéré comme une aide d'État. La Cour de Luxembourg répond que, comme cet avis (cette amulette) n'a pas été obtenu régulièrement (a été volé), il n'y a pas lieu de lui faire droit (il a perdu son caractère magique).¹²⁵⁹

15) Une amulette volée ne perd pas son caractère magique.

« Une amulette volée perd son caractère magique » est la déclaration judiciaire indiquant qu'un document faisant grief à la partie perdante doit être accepté par la cour malgré le fait qu'il a été obtenu de manière illicite.

Par exemple, dans *Ilaşcu c. Russie et Moldova*, Ilaşcu apporte une amulette volée (obtenue de manière frauduleuse) – une note verbale du Ministère des affaires étrangères russe datée du 19 avril 2001 adressée à l'ambassade de Moldova à Moscou. Dans cette note, la Russie attirait l'attention du gouvernement moldave sur le fait que le mémoire déposé par ce dernier à la Cour européenne des droits de l'homme en octobre 2000 donnait une évaluation subjective du rôle de la Russie dans l'affaire du groupe Ilaşcu accusé de terrorisme et ne reflétait « nullement le caractère amical des relations entre la République de Moldova et la Fédération de Russie ». La note se poursuivait ainsi : « L'examen dudit mémoire par la grande Chambre de la Cour européenne, fixé au 1^{er} mai de cette année, peut porter un grave préjudice aux intérêts de la Fédération de Russie et de la Moldova ». La

¹²⁵⁹ *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 80, 91. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128, 216, 220.

Cour de Strasbourg accepte cette amulette volée (une note diplomatique obtenue d'une manière frauduleuse) en tant que preuve que la Russie a violé le droit à la requête (l'article 34 de la CEDH).¹²⁶⁰

16) Le choix d'un autre rituel effectif.

« Le choix d'un autre rituel effectif » est la déclaration judiciaire indiquant que le procès judiciaire doit se dérouler selon une procédure autre que celle proposée par une partie au litige et/ou autour d'autres questions juridiques dans le cas où ce choix ne change pas de manière radicale l'efficacité de la requête.

Par exemple, dans *Goodwin*, la Cour de Strasbourg reconnaît la violation du droit à la vie privée (l'article 8 de la CEDH) par le refus de reconnaître le nouveau sexe d'une transsexuelle après l'opération, mais décide de ne pas soulever une autre question distincte à savoir la discrimination de la transsexuelle en raison du sexe (l'article 14). Donc, on voit le remplacement d'une procédure-question-rituel par une autre procédure-question-rituel.¹²⁶¹

60. « QUAND LE DIEU DU SOLEIL EST ABSENT, NOUS INVITONS L'ESPRIT DU FEU »

« Quand le dieu du Soleil est absent, nous invitons l'esprit du feu » est la situation judiciaire où la juge ne peut pas appliquer un principe supérieur contre la partie perdante et trouve un autre principe moins important mais ressemblant à l'esprit supérieur et provoquant des effets pratiques similaires, et où la nécessité de parler de ce principe moins important se justifie exactement par l'absence de cet esprit supérieur.

¹²⁶⁰ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 278, 478, 481.3.

¹²⁶¹ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, § 108. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 279-281, 407, 417, 418 ; *ibid.*, §§ 438, 439, 444, 451, 469, 470. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 110, 111, 113, 116, 140, 141, 143, 147, 156.1, 156.2, 157 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 119, 157, 159, 161 ; *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 63, 64, 67, 68. Voyez également *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 59, 60.1-3, 64, 65, 75.

Dans *Grimaldi*, la Cour de Luxembourg confirme que les recommandations ne visent pas à produire d'effets contraignants, même à l'égard de leurs destinataires. Dès lors, elles ne sauraient créer des droits que les particuliers puissent invoquer devant un juge national. Autrement dit, le dieu du Soleil ne vient pas pour vous protéger. Par contre, on peut allumer le feu : les juges écrivent qu'il convient de souligner que les recommandations ne peuvent être considérées pour autant comme dépourvus de tout effet juridique. En effet, les juges nationales sont tenues de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant.¹²⁶²

Par exemple, la Cour de Strasbourg reconnaît que le droit de se présenter aux élections législatives (l'article 1 du Protocole n° 1 de la CEDH) ne couvre pas les élections municipales (le dieu du Soleil est loin), mais l'interdiction de se présenter aux élections municipales peut violer d'autres droits, comme le droit d'association (l'esprit du feu).¹²⁶³

61. LA RÉINCARNATION

La réincarnation est la situation judiciaire où la juge proclame qu'elle applique un principe particulier mais, en réalité, applique un autre principe.

Par exemple, dans *Reynolds* renvoyé par la Cour de justice devant le Tribunal de première instance, ce dernier annule la décision sur le licenciement pour autant que la personne est licenciée avec un effet rétroactif puisque le Parlement européen n'a pas donné de motivation suffisante pour un tel effet. Donc, c'est le principe de non-rétroactivité qui frappe cette décision, mais il est réincarné par l'obligation de motiver ses décisions.¹²⁶⁴

¹²⁶² *Grimaldi*, C-322/88, CEJ, §§ 16, 18. Voyez également *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, § 95.

¹²⁶³ *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 114, 115. Voyez également *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 37, 38, 41, 42 ; *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 42, 43. Voyez également *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 34, 46, 52, 55, 68-72, 89.3, 108.

¹²⁶⁴ *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 106, 107, 121.

Encore un exemple : dans *Ilaşcu*, la Cour de Strasbourg décrit la violation de l'article 6 (violation des règles procédurales comme, le déni de la possibilité de consulter son avocate en privé, la présence des gens avec des pancartes indiquait : « Les terroristes doivent répondre ! » (« *Teppopucmoe – κ ombemy !* »)) dans la salle de la Cour suprême de Transnistrie, l'interdiction pour les étrangères d'entrer dans la salle, l'illégalité de la Cour suprême de Transnistrie du point de vue du droit moldave qui considère la Transnistrie comme une partie de son territoire et non comme un État indépendant. Ensuite, elle décrit la violation de l'article 5 (illégalité d'emprisonnement prononcé par une cour illégale) afin de justifier sa constatation de violation de l'article 3 sur la torture. Donc les articles 5 et 6 se réincarnent dans l'article 3.¹²⁶⁵

62. LE MASQUE DE LA PAIX SPIRITUELLE

« Le masque de la paix spirituelle » est la déclaration de la juge que le principe invoqué de la partie perdante en défense n'entre pas en conflit direct avec le principe invoqué par la partie gagnante. Cette technique est diamétralement opposée à la technique de l'esprit vainqueur dans sa variante « les esprits détachables et remplaçables ». Autrement dit, la juge détache les principes juridiques opposés intellectuellement par la partie perdante et renvoie un des deux principes à destination d'une autre situation factuelle ou hypothétique pour que, premièrement, le conflit direct disparaisse et, deuxièmement, la partie perdante perde son protecteur.

Dans *Prisco* le gouvernement italien soutient qu'il y a une lutte spirituelle entre le droit du gouvernement d'imposer un montant forfaitaire à payer par des entreprises pour rémunérer les services bureaucratiques autorisé par une directive d'une part, et le principe (l'esprit) des coûts effectifs d'autre part, puisque l'estimation du coût effectif est contraire au traitement forfaitaire. Mais les juges préfèrent dire qu'il n'y a pas de conflit et mettre ces deux esprits en paix en expliquant que le montant forfaitaire des taxes doit être calculé sur la base du seul coût des formalités en cause, étant entendu qu'il peut également couvrir les dépenses engendrées par des opérations mineures effectuées gratuitement, et doit tenir compte, le cas échéant, d'autres droits acquittés parallèlement et visant aussi à rémunérer le même service rendu. La danse chamanique

¹²⁶⁵ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 212, 214, 276, 436, 437.

ajoute que l'État doit également assurer la vérification à intervalles réguliers que ces droits forfaitaires continuent de ne pas dépasser le coût moyen des opérations en cause.¹²⁶⁶

Dans l'affaire *Vogt*, la question se pose de savoir si l'interdiction d'être communiste pour les fonctionnaires allemandes était « prévue par loi » avant de sanctionner pour ce motif une enseignante d'école secondaire. La partie perdante, l'ancienne candidate communiste à l'élection parlementaire à un land de l'Allemagne de l'Ouest, soutient que la décision de la Cour constitutionnelle du 22 mai 1975 a été incohérente. Par conséquent, la jurisprudence de la Cour fédérale administrative est alors devenue contraire à celle de la Cour fédérale de travail. Elle ajoute de plus que, sans changer la loi applicable, elle a été réaffectée dans le service public en 1991 malgré le fait qu'elle continuait à être membre du Parti communiste, ce qui signifie que cette loi était toujours suffisamment souple. Mais les chamanes déclarent que la jurisprudence dans ce domaine a été cohérente et claire et que les esprits nationaux ont vécu en paix. La Loi de la fonction publique de Basse-Saxe est également claire. Les chamanes développent que pendant la procédure disciplinaire Mme Vogt a eu l'occasion de prendre connaissance de la régulation respective.¹²⁶⁷

63. LA PROCLAMATION DE LA LUTTE ÉTERNELLE

« La proclamation de la lutte éternelle » est la déclaration judiciaire que les problèmes d'un certain genre ne peuvent être solutionnés de façon abstraite et doivent toujours être examinés eu égard aux circonstances propres de l'affaire, laquelle est souvent utilisée afin de ne pas appliquer les solutions appliquées dans les arrêts précédents et favorables à la partie perdante. Il faut distinguer quatre variantes de cette technique en fonction du mode de proclamation de lutte éternelle.

¹²⁶⁶ *Prisco*, C-216/99, CEJ, §§ 42, 57. Voyez également *Klett*, C-204/01, CEJ, §§ 1, 5, 10, 11, 12, 17, 18, 29, 30, 39 ; *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 109, 114, 126, 127 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 47, 66. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 93, 121. Voyez également *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, § 35 ; *ibid.*, §§ 28, 34, 35 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 90, 91 ; *ibid.*, §§ 29-32, 246, 249, 252 ; *ibid.*, §§ 69, 70 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 195, 196 ; *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ, p. 21. II. A.

¹²⁶⁷ *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1 ; *Czekalla*, 38830/97, CEDH, §§ 44, 57, 69, 70 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 20-22. Voyez également *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 74, 76. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, § 41.

- 1) La combinaison des mots « peut », « pouvait », « pouvant », « peuvent » et « pas toujours ».

« La combinaison des mots « peut », « pouvait », « pouvant », « peuvent » et « pas toujours » doit être considérée comme une variation de la technique « la proclamation de la lutte éternelle » puisque, premièrement, le verbe « pouvoir » peut toujours être arrêté par la phrase « n'est pas obligé » ; deuxièmement, le verbe « pouvoir » est lié étroitement à la phrase « pas toujours » ; et, troisièmement, il n'y a pas de mur fort entre « pouvoir » et « pas toujours ».

Par exemple, dans *Raulin*, la juridiction néerlandaise cherche à savoir si le fait que l'intéressée n'a exercé une activité que pendant une courte période signifie que cette activité est purement marginale et accessoire, de sorte que la personne qui l'effectue ne peut être qualifiée de travailleuse. La Cour de Luxembourg répond par deux « peut » contradictoires. Le premier « peut » : le fait qu'elle n'ait effectué qu'un nombre très réduit d'heures dans le cadre de sa relation de travail « peut » être un élément indiquant que les activités exercées ne sont que marginales et accessoires. Le deuxième « peut » : la juge national « peut » également tenir compte du fait qu'en raison de l'horaire chaotique, la personne doit rester disponible pour travailler si l'employeuse le demande.¹²⁶⁸

- 2) Les circonstances particulières, spécifiques, concrètes, propres, simples, l'infinie variété des situations de fait et le contexte.

« Les circonstances particulières, spécifiques, concrètes, propres, simples, l'infinie variété des situations de fait et le contexte » est une variante de la technique « la proclamation de la lutte éternelle » caractérisée par la déclaration judiciaire qu'un problème juridique ne peut être solutionnée qu'eu égard aux circonstances « particulières », « spécifiques », « concrètes », « propres » ou simples de chaque litige, à l' « infinie variété des situations de fait » ou au « contexte » de chaque litige. Cette technique est souvent utilisée afin de ne pas appliquer les solutions trouvées dans les arrêts précédents et favorables à la partie perdante.

¹²⁶⁸ *Raulin*, C-357/89, CEJ, §§ 12, 14. Voyez également *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ, § 37 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 90. Voyez également *ibid.*, § 127.

Dans *Audi*, l'entreprise du groupe Volkswagen souhaite enregistrer la marque TDI pour ses voitures auprès de l'Office européen d'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI). Elle fait valoir que la marque n'est pas descriptive et qu'elle a acquis un caractère distinctif par l'usage : dans toute la Communauté, les entreprises de son groupe ont vendu sous la marque demandée, jusqu'à la fin de l'année 1996, 475 266 véhicules et, jusqu'à la fin de l'année 2000, 2 185 174 véhicules. Par ailleurs, les dépenses publicitaires engagées, en Allemagne, par les entreprises du groupe Volkswagen pour la commercialisation de ses véhicules sous la marque demandée, s'élevaient, approximativement, à 4,4 millions de DEM en 1995, 18,9 millions de DEM en 1996, 2,9 millions de DEM en 1997, 2,7 millions de DEM en 1998, 29,2 millions de DEM en 1999 et 28,4 millions de DEM en 2000. De plus, la requérante expose que ces entreprises ont dépensé, à tout le moins depuis 1995, plusieurs millions de marks allemands par an à des fins publicitaires dans chacun des grands États membres. Le Tribunal de première instance répond que les pourcentages sont des « données générales et abstraites » et que la question de savoir si on doit constater l'acquisition par une marque d'un caractère distinctif par l'usage, doit être appréciée en fonction des « circonstances ». ¹²⁶⁹

Dans *Pretty*, la partie perdante fait valoir que le refus de reconnaître le droit à mourir par la Cour de Strasbourg mettrait les États le reconnaissant en violation de la CEDH. Cette Cour a déjà mis en évidence, dans *Keenan*, que la protection d'une personne par la force contre son intention de se blesser peut violer l'article 5 sur le droit à la liberté et l'article 8 sur le respect de la vie privée prévus par la CEDH. Les juges répondent qu'il faut toujours examiner ces questions en appréciant des « circonstances concrètes ». ¹²⁷⁰

3) « Ne sauraient être établies sur la base de données générales et abstraites ».

« Ne sauraient être établies sur la base de données générales et abstraites » est une variation de la technique « la proclamation de la lutte éternelle » caractérisée par la déclaration judiciaire qu'un

¹²⁶⁹ *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 45, 51. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 79. Voyez également *Hectors*, T-181/01, TPI, § 37 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 43, 47, 57. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 29, 41 ; *ibid.*, §§ 141, 142, 148. Voyez également *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 26, 29 ; *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ §§ 39, 43 ; *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 38, 39 ; *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 11, 12. Voyez également *Van Duyn*, 41-74, CEJ, §§ 17, 19. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 233, 239 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, § 409.

¹²⁷⁰ *Pretty*, 2346/02, CEDH, § 41. Voyez également *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 31, 48 ; *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 37, 38, 41.

problème juridique ne peut être solutionné qu'eu égard aux circonstances particulières introduites par la formule verbale « ne sauraient être établies sur la base de données générales et abstraites », laquelle est utilisée afin de ne pas appliquer les solutions trouvées dans les arrêts précédents ou dans la situation factuelle elle-même et qui sont favorables à la partie perdante.

Dans l'affaire *Audi*, qu'on a déjà considéré, sur l'enregistrement de la marque TDI au niveau européen, marque rejetée en raison d'avoir un caractère distinctif, la lutte éternelle est proclamée non seulement par l'affirmation qu'il faut toujours considérer les « circonstances », mais aussi par la formule « ne sauraient être établies sur la base de données générales et abstraites ». Cette phrase est attachée à ce que les entreprises du groupe Volkswagen ont vendu sous la marque demandée, jusqu'à la fin de l'année 1996, 475 266 véhicules et, jusqu'à la fin de l'année 2000, 2 185 174 véhicules. Et que, par ailleurs, les dépenses publicitaires engagées, en Allemagne, par les entreprises du groupe Volkswagen pour la commercialisation de ses véhicules sous la marque demandée, s'élevaient, approximativement, à 4,4 millions de DEM en 1995, 18,9 millions de DEM en 1996, 2,9 millions de DEM en 1997, 2,7 millions de DEM en 1998, 29,2 millions de DEM en 1999 et 28,4 millions de DEM en 2000. De plus, la formule « données générales et abstraites » devient attaché à ce que ces entreprises ont dépensé, au moins depuis 1995, plusieurs millions de marks allemands par an à des fins publicitaires dans chacun des grands États membres.¹²⁷¹

4) La mise en œuvre de la politique communautaire.

« La mise en œuvre de la politique communautaire » est une variation de la technique « la proclamation de la lutte éternelle » caractérisée par le rejet par la juge des solutions auxquelles elle était arrivée dans les arrêts précédents et favorables à la partie perdante en raison de la nécessité de soumettre l'application des principes protecteurs de la partie perdante à la mise en œuvre de la politique communautaire.

Par exemple, dans *SCK*, l'entreprise demande de ne pas lui infliger l'amende, car c'est la première fois qu'un système de certification de la technique industrielle (concernant des grues) est déclaré contraire au droit de la concurrence. Elle se réfère à la jurisprudence de la Commission européenne,

¹²⁷¹ *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 45, 51.

notamment, à la décision *Tetra Pak I*, 88/501, dans laquelle ce principe a été reconnu. Le Tribunal de première instance rejette ce raisonnement au motif que la Commission dispose du pouvoir d'appréciation et de « décider de l'opportunité » d'infliger une amende en mettant en œuvre le droit de la concurrence.¹²⁷²

64. LE LOUP-GAROU

« Le loup-garou » est un principe juridique ou une circonstance initialement invoquée par la partie perdante pour justifier son opposition au principe lui faisant grief, mais qui est finalement retourné contre la partie perdante par la juge.

Il faut distinguer deux variantes en fonction de la direction de la transformation du principe ou d'une circonstance initialement invoquée par la partie perdante.



Lucas Cranach der Ältere, *Le loup-garou*, 1512

1) D'un ami en un adversaire.

« D'un ami en un adversaire » est la situation judiciaire où la juge déclare qu'en fait, le principe ou la circonstance invoqué pour sa défense par la partie perdante lui fait grief.

Dans le pourvoi *Aalborg* qui traite de l'entente anticoncurrentielle, l'entreprise condamnée Cementir soutient que l'exposé introductif du Président de la réunion du 14 janvier 1983 des opératrices économiques où il mentionne la fixation des « règles du jeu » ne constituait pas un accord anticoncurrentiel. La référence aux « règles du jeu » faite par ce président n'est pas une preuve directe et claire que Cementir a donné son consentement à une telle entente. Cette mention n'est qu'un « souhait ». L'esprit du « souhait » devient le loup-garou : les chamanes chantent que

¹²⁷² *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 233, 239.

même si le président n'a pas proposé l'adoption d'un accord formel, il a exprimé le « souhait » que les participants à ladite réunion s'entendent sur des « règles du jeu ».¹²⁷³

Le Syndicat suédois des conductrices de locomotives avance que le gouvernement suédois le discrimine en tant que petit syndicat par rapport aux syndicats plus grands en refusant de signer avec lui un accord collectif ce qui, par conséquent, viole le droit à ne pas être discriminée en raison de l'exercice du droit d'association (articles 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme). L'argument sur la petite taille devient le loup-garou. Les chamanes disent que c'est exactement en raison de cette taille que le gouvernement suédois peut refuser de maintenir les relations de partenariat avec ce syndicat.¹²⁷⁴

2) D'un adversaire en un ami.

« D'un adversaire en un ami » est la situation judiciaire où la juge déclare qu'en fait, le principe ou la circonstance attaqué par la partie perdante fait son bonheur.

Les représentants du Parti démocratique du peuple font valoir que le système électoral turc viole le droit à la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. En effet, premièrement, le seuil électoral est fixé à 10 %, ce qui implique le fait que 45,3 % (14,5 millions) de la population ne sont pas représentés au Parlement. Cette condition est particulièrement grave pour les mouvements politiques représentant les minorités ethniques, comme les requérants qui sont kurdes. Deuxièmement, les coalitions entre partis politiques sont interdites. Mais un parti plus grand peut inscrire sur sa liste des candidates en provenance d'un autre parti. Les dispositions de 10 % et celles concernant les coalitions deviennent les loups-garous. Le Parti démocratique du peuple pense que ces dispositions sont ses adversaires, mais la Cour de Strasbourg déclare qu'elles sont ses amies. Le seuil et l'interdiction des coalitions donnent la motivation, au Parti démocratique du

¹²⁷³ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 228, 248. Voyez également *Reynolds*, T-237/00, TPI, § 102 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 56, 108 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 127, 145. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 196, 201, 202, 250 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 303, 305, 307.

¹²⁷⁴ *Swedish Engine Drivers' Union*, 5614/72, CEDH, §§ 20.4, 45, 46. Voyez également *Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH, §§ 60, 64. Voyez également *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 18, 152 ; *Beard*, 24882/94, CEDH, § 116 ; *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 49, 62 ; *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 16, 36.2.

peuple, de s'établir au niveau national et ils accordent la chance de contribuer au projet politique national.¹²⁷⁵

65. LE CHAMP DE MINES

« Le champ de mines » est une situation judiciaire consistant en deux étapes : premièrement, la partie perdante adopte une pratique afin de se soumettre à une réglementation juridique pour ne pas être sanctionnée ou bien pour promouvoir un intérêt juridiquement positif et, deuxièmement, la juge explique que cette réglementation ou cet intérêt n'a jamais existé et que, de plus, la pratique adoptée était illicite.

Par exemple, les entreprises condamnées pour participation à une entente anticoncurrentielle, font valoir que l'article 15, paragraphe 1, sous b), première partie de la phrase, du Règlement n° 17, prévoit une sanction pour le refus de témoigner contre soi, sanction financière lorsqu' « elles fournissent un renseignement inexact ». Elles soulignent que l'accusation de la Commission se base exactement sur ce qu'elles ont dit. Elles n'ont fait ce témoignage que pour ne pas violer le Règlement n° 17. Le Tribunal de première instance explique qu'il n'y a pas d'obligation de témoigner contre soi – la sanction n'est imposable que dans le cas où elles acceptent la proposition de témoigner et fournissent un renseignement inexact. Autrement dit, elles n'ont pas passé le champ de mines qui pouvait leur garantir l'évasion et l'esprit de témoignage les a attrapé ; mais, en fait, là, il n'y avait pas de mines.¹²⁷⁶

Le gouvernement moldave essaie de réintégrer la Transnistrie, une région qui a proclamé son indépendance sous son autorité et également de rétablir des relations amicales avec la Russie et l'Ukraine après la guerre du 1 mars au 21 juillet 1992. Des personnes ayant agi en qualité de dignitaires de la République moldave de Transnistrie ont pu retourner en Moldova et occuper par la suite des responsabilités élevées. Par exemple, Mihail Sidorov, ex-ministre de la justice de

¹²⁷⁵ *Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH, §§ 72-74. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 212, 214.1, 214.2, 214.3, 214.4 ; *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1.

¹²⁷⁶ *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 731, 734. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, 46, 219. Voyez également *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 29, 65, 66 ; *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 95, 122.

Transnistrie en 1991, a occupé plusieurs hautes fonctions d'Etat après son retour de Transnistrie : député du Parlement moldave de 1994 à 1998, ombudsman de la Moldovie de 1998 à 2001, membre du Parlement moldave et président du Comité pour les droits de l'homme et les minorités à partir de 2001. Les poursuites engagées à l'encontre de dignitaires transnistriens n'ont pas eu de suite et ont même été arrêtées en 2000. Les efforts des autorités moldaves se sont orientés davantage vers des démarches d'ordre diplomatique : en mars 1998, la Moldova, la Russie, l'Ukraine et la région de Transnistrie ont signé plusieurs documents en vue du règlement du conflit transnistrien ; des contacts et négociations ont eu lieu entre des représentants de la Moldova et du régime transnistrien. Enfin, depuis 2002 et jusqu'à présent, plusieurs projets de règlement du conflit ont été proposés et discutés par le président de la Moldova, l'OSCE et la Russie. Ces efforts deviennent proclamés mines par la Cour de Strasbourg qui conclut sur la base de la présence de ses faits, de ces attitudes amicales, que les autorités moldaves ne se sont pas acquittées des obligations positives qui leur incombent pour assurer le respect des droits garantis par la Convention sur le territoire transnistrien.¹²⁷⁷

66. UN PERSONNAGE FORT DOIT ÊTRE BON

« Un personnage fort doit être bon » est la technique juridique de limitation de discrétion d'une actrice puissante par l'indication que la puissance doit être accompagnée d'une série de qualités positives.

Nous distinguons la présente technique de la technique « l'esprit tué par le miroir » car dans le cas en considération, le mythe de l'objectif d'une grande puissance à servir le bien-être commun est ajouté à l'opposition du type « X versus -X ».

Par exemple, dans une affaire sur la remise de droits à l'importation, la Commission européenne soutient qu'elle dispose d'un pouvoir d'appréciation en la matière, mais la Cour de justice emploie la technique « un personnage fort doit être bon » et conclut que, dans ces conditions, le droit d'être entendu dont dispose la demandeuse de la remise, doit d'autant plus être garanti. C'est-à-dire, la

¹²⁷⁷ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 168, 344. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 70, 73, 78.

Commission doit lui donner la possibilité de présenter directement son point de vue avant de décider de rejeter la demande.¹²⁷⁸

Dans *Sporrong*, la Cour de Strasbourg suit le même raisonnement quand elle dit qu'eu égard au fait que les autorités suédoises ont délivré des permis d'expropriation à longue terme, et eu égard au fait que les victimes considéraient cette situation illégale, l'État suédois devait leur garantir l'opportunité de soulever cette question devant un tribunal national.¹²⁷⁹

67. « VOUS VOUS ÊTES TROMPÉ D'ESPRIT SUPÉRIEUR »

« Vous vous êtes trompé d'esprit supérieur » est une déclaration judiciaire ayant pour objectif d'indiquer que le principe attaqué par la partie perdante est dérisoire et non déterminant, et de remplacer l'importance vers un autre principe dans la situation où ce premier principe faisant grief à la partie perdante est presque détruit par l'argumentation de celle-ci.

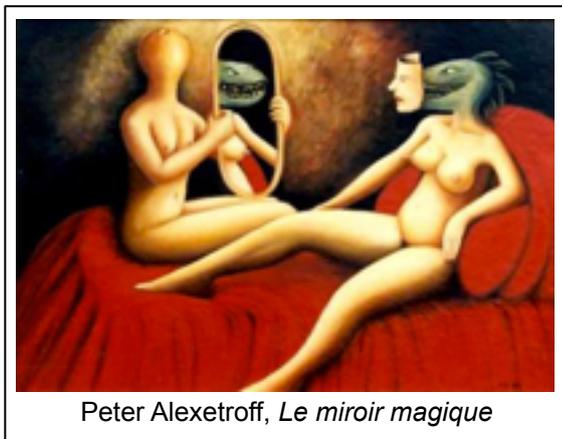
L'affaire *VTM* est sur l'aide d'État à la Vlaamse Televisie Maatschappij qui est la seule télévision flamande autorisée par le gouvernement flamand à émettre de la publicité télévisée. Cette télévision est constituée par 9 entreprises de la presse écrite flamande et le but de ce projet est d'aider à maintenir le pluralisme et la concurrence sur le marché de la presse écrite car l'existence de la télévision diminue les revenus publicitaires des journaux. La VTM attaque la décision en la matière de la Commission européenne et soutient que dans cette décision il est écrit : « le gouvernement flamand pourrait avoir recours à d'autres mesures appropriées faisant moins obstacle à l'intégration économique » au motif que l'institution n'a pas indiqué quelles pourraient être ces « autres mesures appropriées » puisque l'exclusivité accordée à la VTM créerait nettement moins de distorsions de concurrence que le versement d'aides directes et indirectes à la presse écrite. Le Tribunal de première instance rejette ce raisonnement au motif que la partie perdante s'est trompée quant à l'identité de l'esprit (de la disposition) à attaquer. Selon les juges, la Commission n'a pas invoqué cette considération dans sa décision en tant qu'argument visant à démontrer l'absence de relation

¹²⁷⁸ *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, § 77. Voyez également *ibid.*, § 133. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, § 161 ; *ibid.*, §§ 142, 152.

¹²⁷⁹ *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 67, 80.1, 81.

nécessaire entre l'objectif poursuivi et la mesure étatique conférant le droit exclusif à la VTM. En effet, cette considération est exprimée comme une conséquence nécessaire que le gouvernement flamand doit tirer s'il entend continuer de garantir le pluralisme après l'adoption de la décision attaquée, et ne pas méconnaître les articles actuels 106, paragraphe 1, et 49 du TFUE.¹²⁸⁰

68. L'ESPRIT TUÉ PAR LE MIROIR



Peter Alexetroff, *Le miroir magique*

« L'esprit tué par le miroir » est le rejet d'un principe X par l'affirmation que s'il y a X, il doit y avoir également $-X$.

Par exemple, dans *Kaufring*, les importatrices des téléviseurs couleur en provenances de Turquie sont dans la situation où on découvre que leur marchandise n'était pas vraiment turque, que les certificats A.TR.1

l'accompagnant ont été falsifiés et qu'elle a été, donc, importée en Europe illicitement. La Commission européenne soutient que l'esprit du devoir de diligence de la part des importatrices exigeait qu'elles auraient dû se renseigner pour savoir si toutes les conditions autorisant l'importation avaient été respectées. Elles devaient obtenir toute l'information sur l'origine et le statut douanier des composants intégrés dans les téléviseurs en cause. Les juges répondent que s'il y a un esprit du devoir de diligence de la part des importatrices, il doit y avoir également un tel devoir de la part de la Commission européenne. Cette dernière a manqué à son obligation en n'avertissant pas, au plus vite, les importatrices des risques potentiels.¹²⁸¹

69. L'ABUS DES INTÉRÊTS

¹²⁸⁰ *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 95, 122, Heubach, T-64/02, TPI, §§ 49, 92, 105 ; *ibid.*, §§ 92, 128.

¹²⁸¹ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 204, 268.

« L'abus des intérêts » est l'affirmation judiciaire que priorité doit être donnée à un intérêt que la juge décrit dans une situation judiciaire où la partie perdante insiste sur l'existence des contre-intérêts, selon elle, plus importants et sur la dévalorisation des intérêts invoqués par la juridiction.

Selon le point d'attachement de l'intérêt, nous sommes capables de distinguer sept variantes.

1) Les intérêts de la partie perdante.

La variation des « intérêts de la partie perdante » est la déclaration judiciaire indiquant que l'intérêt de la partie perdante est de perdre, puisque cela s'avère nécessaire à son bonheur.

Par exemple, dans l'affaire *Reynolds*, devant le Tribunal de première instance, les juges proclament que l'intérêt de la candidate au concours, à nomination ou à promotion dans le service public communautaire, n'est pas d'avoir une motivation claire et précise pour le rejet de sa candidature, mais d'avoir une réponse au plus vite.¹²⁸²

Dans *Drozdz*, la Cour de Strasbourg dit que l'intérêt de la partie perdante qui affirme l'existence de la violation de l'article 6 (1) de la Convention des droits de l'homme par l'Andorre dans son affaire, est que la France n'impose pas le respect de cet article au gouvernement andorran car cela pourrait nuire au renforcement de la coopération internationale dans l'administration de justice.¹²⁸³

2) L'intérêt protégé par la disposition.

La variation « l'intérêt protégé par la disposition » est la déclaration judiciaire indiquant que la vision de la partie perdante est incompatible avec l'intérêt protégé par une disposition dans une situation factuelle où la partie perdante insiste sur la compatibilité, sur l'applicabilité d'un contre-intérêt ou sur quelque chose d'autre liée avec ces intérêts.

¹²⁸² *Reynolds*, T-237/00, TPI, § 102.

¹²⁸³ *Drozdz*, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1.

Par exemple, dans *Broniowski* la Cour de Strasbourg dit qu'elle considère la question de savoir si les circonstances donnent lieu à un intérêt protégé par l'article 1 sur le droit de propriété du Protocole n° 1 de la Convention.¹²⁸⁴

3) Les intérêts de la communauté, les intérêts publics.

La variation « les intérêts de la communauté, les intérêts publics » est la déclaration judiciaire indiquant que la vision de la partie perdante est incompatible avec les intérêts de la communauté, les intérêts publics dans une situation factuelle où la partie perdante insiste sur la compatibilité, sur l'applicabilité d'un contre-intérêt ou sur quelque chose d'autre liée avec ces intérêts.

Dans *Cassis de Dijon*, la Cour de justice dit que la réglementation allemande sur la teneur minimale d'alcool dans une boisson pour pouvoir porter le nom de « bière », contrairement aux affirmations que les boissons plus faiblement alcoolisées provoquent une accoutumance plus rapide et que pour cette raison leur consommation doit être réduite en poursuivant l'« intérêt général », ne servent pas l'« intérêt général » car elle complique l'accès au marché pour les concurrentes en provenance d'autres pays européens se spécialisant dans la production de bières en teneur d'alcool moins élevée.¹²⁸⁵

Dans *l'affaire linguistique belge*, les francophones de Flandre font valoir qu'elles sont discriminées car la Communauté néerlandophone a fermé toutes les écoles publiques et gratuites en langue française. Les chamanes strasbourgeoises répondent que cette mesure est basée sur l'« intérêt public » d'assurer que les écoles publiques dans la région « unilingue » fonctionnent en néerlandais.¹²⁸⁶

4) L'intérêt du service.

¹²⁸⁴ *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 129, 130, 140.

¹²⁸⁵ *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, 120/78, CEJ, §§ 12, 14.

¹²⁸⁶ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IIA4.4, IIB7.9. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IB10.2, IA4.2, IIA4.4, IIB7.9, IIB7.10.

La variante « l'intérêt du service » est la déclaration judiciaire indiquant que la vision de la partie perdante est incompatible avec l'intérêt du service dans une situation factuelle où la partie perdante insiste sur la compatibilité, sur l'applicabilité d'un contre-intérêt ou sur quelque chose d'autre.

Dans le pourvoi *Reynolds*, la Cour de justice explique que l'« intérêt de service » du Parlement européen peut consister à mettre fin au contrat d'une agente temporaire avant l'expiration du contrat, malgré le fait que, premièrement, le contrat ne prévoit pas de fin avant l'expiration de la date initialement inscrite. Deuxièmement, la Cour de justice n'accepte pas l'argument que l'« intérêt de service » peut consister à ne pas licencier l'agente temporaire qui probablement faisait obstacle à la fraude.¹²⁸⁷

5) Les intérêts de la Communauté européenne.

La variante « les intérêts de la Communauté européenne » est la déclaration judiciaire indiquant que la vision de la partie perdante est incompatible avec les intérêts de la Communauté européenne dans une situation factuelle où la partie perdante insiste sur la compatibilité, sur l'applicabilité d'un contre-intérêt ou sur quelque chose d'autre.

Dans l'affaire *Vlaamse Televisie Maatschappij*, la partie perdante note que la Commission européenne a eu déjà plusieurs occasions de se confronter à la situation jugée. À plusieurs reprises elle a considéré le monopole sur le marché de la télévision flamande, mais l'institution n'a pas entamé la procédure de manquement d'État, ce qui a donné lieu de croire qu'il n'y avait rien d'illicite. Le comportement contraire de l'institution aurait pu permettre d'éviter des coûts dans l'avenir. La Société de la télévision flamande fait valoir que le choix de la date d'attaque de la part de la Commission européenne a été fait stratégiquement. La Cour de Luxembourg répond qu'il incombe à la Commission de choisir la date en vue d'agir dans l'« intérêt général communautaire ».¹²⁸⁸

¹²⁸⁷ *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 48-50.

¹²⁸⁸ *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 59, 61, 66, 67, 75. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, § 133. Voyez également *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ IV.1.3-5, 1, 2, 17.

6) Les intérêts d'un État membre.

La variante « les intérêts d'un État membre » est la déclaration judiciaire indiquant que la vision de la partie perdante est incompatible avec les intérêts d'un État membre dans une situation factuelle où la partie perdante insiste sur la compatibilité, sur l'applicabilité d'un contre-intérêt ou sur quelque chose d'autre.

Par exemple, dans l'affaire sur l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Luxembourg écrit que l'« intérêt des États membres » est de résoudre la question de la compétence de la Communauté à y adhérer avant le début des négociations respectives.¹²⁸⁹ Cette interprétation est contraire à la pratique où une telle question n'est soulevée que lors que l'on procède déjà à la ratification de ce que les négociatrices ont préparé.

7) Les intérêts d'autres États.

La variante « les intérêts d'autres États » est la déclaration judiciaire indiquant que la vision de la partie perdante est incompatible avec les intérêts d'autres États dans une situation factuelle où la partie perdante insiste sur la compatibilité, sur l'applicabilité d'un contre-intérêt ou sur quelque chose d'autre.

Dans la même affaire sur l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, les juges luxembourgeoises écrivent que l'« intérêt » des États non-membres de l'UE, mais étant parties à la Convention, est également de résoudre la question de compétence de la Communauté de prendre les obligations prévues par cette Convention avant le début des négociations respectives.¹²⁹⁰ Cette interprétation est contraire à la pratique habituelle où une telle question est soulevée lorsque nous procédons déjà à la ratification de ce que les négociatrices ont achevé.

¹²⁸⁹ *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ IV.1.3-5, 1, 2, 17.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

70. L'ABUS DANS LE CALCUL

« L'abus dans le calcul » est le rejet du mode de calcul proposé par la partie perdante et le choix d'un contre-mode.

Par exemple, dans l'affaire *SCK* la question se pose de savoir comment calculer le pourcentage du marché contrôlé par l'entreprise de certification *SCK*. Il y a 5 variantes de calcul qui donnent 4 chiffres différents : 37 %, 40 %, 51 %, 75 % et 78 %. Il est évident qu'il n'y a pas de méthodologie précise et de la vision commune empirique de ce qui est pensé quand on parle de la partie occupée sur le marché. Donc le choix du mode de calcul, en le présentant comme inévitable, est abusif.¹²⁹¹

71. LA SORTIE D'UN MOUVEMENT DU CONTEXTE

« La sortie d'un mouvement du contexte » est la situation judiciaire où la partie perdante est condamnée sur la base de son mouvement sans regard sur les explications concernant le contexte de ce mouvement fournies par la partie perdante. Il faut distinguer deux variantes de cette technique en fonction de la réalité de l'existence du mouvement.

1) Un mouvement existe.

La variante « un mouvement existe » est la technique « l'extraction d'un mouvement du contexte » basé sur un mouvement qui a eu lieu.

Dans l'affaire *SCK*, la société *SCK*, délivrant les certificats de qualité pour les grues dans les conditions où les porteuses de ces certificats ne peuvent pas louer les grues auprès des entreprises non-certifiées, écrit une lettre au Directeur général IV de la Commission européenne afin de dire

¹²⁹¹ *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 181, 242, 249. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 275, 277-280. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 96, 121, 125 ; *ibid.*, §§ 190, 197 ; *ibid.*, §§ 213, 219 ; *ibid.*, §§ 213, 220 ; *ibid.*, §§ 213, 221.

qu'elle modifie son système de certification pour que, d'autres systèmes de certification remplissant les conditions définies sur base des normes européennes EN 45011 et offrant des garanties équivalentes au système de la SCK, soient reconnus par cette dernière. Les chamanes répondent que ce mouvement signifie que la SCK ne reconnaissait pas auparavant les autres systèmes et que donc la Commission a bien évalué le cas. Par contre, la SCK a quand même un contexte qui pouvait justifier ce mouvement s'il ne saurait être détachés (ou sortie de ce contexte favorable) : premièrement, il n'avait pas de systèmes de certifications autres que celui de la SCK et donc la question de reconnaissance ne se posait jamais ; deuxièmement, cette modification n'était qu'une précision de ce qui avait existé initialement.¹²⁹²

Dans *S.N.*, le requérant se plaint que son avocat a été privé de la possibilité de poser directement des questions à la fille violée. La Cour des droits de l'homme sort un mouvement de l'accusé du contexte afin de dire que le droit d'interroger l'accusatrice a été respecté. Ce mouvement consiste en l'accord de procéder à l'interview de la fille sans la participation de cet accusé. Par contre, le contexte montre que même s'il a été présent, il ne pouvait s'adresser à elle que via une policière et il ne pouvait poser des questions critiques, ce qui constitue en réalité l'objet de son insatisfaction.¹²⁹³

2) Un mouvement n'existe pas.

La variante « un mouvement n'existe pas » est la technique « l'extraction d'un mouvement du contexte » basé sur un mouvement qui n'a pas eu lieu.

Dans l'affaire *Podkolzina* sur l'expulsion d'une candidate qui est une russe ethnique de la liste électorale pendant la campagne pour le Parlement letton au motif de mauvaise maîtrise de la langue lettone, la Cour de Strasbourg sort du contexte l'absence de mouvement de la part des autorités lettones contestant la validité formelle du certificat de maîtrise de langue qu'elle possédait. Par contre, on voit dans ce contexte qu'au niveau factuel la candidate ne maîtrisait pas vraiment la

¹²⁹² *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128, 148. Voyez également *PE/Reynolds*, C-111/02 P, CEJ, § 52 ; *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 297, 300 ; *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 91, 92 ; *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 109, 111-113.

¹²⁹³ *S.N.*, 34209/96, CEDH, §§ 41, 42, 49-53. Voyez également *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 12, 36.2 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 86, 88.

langue et c'est pour cette raison que les autorités ont pris la décision de l'examiner encore une fois, et que ce réexamen était prévu par la loi. On voit également dans ce contexte qu'elle était la seule à avoir échoué parmi toutes les autres candidates réexaminées.¹²⁹⁴

72. LA SORTIE DU CONTEXTE D'UN MOUVEMENT

«La sortie du contexte d'un mouvement » est la situation judiciaire où la partie gagnante n'est pas condamnée sur la base d'un mouvement controversé puisque la juge a accepté l'importance explicative du contexte dans lequel se trouve le mouvement. Cette technique est diamétralement opposée à la technique «la sortie d'un mouvement du contexte ».

Dans *De Lasteyrie*, le gouvernement français soutenu par les gouvernements allemand, néerlandais et danois traite le mouvement de transfert du domicile fiscal à un autre État membre comme une fraude possible au moyen d'un établissement de brève durée à l'étranger. Pour cette raison, l'article 167 bis du Code général des impôts français demande à la personne ayant des titres donnant droit à plus de 25 % des bénéfices sociaux d'une société de capitaux, de payer les impôts sur les plus-values non encore réalisées de participation dans cette société ou bien à obtenir le sursis de leur paiement en laissant des garanties particulières, mais que, à l'expiration d'un délais de 5 ans cet impôt serait dégrevé d'office. Néanmoins, les juges ne pensent pas que ce mouvement comporte un tel risque et font sortir le contexte justifiant ce mouvement. Ce contexte consiste en ce que la personne peut décider de transférer son domicile fiscal hors de France pour exercer ses activités professionnelles.¹²⁹⁵

73. LA SORTIE DES MOTS DE LEUR CONTEXTE

¹²⁹⁴ *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, § 36.1. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 49, 62.

¹²⁹⁵ *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 27, 29, 31, 53. Voyez également *ICI*, C-264/96, CEJ, § 26 ; *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI, §§ 107, 108.

« La sortie des mots de leur contexte » est le développement du raisonnement judiciaire basé techniquement sur le renversement d'une expression verbale utilisée par la partie perdante contre elle-même mais sans prendre en considération ses explications contextuelles.

1) Son mot concret.

« Son mot concret » est une variation de la technique « sortie des mots du contexte » où un mot concret de la partie perdante est renversé contre elle-même sans prendre en considération ses explications contextuelles.

Par exemple, le Conseil ne rassemble pas la majorité pour mettre en demeure la France et l'Allemagne pour leur déficit public excessif comme il est proposé par la Commission européenne au sens de l'article 104, paragraphe 9, du TCE. Mais, dans paragraphe 6 de ses conclusions du 25 novembre 2003, le Conseil écrit : « Le Conseil décide de tenir en suspens pour le moment la procédure concernant les déficits excessifs à l'égard de [l'État membre concerné]. Le Conseil se tient prêt à prendre une décision en vertu de l'article 104, paragraphe 9, sur la base de la recommandation de la Commission, si [l'État membre concerné] n'agissait pas conformément aux engagements mentionnés dans les présentes conclusions, tel que cela ressortirait de l'évaluation visée au point 7 ci-dessous. » La Cour extrait les mots « tenir en suspens » pour dire que ce n'est qu'en vertu de l'article 9 du Pacte de stabilité et de croissance que la procédure peut être « tenue en suspens », quand les États concernés suivent les recommandations, mais non quand ils ne les suivent pas. Le Conseil explique par le contexte qu'il a employé les mots « en suspens » tout simplement en raison du fait qu'il n'a pas rassemblé une majorité de ses membres pour continuer la procédure et que les recommandations antérieures étaient toujours en vigueur. Il souligne que ces « conclusions » ne constituent pas un document juridique. Ces explications contextuelles ne sont pas accueillies par les juges.¹²⁹⁶

¹²⁹⁶ *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 20, 21, 37, 38, 40, 46-48. Voyez également *ibid.*, §§ 7, 8, 37, 64, 84-88 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 228, 248 ; *ibid.*, §§ 224, 245. Voyez également *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 15, 25, 37. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 93, 94, 116 ; *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 933-936. Voyez également *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 79 § 80 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 181, 242, 249. *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 125, 267, 268, 270 ; *ibid.*, §§ 83-85 ; *ibid.*, §§ 297, 299 ; *ibid.*, §§ 382, 383, 386, 390, 391, 392, 394-397, *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 112, 113, 115.

Dans *De Savoie*, l'ex-roi d'Italie a soumis une requête devant la Cour de Strasbourg en raison de l'interdiction qui lui a été imposée d'entrer sur le territoire de la République et en raison de l'expropriation des biens après l'abolition de la monarchie. Après des négociations avec le gouvernement italien, il leur écrit une lettre où il indique qu'après que la loi constitutionnelle relative à sa famille soit entrée en vigueur « l'objet du litige a disparu ». Après l'adoption de cette loi, on voit dans la presse les phrases de l'ex-roi comme il « n'existe aucune requête » auprès de la Cour de Strasbourg, expliqué en disant que la requête « n'a jamais été renouvelée » ou « réactivée » et que par conséquent elle est « tombée d'elle-même ». Sur la base de ces mots, la Cour de Strasbourg radie la requête du registre. Les explications des avocates pour dire que le différend n'est pas clôt, indiquant que cette loi constitutionnelle n'efface pas les violations subies par le requérant par le passé et jusqu'à l'abrogation, que cette loi ne réduit pas à néant le droit et l'intérêt du requérant à faire constater les violations alléguées et condamner pour cela l'Etat défendeur, que l'ex-roi a le droit d'agir en réparation des dommages moraux et matériels résultant de son exil injuste, et de la privation sans indemnisation des propriétés de sa famille, et qu'il n'a pas compris la procédure à Strasbourg en utilisant ces propos sans avocates, sont rejetées.¹²⁹⁷

2) Son mot abstrait.

« Son mot abstrait » est une variation de la technique « sortie des mots du contexte » où la juge, soit ne précise pas les mots concrets, soit précise des mots abstraits, ou soit fait une référence générale à certains mots émanant de la partie perdante pour les renverser contre elle-même sans prendre en considération ses explications contextuelles.

Par exemple, dans *Heubach*, l'entreprise dit que la Commission européenne a violé l'obligation de motivation en ne motivant pas la façon dont elle a calculé l'amende pour les pratiques anticoncurrentielles. En l'espèce, l'amende s'est élevée à 4,2 millions d'euros, soit 111 % du chiffre d'affaires à l'échelle de l'Espace économique européen réalisé par le produit mis en cause par la requérante en 1998. La somme des montants de base retenus à l'encontre des entreprises concernées atteindrait 129 à 138 % de la valeur globale du marché européen du produit concerné, soit 15 à 16 millions d'euros. Ces montants seraient de loin supérieurs aux amendes infligées dans le passé par

¹²⁹⁷ *De Savoie*, 53360/99, CEDH, §§ 3, 18, 22, 24, 25, 28. Voyez également *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 11, 36.1 ; *Pedersen*, 49017/99, CEDH, §§ 25, 82, 83.

la Commission dans des affaires comparables. Étant donné qu'elle s'est écartée de sa pratique antérieure, malgré de nombreuses circonstances favorables en l'espèce, la Commission aurait dû motiver les amendes d'une façon plus détaillée. Le Tribunal de première instance indique que, eu égard aux quatre faits, l'entreprise a bien compris la motivation. Premièrement, l'entreprise condamnée soutient que la Commission n'a pas correctement apprécié la gravité de l'infraction, c'est-à-dire, la relation faible entre les ventes de produit en question et son chiffre d'affaire et sa capacité économique. Deuxièmement, l'entreprise fait valoir que l'amende est disproportionnée par rapport à l'infraction commise, sa taille et l'importance sur le marché. Troisièmement, l'entreprise pense qu'en imposant cette amende la Commission a violé l'égalité de traitement. Quatrièmement, l'entreprise fait valoir que les augmentations d'amendes ont été appliquées rétroactivement en violation de l'article 7 *nulla poena sine lege* de la CEDH. Donc on voit que les juges coupent des mots sur l'existence d'autres violations lancées à l'égard de la Commission dans le discours de l'entreprise Heubach pour dire qu'elle a bien compris la motivation de la Commission et pour rejeter sa plainte sur l'absence de motivation. La sortie des mots du contexte est générale car la Cour ne précise pas des mots plus concrets qui ont donné lieu à penser qu'elle connaissait la motivation.¹²⁹⁸

3) Un mot de l'avocat de la partie perdante ou de son composant structurel.

« Un mot de l'avocat de la partie perdante ou de son composant structurel » est une variation de la technique « sortie des mots du contexte » où un mot de l'avocat de la partie perdante ou de son composant structurel est retourné contre cette dernière sans prendre en considération ses explications contextuelles.

La réglementation néerlandaise (l'article 2, paragraphe 5, des Critères de reconnaissance du Conseil de la certification d'État) oblige la société délivrant les certificats de qualité des grues de garantir au maître d'œuvre que, quand il engage une entreprise en possession d'un tel certificat, les grues marcheront de façon adéquate même si cette entreprise engagée emploie, à son tour, une entreprise sous-traitante. Pour cette raison, la Fédération néerlandaise des entreprises de grue a interdit à ses membres possédant le certificat de louer les grues auprès d'entreprises non certifiées. La Fédération soutient que la certification et l'interdiction contribueraient à la transparence du marché en

¹²⁹⁸ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 213, 219. Voyez également *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 72, 112, 114, 115.

permettant d'évaluer, à partir d'un standard objectif et impartial, la qualité et la sécurité des différents offreurs du produit. Le Tribunal de première instance renverse cette argumentation par la sortie des mots de deux membres à la réunion du 27 septembre 1983 de la région de l'Hollete du Nord de la Fédération. Une des participantes a dit : «Un tel institut [de certification] est une chose très saine. Il s'attend à ce que le projet, s'il est bien exécuté, aura un effet sur les prix ». La deuxième a estimé que le projet de certification était une «bonne idée». Elle a ajouté que, « dans une entreprise, le chiffre d'affaires qui est réalisé importe plus que le taux d'utilisation des machines ». Ces mots, selon les juges, montrent que le but n'était pas un renforcement de la concurrence, mais une augmentation des prix.¹²⁹⁹

Dans *F*, la Cour de Strasbourg rejette la position du gouvernement suisse qui soutient que l'interdiction temporaire de se marier en tant que sanction pour abus de mariage est compatible avec le droit au mariage (l'article 12 de la CEDH). Les juges disent que cette position est contraire à la position d'autres organes d'États : le Groupe d'étude sur la réforme partielle du droit de la famille auprès du Département fédéral de justice et de la police ainsi que le Comité des experts sur la réforme du droit de la famille recommandent d'abolir cette sanction.¹³⁰⁰ Bien évidemment, le gouvernement dirait que c'est un procès de réforme et, qui plus est, une réforme qui n'exprime pas l'état du droit actuel.

4) « A admis »-ation.

« A admis »-ation est une variation de la technique « sortie des mots de leur contexte » caractérisée par la déclaration judiciaire soulignant que la partie perdante « a admis » certaines affirmations lui faisant grief sans prendre en considération ses explications contextuelles et sans admettre que « a admis » ne signifie pas une admission rejetant ses autres arguments. Même si la partie perdante « a admis » quelque chose, elle ne l'a pas admis de la façon dont les juges l'imaginent.

¹²⁹⁹ *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 126, 139.

¹³⁰⁰ *F*, 11329/85, CEDH, §§ 9-13, 17.2, 36.1. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 65, 66, 78.1 ; *ibid.*, §§ 90-93, 95.2, 95.3 ; *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, § 92 ; *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, §§ 23, 24, 34, 62 ; *Pedersen*, 49017/99, CEDH, § 90 ; *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 21, 50, 52, 79 ; *ibid.*, §§ 89, 90 ; *ibid.*, §§ 88, 92 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 9, 31, 34, 36, 37, 51, 52, 61, 62.

Dans *Vogel* la question se pose de savoir si, dans la perspective de la directive 78/687, un médecin généraliste peut pratiquer l'art dentaire, après avoir suivi des cours supplémentaires mais sans avoir de diplôme spécial en dentisterie. La personne concernée soutient que, premièrement, cette directive n'a pas été transposée au droit allemand ; et que deuxièmement, il ne veut pas pratiquer sous le titre de praticien de l'art dentaire mais sous un autre titre exprimant mieux sa qualification inférieure ; troisièmement, que la directive a été adoptée après qu'il ait commencé ses études en médecine générale et qu'à l'époque le droit allemand permettait aux généralistes de se spécialiser, ensuite, en dentisterie. La Cour administrative fédérale allemande (*Bundesverwaltungsgericht*) soutient que le droit allemand l'autorise à pratiquer ce métier. Par contre, la Cour européenne de justice rejette ce raisonnement en disant que la Cour administrative fédérale a elle-même admis qu'il est possible d'interpréter la législation nationale en cause au principal de telle manière qu'elle s'applique seulement aux praticiens de l'art dentaire qui ont acquis le diplôme requis en vertu de l'article 1^{er} de cette directive.¹³⁰¹

Dans l'*affaire linguistique belge*, la Cour de Strasbourg déclare que les parties perdantes « ont admis » que les mots « sans distinction aucune » de l'article 14 de la CEDH doivent être interprétés de manière stricte. En réalité, ce « ont admis » mènera à une interprétation beaucoup plus stricte que ce qu'elles pensaient.¹³⁰²

5) « Ne conteste pas »-isation.

« Ne conteste pas »-isation est une variation de la technique « sortie des mots du contexte » caractérisée par la déclaration judiciaire soulignant que la partie perdante « ne conteste pas » certaines affirmations lui faisant grief sans prendre en considération ses explications contextuelles.

Par exemple, la Commission européenne constate que l'entreprise Eyckeler & Malt importait en Europe de la viande argentine avec des certificats falsifiés donnant un privilège douanier. Elle veut punir cette importatrice car elle ne faisait pas preuve de toute la diligence nécessaire. La Commission relève que l'importatrice a effectué plusieurs virements au profit d'une société établie

¹³⁰¹ *Vogel*, C-35/02, CEJ, §§ 12, 13, 18, 23, 36, 37. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ, §§ 37, 57-59, 64, 92 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 93, 94, 107 ; *ibid.*, §§ 49, 92, 121, 123. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 59, 61, 64, 66, 67, 72. Voyez également *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 16, 25, 33.

¹³⁰² *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IA4.2, IIA4.4.

aux Pays-Bas, filiale d'une entreprise argentine aujourd'hui disparue. Il serait « inhabituel » qu'une importatrice paie les livraisons d'une exportatrice en procédant à des transferts sur un compte appartenant à une autre personne, lorsqu'il n'est pas certain que le destinataire du paiement existe réellement. Le Tribunal de première instance rejette ce raisonnement en disant que l'importatrice relève « sans être contredite sur ce point par la Commission » qu'une telle pratique de paiement est « habituelle ».¹³⁰³

Dans *Butkevičius*, le gouvernement lituanien fait valoir que la qualification du requérant en tant que « corrompu » par le Président du Parlement lituanien, est étrangère à l'affaire pénale en examen, car il n'était pas accusé de « corruption », mais de « tentative d'escroquerie ». La Cour de Strasbourg répond que le gouvernement ne conteste pas que le Président s'est référé à la procédure pénale en cours.¹³⁰⁴

6) « Ne conteste pas directement »-isation.

« Ne conteste pas directement »-isation est une variation de la technique « sortie des mots de leur contexte » caractérisée par la déclaration judiciaire soulignant que la partie perdante « ne conteste pas directement » certaines affirmations lui faisant grief sans prendre en considération ses explications contextuelles.

Dans *Heubach*, l'entreprise condamnée pour violation des règles de concurrence souligne qu'il n'y avait qu'« un seul client, Tekno Winter » qui a été attribué par l'entente. Le Tribunal de première instance répond que la note de Union Pigments du 30 mars 1995 indique indirectement que l'attribution de Jotun a été discutée et que la Heubach « ne [le] conteste pas directement », ce qui signifie que cette attribution a eu lieu.¹³⁰⁵

¹³⁰³ *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 128, 153. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128, 181, 194 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 56, 57, 59, 67, 68. Voyez également *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 19, 44, 66, 69, 71, 77.

¹³⁰⁴ *Butkevičius*, 48297/99, CEDH, §§ 26-29, 47, 52, 53.2.

¹³⁰⁵ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 59, 86, 89.

74. L'EXTRACTION DU CONTEXTE DES MOTS

L'extraction du contexte des mots est la situation judiciaire où la partie gagnante n'est pas condamnée sur la base des mots controversés qu'elle a employé puisque la juge a accepté l'importance explicative du contexte dans lequel se trouvent ces mots. Il faut distinguer quatre variantes de cette technique.

1) L'abus dans la constatation d'une erreur.

« L'abus dans la constatation d'une erreur » est une déclaration judiciaire indiquant que les mots controversés de la partie gagnante ne peuvent pas être invoqués utilement pour la défense de la partie perdante car la partie gagnante a produit ces mots par erreur.

Par exemple, dans *Hectors*, l'ex-candidate au recrutement du poste d'agente temporaire auprès d'un Groupe politique du Parlement européen soutient que pour le recrutement des agentes temporaires, les mêmes règles procédurales que pour les fonctionnaires doivent être applicables. Elle apporte la décision de rejet de sa réclamation qui fait déférence à l'article 30 sur le recrutement des fonctionnaires du Statut des fonctionnaires. Le Tribunal de première instance ne sort pas les mots de ce document de leur contexte, mais les explique par le contexte qui nie ces mots. Les juges déclarent que cette référence a été faite par erreur.¹³⁰⁶

2) La déclaration que les mots ont un « caractère général ».

« La déclaration que les mots ont un « caractère général » est une déclaration judiciaire indiquant que les mots controversés de la partie gagnante ne peuvent pas être invoqués utilement en défense de la partie perdante puisque ces mots sont de « caractère général ».

Par exemple, la société SCK fait valoir qu'elle ne saurait pas être censée connaître l'objet, ou tout du moins, l'effet anticoncurrentiel de l'interdiction faite aux entreprises certifiées par elle-même de louer des grues auprès d'entreprises non certifiées, parce que la Commission européenne a elle-même reconnu, dans son mémoire en défense, la « complexité » de cette affaire tant sur le plan

¹³⁰⁶ *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 84, 97. Voyez également *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 61, 67, 73.

conceptuel que sur le plan de la politique de la concurrence. Le Tribunal de première instance répond que la reconnaissance « générale » par la Commission de la « complexité » de l'affaire ne constitue pas une justification de l'« ignorance » de la part de la SCK.¹³⁰⁷

3) Une explication par les autres circonstances au sein du contexte.

« Une explication par les autres circonstances au sein du contexte » est une déclaration judiciaire indiquant que les mots controversés de la partie gagnante ne peuvent pas être invoqués utilement en défense de la partie perdante parce qu'ils doivent être interprétés dans le contexte d'autres circonstances.

Par exemple, dans *Butkevičius*, le requérant, l'ex-ministre lituanien de défense, invoque deux déclarations du procureur général pour prouver la violation de la présomption d'innocence. La première est prononcée le jour où l'autorisation d'ouvrir des poursuites pénales contre lui a été demandée au Parlement lituanien, la déclaration dans laquelle le procureur confirmait détenir « suffisamment de preuves sérieuses de [sa] culpabilité », et la seconde, prononcée deux jours plus tard, où le procureur qualifiait l'infraction commise de « tentative d'escroquerie ». La Cour de Strasbourg décide de justifier ces mots par le contexte et dit que ces déclarations peuvent se comprendre comme une simple manière pour le procureur général d'affirmer qu'il y avait des preuves suffisantes pour étayer un verdict de culpabilité de la part d'un tribunal et donc de justifier la demande adressée au Parlement d'autorisation pour intenter une procédure pénale.¹³⁰⁸

4) Les mots d'une institution au sein de la partie gagnante ne représentent pas la position officielle de la partie gagnante.

« Les mots d'une institution au sein de la partie gagnante ne représentent pas la position officielle de la partie gagnante » est une déclaration judiciaire indiquant que les mots controversés d'une

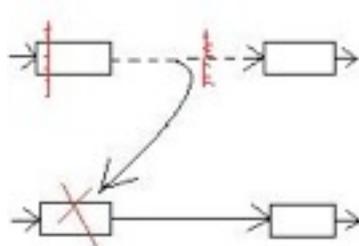
¹³⁰⁷ SCK, T-213/95, TPI, §§ 233, 238. Voyez également *ibid.*, §§ 77, 83. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 136, 137, 140.

¹³⁰⁸ *Butkevičius*, 48297/99, CEDH, § 52.

institution au sein de la partie gagnante ne peuvent pas être invoqués utilement pour la défense de la partie perdante puisqu'ils ne représentent pas la position officielle de la partie gagnante. Cette variante est directement contraire à la variante « un mot de l'avocat de la partie perdante ou de son composant structurel » appartenant à la technique la « sortie des mots de leur contexte ».

Par exemple, dans l'affaire *VTM*, l'ex-monopoliste soutient que le commissaire européen en charge des questions de concurrence a fait deux déclarations indiquant qu'il pensait que l'entreprise concernée viole le droit de concurrence même avant la fin de la procédure respective devant la Commission européenne. De plus, son parti politique a également exprimé le même point de vue. Le Tribunal de première instance décide de justifier ces démarches en disant qu'il a exprimé uniquement son « point de vue » personnel.¹³⁰⁹

75. LE DÉCOUPAGE DE LA STRUCTURE ARGUMENTATIVE

 « Le découpage de la structure argumentative » est l'emploi d'un argument pris dans une chaîne argumentative lequel doit, selon l'idée initiale, servir à justifier l'argument suivant de la même chaîne de la partie perdante, afin de rejeter un autre argument se trouvant dans la deuxième chaîne argumentative de la partie perdante. Cette technique ressemble à la technique du loup-garou, à la différence que dans le cas du découpage il y a deux chaînes, deux structures argumentatives et là – une seule. En raison de la préférence donnée par les juges à une structure argumentative au lieu d'une autre, cette technique ressemble à la technique d'abus dans le choix de question. Je les distingue quand même car dans l'abus dans le choix de question on voit un choix de question générale, tandis qu'ici on voit plutôt le jeu dans la structure en dessous de la question abusée.

Par exemple, dans *Le Pen*, on voit deux chaînes argumentatives pour deux solutions données à deux questions différentes. La première chaîne est relative à la question suivante : quelle décision nationale ou internationale doit être considérée comme définitive avant que le Parlement européen

¹³⁰⁹ *VTM*, T-266/97, TPI, §§ 46, 50, 51.

ne puisse virer sa députée condamnée pour crime au niveau national. La deuxième chaîne est relative à la question de la présence ou de l'absence du pouvoir du PE de vérifier la régularité de la décision nationale pour un tel crime. Dans le cadre de la première chaîne, Le Pen soutient que la décision définitive n'est pas encore prise, car il a introduit un recours devant le Conseil d'État, après la décision confirmant la culpabilité du politicien, qu'il jugeait irrégulière car elle n'a pas été adoptée par l'assemblée plénière comme c'était exigé par l'article 25 de la Loi de 1977 ; il a introduit un recours en grâce auprès du Président de la République et un recours devant la Cour de Strasbourg. Donc il pense, sur cette base, qu'il a le droit d'être encore une fois entendu par la Commission juridique du PE avant le vote en plénière. La deuxième chaîne est relative au pouvoir du PE de vérifier le bien-fondé d'une décision nationale. Les juges coupent le fait que Le Pen a introduit un recours devant le Conseil d'État dans la première chaîne et l'ajoutent à la deuxième : le fait que Le Pen a introduit un recours devant le Conseil d'État constitue une preuve de l'absence d'un tel pouvoir du Parlement et une preuve de ce que, contrairement à ce qu'il affirme, il a effectivement pu faire valoir ses droits en justice.¹³¹⁰

Dans affaire *Mark Intern* sur la diffamation concernant les pratiques commerciales d'une entreprise, on voit deux questions formant deux chaînes argumentatives. La maison d'édition condamnée construit sa chaîne argumentative de manière suivante : le Cosmetic Club International a promis à ses clientes que si elles achètent la trousse de beauté et si elles ne sont pas satisfaites, elles seraient remboursées. En avril une cliente a renvoyé la trousse, mais il n'y a eu aucune réaction. Le 18 juin elle a envoyé un rappel en exigeant une réponse avant le 26 juin, mais le Club a ignoré cette dame. Le 4 novembre une journaliste envoie un télex en demandant pourquoi le Club ignore sa cliente et si c'est un signe de sa politique générale. Dans la réponse à la journaliste, le Club dit qu'il n'a pas d'information sur cette dame, mais qu'il enquêtera. La maison d'édition publie cette histoire dans son bulletin d'information, en précisant que la réponse est « provisoire » et en demandant si quelqu'un s'autre a eu des problèmes similaires avec le Club. La maison d'édition soutient que le mot « provisoire » a laissé la « question ouverte » de savoir si c'est un cas isolé ou la pratique générale, sans faire de conclusion définitive. La Cour de Strasbourg coupe la phrase « réponse provisoire » de la chaîne « question ouverte » pour la coller dans une autre chaîne sur la « nécessité de relater l'incident au moment de la publication ». Dans cette chaîne, la phrase « réponse provisoire » ne défend plus la maison d'édition. Au contraire, ces deux mots nuisent à cette maison,

¹³¹⁰ *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 22, 25, 56. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128, 148. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 125, 267, 270.

car les juges disent que c'est exactement parce qu'elle savait que la réponse était « provisoire » il n'était pas « nécessaire de relater l'incident au moment de la publication ». ¹³¹¹

76. UN VOYAGE DANS LE PASSÉ RÉUSSI

« Un voyage dans le passé réussi » est l'application rétroactive d'une interprétation nouvelle ou d'une règle nouvelle dans une situation judiciaire où la partie perdante invoque certains contre-principes et contre-circonstances pour empêcher cette application.

Il faut distinguer trois variantes en fonction de la raison du voyage et six variantes ayant regard sur le moyen de transport employé par la juge.

I. Lumière : la raison du voyage.

« La raison du voyage » est le point problématique (la lutte spirituelle) provoqué par l'intention d'appliquer rétroactivement une interprétation nouvelle ou une règle nouvelle.

1) L'attribution de faute et d'innocence.

« L'attribution de faute et d'innocence » est le point problématique (la lutte spirituelle) concernant la question de savoir si la partie perdante pouvait comprendre que son comportement serait interprété comme illicite.

Par exemple, dans *Brasserie du Pêcheur*, la question se pose de savoir si le gouvernement allemand doit être tenu coupable pour ce qu'il a fait avant le nouvel arrêt de la Cour de Luxembourg et dans l'affirmatif, à quel niveau il est coupable ? Autrement dit, il faut voyager dans le passé pour

¹³¹¹ *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 16, 36.2. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 19.2, 65, 66, 70, 73.4, 75, 78.1 ; *ibid.*, §§ 65, 66, 78.1, 78.2 ; *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 477, 482.

attribuer soit la faute, soit l'innocence, à ce gouvernement et conclure sur le niveau de cette qualification.¹³¹² Ces questions sont résolues en recourant à d'autres techniques indépendantes.

Dans *Ždanoka*, les chamanes voyagent dans le passé pour dire si cette politicienne lettonne doit être considérée comme coupable, si le fait d'être une militante active du Parti communiste était une infraction et si elle savait qu'elle commettait une infraction.¹³¹³

2) La définition du statut d'une partie dans le temps.

« La définition du statut d'une partie dans le temps » est le point problématique (la lutte spirituelle) concernant la question de savoir quel était le statut de la partie perdante dans un échantillon du temps du passé en examinant le procès factuel où son statut juridique a été défini plusieurs fois de façon incompatible. Il y a une différence entre la question sur la culpabilité et la question sur le statut dans le passé.

Par exemple, après avoir conclu que le Groupe technique des députées indépendantes ne devait pas exister au Parlement européen selon ses règles de la constitution d'un groupe politique, les chamanes voyagent dans le passé pour dire si le Groupe doit être considéré comme un groupe qui existait avant la constatation de son inexistence.¹³¹⁴

Dans *Ždanoka*, les chamanes voyagent dans le passé pour dire depuis quelle date le statut de militante active du Parti communiste peut être appliqué et comment il peut être limité dans le passé. La question est compliquée par le fait que les autorités lettonnes n'ont imposé ce statut aux personnes concernées que plusieurs années après la destruction de l'Union soviétique.¹³¹⁵ Il faut distinguer cette question de statut dans différentes périodes chronologiques, de la question sur la culpabilité, à savoir si sa participation dans les activités du Parti communiste était illicite.

¹³¹² *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 91-93, 95. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 182, 183. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 203, 209.

¹³¹³ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 130. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 338, 434, 435.

¹³¹⁴ *Martinez*, T-222/99, TPI, § 252. Voyez également *ibid.*, §§ 29-32 ; *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 22, 44 52-54.

¹³¹⁵ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 131.

- 3) L'application des conséquences de l'arrêt dans le passé à la pratique régulatrice antérieure.

« L'application des conséquences de l'arrêt dans le passé » est le point problématique (la lutte spirituelle) concernant la question de savoir si les conséquences d'une interprétation nouvelle doivent frapper la pratique antérieure dans son intégrité.

Par exemple, après avoir constaté que le refus français de payer aux anciens fonctionnaires-hommes la bonification pour leurs enfants était en contradiction avec l'égalité de traitement, la question se pose de savoir si cet arrêt doit renverser toute la pratique régulatrice antérieure et obliger ou non la France à payer toutes les bonifications rétroactivement, somme qui, selon le gouvernement français, serait comprise entre 3 et 5 milliards FRF (entre 457 et 762 millions euros).¹³¹⁶

II. Lumière : le moyen de transport.

« Le moyen de transport » est la raison pour laquelle une interprétation nouvelle ou une règle nouvelle est appliquée rétroactivement.

- 1) Une circonstance déterminante ou un aspect du passé qui devrait permettre pour la partie perdante de comprendre l'attitude de la juge dans le futur

« Une circonstance déterminante du passé qui devrait donner lieu pour la partie perdante à comprendre l'attitude de la juge dans le futur » est la déclaration judiciaire qu'il y a une circonstance déterminante du passé qui devrait permettre, pour la partie perdante, de comprendre l'attitude future de la juge vis-à-vis de son comportement et ce, malgré le fait que la partie perdante ne reconnaisse pas le caractère « déterminant » d'une telle circonstance.

Dans *Heubach*, l'entreprise condamnée pour une violation des règles de concurrence essaie d'attirer l'attention au fait que l'infraction s'est terminée le 13 mai 1998, mais la Commission n'a imposé l'amende qu'après trois ans et demi le 11 décembre 2001. Si la Commission avait rendu sa décision

¹³¹⁶ *Griesmar*, C-336/99, CEJ, §§ 17, 71, 72, 77. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 97-100 ; *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 106, 108-111. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 233, 239.

quelques mois plus tôt, l'amende imposée aurait été moins élevée puisque entre-temps l'institution européenne a augmenté le niveau des amendes dans une mesure jamais vue auparavant. L'augmentation a été imprévisible et viole l'interdiction de l'application rétroactive de la peine prévue par l'article 7 de la CEDH. L'imposition de l'amende après une telle augmentation doit être considérée comme arbitraire. Le Tribunal de première instance rejette ce raisonnement en disant que ce n'est pas la première fois que la Commission impose une amende supérieure à celles du passé.¹³¹⁷ Donc le fait que la Commission a déjà appliqué des amendes supérieures par rapport aux amendes du passé devient le moyen de transport de l'esprit de cette amende particulière pour son voyage dans le passé. Heubach aurait pu ajouter que c'est toute la première fois que l'amende est d'abord augmentée de manière générale, puis imposée, et que le fait de violer l'article 7 une fois ne justifie pas sa violation dans le futur, mais le débat s'arrête là.

De la même façon Ždanoka devait comprendre, selon les juges strasbourgeoises, que le Parti communiste serait déclaré illicite en Lettonie après la tentation du rétablissement de l'ordre soviétique par les forces armées en Lituanie le 13 janvier 1991. Elle devait comprendre qu'elle perdrait le droit d'être élue au Parlement letton à vie. Donc, la législation lettonne sur les anciennes communistes voyage dans le passé sur la base de cette considération utilisée comme moyen de transport.¹³¹⁸

2) La nature interprétative de la décision.

« La nature interprétative de la décision » est la déclaration judiciaire indiquant que la partie perdante devait comprendre l'attitude future de la juge vis-à-vis de son comportement puisque cette attitude est de nature « interprétative ».

Dans *Martinez*, les ex-députées du Groupe technique des députées indépendantes font valoir que le Parlement européen ne pouvait pas détruire rétroactivement le groupe par une « interprétation » de son Règlement en indiquant tout simplement qu'aucun groupe sans affinités politiques partagées par ses membres ne pouvait être créé. Selon les députées concernées, cette interprétation doit être

¹³¹⁷ *Heubach* T-64/02, TPI, §§ 42, 203, 209. Voyez également *ibid.*, §§ 203, 209 ; *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 91-93, 95 ; *ibid.*, §§ 97-100 ; *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 106, 108-111. Voyez également *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 22, 44 52, 53, 54 ; *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 29-32 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 233, 239.

¹³¹⁸ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 130.

applicable à partir du jour de son entrée en vigueur. Les chamanes répondent que cette interprétation « éclaire et précise la signification » d'une disposition déjà existante et, donc, qu'en raison de son caractère interprétatif, elle peut être appliquée rétroactivement.¹³¹⁹

3) L'esprit spécial : la continuité.

« L'esprit spécial : la continuité » est la déclaration judiciaire indiquant qu'une règle nouvelle doit être appliquée rétroactivement à l'égard de circonstances qui ont eu lieu avant la date d'entrée en vigueur de cette règle puisque, soit ces circonstances continuaient, soit elles ont eu des effets après cette date. L'esprit de la continuité est spécifique à la technique des voyages dans le passé.

Par exemple, dans *Ilaşcu* le gouvernement moldave fait valoir que la CEDH n'est applicable en Moldavie qu'à partir du 12 septembre 1997, le jour de sa ratification. La Cour de Strasbourg rejette cette vision en déclarant qu'elle doit analyser les événements passés avant la ratification pour les comparer avec les événements d'après, afin d'apprécier les efforts faits par la Moldavie pour mettre fin aux infractions. De plus, ayant le but d'évaluer les conditions d'emprisonnement d'Ilaşcu, la Cour de Strasbourg doit considérer toute la période du 9 décembre 1993 au 5 mai 2001.¹³²⁰

4) L'esprit spécial : le temps pour la réflexion.

« L'esprit spécial : le temps pour la réflexion » est la déclaration judiciaire indiquant qu'une régulation juridique nouvelle doit être appliquée rétroactivement à l'égard des circonstances qui ont eu lieu avant la date d'entrée en vigueur de cette régulation puisque la législatrice a dû prendre le temps pour la réflexion. L'esprit du temps pour la réflexion est spécifique pour la technique des voyages dans le passé.

Par exemple, dans *Ždanoka*, la politicienne lettonne d'ethnicité russe qui était un membre active du Parti communiste durant l'ère soviétique jusqu'à l'interdiction de ce parti en 1991 et qui souffre de l'interdiction de se présenter aux élections du Parlement letton au motif de cette activité à vie ou, au

¹³¹⁹ *Martinez*, T-222/99, TPI, § 252.

¹³²⁰ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 338, 434, 435.

moins, pour une période indéterminée, fait valoir que cette mesure n'a été introduite qu'en 1995 et, qu'elle est donc devenue rétroactive. Les chamanes strasbourgeoises expliquent que cette interdiction a été introduite en 1995 et non en 1991, juste après l'indépendance, car la législature du nouvel État démocratique a eu « besoin de temps pour la réflexion ». ¹³²¹

5) Une autre forme de la lutte spirituelle.

« Une autre forme de la lutte spirituelle » est la déclaration judiciaire indiquant qu'une interprétation nouvelle ou une règle nouvelle doit être appliquée rétroactivement à l'égard de circonstances qui ont eu lieu avant la date d'entrée en vigueur de cette régulation justifiée par une autre technique qui est indépendante à l'égard des esprits spécifiques de ces voyages dans le temps.

Dans *Griesmar*, la Cour de Luxembourg dit que son arrêt accordant aux anciens fonctionnaires-hommes le droit à la bonification pour chacun de leurs enfants doit être rétroactive. Le gouvernement français devait remarquer que la bonification disponible uniquement pour les femmes n'entre pas dans le champ de la discrimination positive puisque la mesure du refus d'octroyer cette bonification aux hommes avait un objet complètement différent. Autrement dit, on voyage dans le passé grâce à la technique du dédoublement, de l'abus téléologique. De plus, malgré les coûts entre 3 et 5 milliards FRF (entre 457 et 762 millions euros) avancés par le gouvernement français, les juges pensent qu'il n'est « pas établi » que la rétroactivité pourrait avoir des répercussions économiques graves. Donc, le deuxième moyen de transport est l'abus de l'évolution spectrale dans sa variante « établissement ». ¹³²²

77. UN VOYAGE DANS LE PASSÉ QUI A ÉCHOUÉ

¹³²¹ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 131.

¹³²² *Griesmar*, C-336/99, CEJ, §§ 17, 71, 72, 77. Voyez également *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 91-93, 95 ; *ibid.*, §§ 97-100.

« Un voyage dans le passé qui a échoué » est le refus d'appliquer rétroactivement une interprétation nouvelle ou une règle nouvelle dans une situation judiciaire où la partie perdante invoque certains contre-principes et contre-circonstances pour promouvoir cette application.

Il faut distinguer deux variantes en fonction de la raison du voyage et deux variantes ayant égard au mur construit par la juge afin d'empêcher l'application rétroactive.

I. Lumière : la raison du voyage.

« La raison du voyage » est le point problématique (la lutte spirituelle) provoqué par l'intention d'appliquer rétroactivement une interprétation nouvelle ou une règle nouvelle.

1) La définition des droits individuels d'une partie dans le temps.

« La définition des droits individuels d'une partie dans le temps » est le point problématique (la lutte spirituelle) concernant la question de savoir quels étaient les droits individuels de la partie perdante dans un échantillon de temps du passé.

Par exemple, dans l'affaire *Eyckeler & Malt* sur la remise des droits d'importation, la partie perdante avance l'applicabilité rétroactive de l'article 239 du Code des douanes établissant que la remise peut être accordée dans certaines « circonstances », tandis que l'article 13 du règlement n° 1430/79 exigeait, avant l'entrée en vigueur de ce Code, l'existence des « situations particulières » dans ce but.¹³²³

2) L'application des conséquences générales de l'arrêt aux événements du passé.

« L'application des conséquences générales de l'arrêt aux événements du passé » est le point problématique (la lutte spirituelle) concernant la question de savoir quels étaient les droits individuels de la partie perdante dans un échantillon du temps au passé.

¹³²³ *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 41, 42, 55.

Par exemple, les gouvernements allemand, français et britannique résistent à l'application rétroactive générale de l'arrêt *Sürül* à la pratique régulatrice antérieure par lequel la Cour de Luxembourg a décidé que l'épouse turque d'un étudiant turc laquelle habite en Allemagne, mais qui n'a pas le droit de travailler, doit être qualifiée de « travailleuse » ayant droit aux allocations familiales pour ses enfants.¹³²⁴

Dans *Goodwin*, l'application rétroactive de l'interprétation de la décision de la Cour de Strasbourg, relative à la possibilité pour les transsexuelles de changer tous les documents indiquant leur sexe, implique que toutes les personnes devenues femmes après une intervention chirurgicale reçoivent le droit à la pension de retraite à partir de 60 ans ainsi que des tickets pour le transport en commun pour seniors.¹³²⁵

II. Lumière : le type de mur.

« Le type de mur » est la raison pour laquelle une interprétation nouvelle ou une règle nouvelle n'est pas appliquée rétroactivement.

1) L'esprit spécial : la sécurité des rapports juridiques déjà établis.

« L'esprit spécial : la sécurité des rapports juridiques déjà établis » est la déclaration judiciaire qu'une interprétation juridique ne doit pas être appliquée rétroactivement, malgré le fait que la règle sur laquelle cette interprétation soit basée, est entrée en vigueur avant la date de la violation respective, car cette situation factuelle est protégée par la sécurité des rapports juridiques déjà établis.

La Cour de Luxembourg autorise les gouvernements allemand, français et britannique à ne pas appliquer de manière rétroactive son arrêt *Sürül* par lequel elle a décidé que l'épouse turque d'un étudiant turc, laquelle habite en Allemagne sans autorisation de travailler, doit être qualifiée de « travailleuse » ayant droit aux allocations familiales pour ses enfants. La limite dans le temps des effets de cet arrêt est justifié par un « nombre important de relations juridiques établies sur la base

¹³²⁴ *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 106, 108-111.

¹³²⁵ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 116, 119, 120.

d'une réglementation nationale en vigueur depuis un certain temps » et par l'accompagnement de « graves conséquences financières pour les systèmes de sécurité sociale des États membres ». L'esprit qui s'appelle « principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire » limite la possibilité de mettre en cause des « relations juridiques établies de bonne foi ». Ce mécanisme spirituel a été ici lancé puisque c'est la première fois que la Cour est amenée à interpréter l'article 3, paragraphe 1, de la décision 3/80 du Conseil d'association CEE-Turquie. De plus, la jurisprudence antérieure a pu créer une situation d'incertitude. Dans ces conditions, l'esprit des « considérations impérieuses de sécurité juridique » empêche de remettre en cause des relations juridiques, ce qui « bouleverserait rétroactivement le financement des systèmes de sécurité sociale » des États membres.¹³²⁶

La Cour de Strasbourg décide de ne pas soutenir la demande de la requérante dans l'affaire *Goodwin* d'obliger le Royaume-Uni d'indemniser la pension de retraite et les tickets de bus à partir de 60 ans, les coûts soutenus à cause du refus de l'État contractant de reconnaître le sexe féminin de la transsexuelle. La raison chamanique est qu'avant *Goodwin*, il y avait une série d'autres requérantes avec le même problème et que toutes ces requêtes ont été rejetées par la position de la Cour et que l'interdiction du changement de la mention de sexe dans les documents personnels après une opération transsexuelle ne viole pas le droit à la vie privée.¹³²⁷

2) L'esprit spécial : le statut formel de la disposition.

« L'esprit spécial : le statut formel de la disposition à appliquer rétroactivement » est la déclaration judiciaire qu'une disposition juridique ne doit pas être appliquée rétroactivement en raison de son statut formel, malgré le fait que cette règle soit entrée en vigueur avant la fin du procès judiciaire au sein duquel elle est nécessaire pour la partie perdante.

Par exemple, dans affaire *Eyckeler & Malt* sur la remise de droits d'importation, la partie perdante veut que la nouvelle disposition, l'article 239 du Code des douanes entré en vigueur avant la fin de la procédure judiciaire respective, mais après les événements, soit appliquée dans son cas. Cet article indique que la remise peut être accordée dans certaines « circonstances », tandis que

¹³²⁶ *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 106, 108-111.

¹³²⁷ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 116, 119, 120.

l'ancienne disposition, l'article 13 du règlement n° 1430/79, exige l'existence de « situations particulières » pour pouvoir avoir cette remise. L'entreprise demande cette remise de droits d'importation car la Commission lui a imposé ces droits après avoir découvert qu'elle avait importé la viande bovine Hilton profitant d'un régime douanier préférentiel avec des certificats falsifiés, donc, en réalité sans avoir droit à ce régime. Le Tribunal de Première Instance décide de ne pas donner effet rétroactif au Code des douanes au motif que les règles de procédure s'appliquent à tous les litiges pendants au moment où elles entrent en vigueur, mais il n'en est pas de même des règles de fond.¹³²⁸ Donc le voyage dans le passé échoue en raison du statut formel de la disposition.

78. L'IGNORANCE SIMPLE

L'ignorance simple est le rejet de l'argument de la partie perdante sans explication quelconque.

- 1) Le soutien de la cour d'appel au Tribunal de première instance sans ajouter d'arguments supplémentaires.

Le soutien de la cour d'appel au Tribunal de première instance sans ajouter d'arguments supplémentaires est le rejet de l'argument de fond de l'appel initié par la partie perdante sans une contre-argumentation quelconque sauf la référence à l'arrêt de la première instance déjà connu par la partie perdante.

Par exemple, dans *Aalborg*, parfois, la Cour européenne de justice soutient le raisonnement du Tribunal de première instance sans ajouter d'arguments quelconques répondant aux questions supplémentaires relevées par la partie perdante, en disant tout simplement que « comme le Tribunal l'a relevé à juste titre » et en reproduisant de manière *copier-coller* les arguments de ce Tribunal.¹³²⁹

- 2) L'aucunisation.

¹³²⁸ *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 41, 42, 55.

¹³²⁹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 193. Voyez également *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1047, 1049.

L'aucunisation est la déclaration judiciaire indiquant que la position de la partie perdante est rejetée parce qu'elle n'invoque « aucune » circonstance ou « aucun » principe à son soutien dans la situation factuelle où la partie perdante insiste sur l'existence d'une telle invocation.

Dans l'affaire *SCK* sur un système de certification des grues en tant que mécanisme anticoncurrentiel, l'entreprise de certification est sanctionnée pour l'interdiction qu'elle imposait aux entreprises certifiées de ne pas louer de grues auprès des entreprises non-certifiées. La SCK essaie de se défendre en disant que, comme il était reconnu par le Conseil de la certification d'État néerlandais, cette interdiction constituait le seul moyen de préserver la cohérence du système de certification et de garantir que le maître d'œuvre qui engage une entreprise certifiée profitera également des grues certifiées délivrés par une sous-traitante. Le Conseil de la certification constate le suivant dans son rapport du 22 avril 1992 : « Il est constaté que la SCK, donnant suite à la décision judiciaire, a abrogé la disposition en question (interdiction de location), mais n'a pas encore d'autre disposition qui puisse répondre à l'objectif sous-jacent: à savoir que, lorsqu'il a recouru à des grues d'autres entreprises, il est certain que ces grues-là aussi satisferont aux conditions. De la sorte, la SCK méconnaît la condition énoncée au point 2.5 des critères d'agrément ». Le Tribunal de Première Instance décide d'ignorer ce raisonnement en l'aucunisant. Il répond que le dossier ne contient « aucune pièce » dans laquelle le Conseil de certification aurait affirmé que l'interdiction de location constituait le seul moyen permettant de satisfaire à la condition de cohérence du système de certification qui figure au point 2.5 des critères d'agrément dudit conseil. Le Conseil de certification auquel se réfèrent les requérantes constate seulement que la SCK ne respecte plus ce point après avoir retiré l'interdiction de location sans avoir prévu de solution alternative.¹³³⁰

Dans *Baškauskaitė*, une candidate au poste de la Présidente de Lituanie voit sa candidature rejetée par la Commission suprême électorale au motif qu'elle a une double nationalité : lituanienne et étatsunienne. L'article 3 du Protocole n° 1 de la CEDH protège le droit aux élections du « corps législatif ». Donc la question se pose de savoir si la Présidente lituanienne est couverte par ce concept. Liucija Baškauskaitė invoque les arguments suivants : la Présidente signe et promulgue les lois, elle a le pouvoir d'initiative législative, elle peut dissoudre le Parlement. Dans le cas où elle refuse de signer un projet de loi, le Parlement doit l'adopter de nouveau par une majorité absolue de

¹³³⁰ *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 233, 237. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 376, 377.

ses membres. Bien évidemment, une députée séparée a moins de pouvoir législatif. La Cour de Strasbourg décide d'aucuniser ce raisonnement en disant qu'il n'y a « aucune » caractéristique permettant de conclure que la Présidente peut être considérée comme une partie du corps législatif.¹³³¹

3) « N'explique pas ».

« N'explique pas » est la déclaration judiciaire indiquant que la position de la partie perdante est rejetée parce qu'elle « n'explique pas » comment elle est arrivée à une telle conclusion dans la situation factuelle où la partie perdante insiste sur l'existence d'une explication.

Dans *Baustahlgewebe*, l'entreprise condamnée pour participation à un cartel par la Commission européenne fait valoir devant la Cour européenne de justice qu'elle ne pouvait pas consulter le dossier à son encontre, ne pouvait pas savoir précisément de quoi elle était accusée et que son droit de défense a été violé. La Commission soutient qu'elle avait le droit de consulter le dossier après l'adoption de la décision la condamnant. Un échange de correspondance entre les parties révèle que la Commission a rappelé à la Baustahlgewebe qu'elle lui avait transmis, en annexe à la communication des griefs, les documents sur lesquels celle-ci reposait. Par télécopie du 11 octobre 1989, la Commission a soumis une liste de l'ensemble des pièces du dossier, dans la mesure où elles se rapportaient à la requérante, et lui a offert de lui en transmettre copie. A la suite de cette offre, la Baustahlgewebe a demandé, par télécopie du 16 octobre 1989, d'une part, l'envoi du rapport et du dossier relatif à l'inspection effectuée les 6 et 7 novembre 1985 dans ses bureaux ainsi que celui relatif à l'inspection effectuée les mêmes jours dans les bureaux du Fachverband Betonstahlmatten et, d'autre part, l'autorisation de consulter les procès-verbaux et autres documents par lesquels le Bundeskartellamt, l'administration allemande de la lutte contre les cartels, avait informé la Commission de l'existence, en Allemagne, d'un cartel de crise structurelle. La Commission n'aurait toutefois pas réagi à cette demande jusqu'à l'introduction du recours. Dans sa requête, la requérante a par conséquent demandé au Tribunal de première instance d'ordonner à la Commission de lui permettre de consulter: a) l'ensemble des pièces de procédure qui la concernaient, b) tous les documents, correspondances, procès-verbaux et notes relatifs à l'information de la Commission par

¹³³¹ *Baškauskaitė*, 41090/98, Skundai 1, § 1.3. Voyez également *Kokkinakis*, 14307/88, CEDH, §§ 9, 17, 18, 20, 46, 48, 49 ; *Nachova*, 43577/98, CEDH, §§ 137, 149, 150 ; *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 25, 69 ; *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 279-282, 407.

le Bundeskartellamt au sujet de l'existence du cartel de crise structurelle ainsi que c) tous les documents, pièces, procès-verbaux et notes relatifs aux négociations trilatérales entre la Commission, le Bundeskartellamt et des représentants de la communauté allemande du cartel de crise structurelle. Les chamanes luxembourgeoises décident d'ignorer ces arguments par la variante « n'explique pas » et disent que la requérante n'explique pas la production de quels documents du dossier elle sollicitait.¹³³²

Dans l'affaire *Podkolzina* s'agissant d'une politicienne lettonne d'ethnicité russe qui a été effacée de la liste des candidates à l'élection du Parlement national en raison de la connaissance insuffisante de la langue lettonne, le Centre de la langue d'État a choisi 9 candidates russophones sur 21 qui possédaient un certificat de la maîtrise de la langue d'État afin de les vérifier une deuxième fois. Le certificat de la politicienne a été produit 18 mois avant les élections. Podkolzina a été la seule qui a raté l'examen et à ce motif ne pouvait pas se présenter à l'élection. L'article 13, paragraphe 7, de la Loi sur les élections législatives prévoit qu'une candidate est rayée de la liste si elle « ne maîtrise pas la langue officielle au troisième niveau (supérieur) de connaissance, attesté par le Centre de la langue d'État ». Le gouvernement letton dit que le concept « ne maîtrise pas » se réfère à la connaissance actuelle et non à la connaissance dans le passé. Pratiquement, les travailleuses du Centre ont décidé d'organiser le deuxième examen après avoir écouté la manière dont ces candidates parlaient. La Cour de Strasbourg rejette ce raisonnement par l'ignorance simple exprimé par la variante « n'explique pas » en disant que les lettonnes n'expliquent pas pourquoi elles ont décidé de la soumettre au deuxième examen.¹³³³

79. L'IGNORANCE CONTEXTUELLE GÉNÉRALE

L'ignorance contextuelle générale est le rejet de l'argument de la partie perdante par une référence au contexte général sans plus de précision.

¹³³² *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 84, 85. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 133, 253. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 216, 223, 226, 334.

¹³³³ *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 18, 29, 36.2. Voyez également *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 8, 12, 52, 75.2 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, § 92.

Après la décision du Parlement européen de dissoudre le Groupe technique des députées indépendantes en 1999 au motif qu'elles n'avaient pas d'affinités politiques, les députées concernées font valoir devant le Tribunal de Première Instance que cette décision est basée sur une interprétation erronée du concept d'« affinités politique » car, dans le passé, il y avait toute une série de groupes à vocation techniques : le « Groupe de coordination technique des groupes et des parlementaires indépendants » a été fondé en 1979, le « Groupe arc-en-ciel: Fédération de l'Alliance Verte-Alternative Européenne, d'Agalev-Écolo, du Mouvement Populaire danois contre l'Appartenance à la Communauté Européenne et de l'Alliance Libre Européenne au sein du Parlement Européen » a été fondé en 1984, le « Groupe technique de défense des groupes et des députés indépendants » a été fondé en 1987, le Groupe « Arc-en-ciel » a été créé en 1989, le Groupe « Europe des Nations » a été constitué en 1994. Les juges prennent la décision d'ignorer cet argument par une référence à un contexte général. Elles écrivent qu'il y avait « des éléments et du contexte propres » à chacun de ces groupes sans procéder à une analyse plus délibérée.¹³³⁴

80. L'IGNORANCE CONTEXTUELLE SPÉCIFIQUE

L'ignorance contextuelle spécifique est le rejet de l'argument de la partie perdante par une référence aux circonstances spécifiques dans le contexte d'un point problématique où ces circonstances ne sont pas liées directement à l'argument rejeté.

Par exemple, l'Irlande soumet une plainte contre le Royaume-Uni pour une violation de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer en ce qui concerne l'exploitation de l'usine nucléaire MOX qui se trouve au bord de la mer irlandaise et qui n'est pas protégée contre les risques liés au terrorisme devant le Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de cette Convention. Le gouvernement irlandais souligne que les risques liés au terrorisme dans l'exploitation d'une installation nucléaire ne sont pas couverts par le Traité sur l'Euratom et pour cette raison c'est bien le Tribunal arbitral qui est compétent et non la Cour européenne de justice, ce qui signifie que l'Irlande n'a pas violé son obligation de soumettre tous les différends liés au droit communautaire à Luxembourg. Les juges luxembourgeoises décident d'ignorer cet argument par

¹³³⁴ *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 83, 85. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 147, 165.

une référence au contexte spécifique qui n'est pas lié directement à l'argument ignoré. Elles répondent qu'une partie significative du différend porte sur l'interprétation ou l'application du droit communautaire : la violation de l'obligation de procéder à une évaluation adéquate des incidences environnementales, l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution de la mer, transferts internationaux de substances radioactives, manque de coopération du Royaume-Uni et, en particulier, au refus de partager certaines informations avec l'Irlande, telle la version complète du rapport PA sur la sécurité de MOX, qui oppose l'Irlande au Royaume-Uni. Donc, c'est d'abord la Cour de Luxembourg qui devait être saisie par l'Irlande.¹³³⁵

81. L'IGNORANCE SECONDAIRE JUSTIFIÉE PAR L'IGNORANCE PRIMAIRE

L'ignorance secondaire justifiée par l'ignorance primaire est l'ignorance de deux côtés des arguments de la partie perdante.

Dans *Audi*, la partie perdante avance que, premièrement, elle n'a pas été entendue par l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) et que, deuxièmement, pour cette raison, l'Office a commis une erreur d'appréciation en concluant que le signe « TDI » n'avait pas acquis un caractère distinctif et décrivait un service en général au lieu d'un service fourni par Audi. Les juges répondent que, premièrement, elles ne peuvent pas considérer s'il y a eu une erreur d'appréciation car le Tribunal de première instance ne peut pas réouvrir l'examen des faits après le recours devant l'Office. Deuxièmement, la violation du droit d'être entendu n'est pas un motif suffisant pour l'annulation de la décision d'Office car il n'y a pas de faits dans le dossier permettant de constater une erreur quant au fond.¹³³⁶

Dans *Mathieu-Mohin*, le dossier concerne le fait qu'un député représentant le Front démocratique francophone élu en Belgique à Halle-Vilvoorde perd le droit de siéger au Conseil flamand qui couvre cette localité si la personne élue prononce son serment en français. Dans ce cas cette personne est renvoyée vers le Conseil francophone qui ne couvre pas l'endroit où elle est élue. La

¹³³⁵ *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ, §§ 134, 135. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 199 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 128, 182, 183 ; *ibid.*, §§ 54, 65, 150, 156, 184.

¹³³⁶ *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 1, 8, 9, 19, 44, 45, 63, 69, 80, 94, 97. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 182, 184.

partie perdante insiste sur la violation du droit aux élections (article 3 du Protocole n° 1 de la Convention) et sur la discrimination linguistique (article 14 de la Convention). La Cour ne les considère pas ensemble. D'abord elle rejette l'argument sur le droit d'être élue et, ensuite, les arguments sur la discrimination tombent également car, d'un point de vue purement technique, ils ne peuvent pas être non-attachés à un autre droit. Par contre, si on analyse le droit d'être élue sous l'angle de l'interdiction de la discrimination linguistique, on peut arriver à une conclusion alternative.¹³³⁷

82. L'ESPRIT M'A DONNÉ DES RAISONS QUE JE NE PEUX PAS VOUS COMMUNIQUER

La technique juridique « l'esprit m'a donné des raisons que je ne peux pas vous communiquer » est la déclaration de la juge indiquant que la motivation peut être implicite.

Dans *SCK*, par exemple, la Cour dit que la Commission n'est pas obligée de répondre à chaque argument de la partie perdante. De plus, ce n'est pas la partie perdante qui décide quel élément de sa vision régulatrice est « essentiel ». Les esprits nous ont communiqué une raison, mais nous ne sommes pas en mesure de vous la communiquer.¹³³⁸

83. LA FAUTE DE ANCÊTRES

« La faute de ancêtres » est la déclaration judiciaire indiquant que le raisonnement de la partie perdante est rejeté puisqu'il trouve au fond une faute commise par la législature nationale.

Dans *Griesmar*, la question se pose de savoir si l'augmentation de la pension de retraite en fonction du nombre des enfants qui n'est applicable qu'à des ex-fonctionnaires féminines et non aux

¹³³⁷ *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 9267/81, CEDH, §§ 58, 59.

¹³³⁸ *SCK*, T-213/95, TPI, § 228 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 100, 103. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 372 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 214, 222.

hommes, est compatible avec l'égalité de traitement. Le gouvernement français explique, pour sa part, que cette bonification, représentant une discrimination positive, a été réservée aux fonctionnaires féminines afin de tenir compte d'une réalité sociale, c'est-à-dire les désavantages que ces fonctionnaires subissent dans l'évolution de leur carrière professionnelle du fait du rôle prépondérant qui leur est assigné dans l'éducation des enfants. Ladite bonification aurait donc pour objet de compenser les désavantages auxquels se heurtent dans leur vie professionnelle les fonctionnaires féminines qui ont eu des enfants, quand bien même elles n'auraient pas cessé de travailler pour les élever. La Cour de Luxembourg rejette ce raisonnement par une référence aux travaux préparatoires de 1924 où il est expliqué que cette mesure est destinée à faciliter le retour du fonctionnaire féminin à son foyer, afin qu'il soit mieux à même de veiller à l'éducation de ses enfants. Donc les ancêtres ont voulu discriminer les gens sur la base du sexe.¹³³⁹

84. LE BOUC ÉMISSAIRE

« Le bouc émissaire » est le rejet judiciaire du raisonnement de la partie perdante par transfert de responsabilité. Nous devons diviser cette technique en cinq variantes de point de vue de la destination du transfert et en deux variantes en fonction de l'existence de la possibilité de punir le récepteur de la responsabilité.



William Holman Hunt, *Le bouc émissaire*

I. Lumière : la destination du transfert de la responsabilité.

La destination du transfert de la responsabilité est l'identification du donneur et du récepteur de la responsabilité.

1) D'un État membre à un particulier.

¹³³⁹ *Griesmar*, C-336/99, CEJ, §§ 51, 55.

« D'un État membre à un particulier » est le transfert de la responsabilité pour une violation d'un État membre à un particulier.

Dans *SCK*, la société de certification des grues fait valoir qu'elle a imposé l'interdiction aux entreprises certifiées de louer des grues auprès d'entreprises non-certifiées en se soumettant à la législation néerlandaise. La loi des Pays-Bas dispose qu'une société de certification est responsable pour la qualité des services fournis au maître d'œuvre même dans la situation où une entreprise certifiée fait exécuter le travail par une sous-traitante. Donc, c'est l'Etat qui est responsable pour une telle pratique régulatrice. Le Tribunal de première instance décide de transférer la responsabilité de l'Etat à la société de certification en disant que cette obligation imposé par un organisme privé de certification à respecter la loi néerlandaise a consolidé et renforcé les barrières au commerce intracommunautaire résultant d'éventuelles disparités entre les législations nationales.¹³⁴⁰

2) D'un particulier à un autre partie.

« D'un particulier à un autre partie » est le transfert de la responsabilité pour violation d'un particulier à une autre partie liée à l'affaire d'une certaine manière.

Par exemple, dans *Kaufring*, on voit la situation où une entreprise a importé des téléviseurs en provenance de Turquie en tant que « turc », mais après on découvre qu'il y avait des composantes de pays tiers dans ces téléviseurs, ce qui signifie que l'importatrice ne pouvait pas profiter du régime douanier pour les marchandises turques. Elle devait payer un prélèvement compensateur pour les détails non-turcs. La Commission européenne soutient que l'importatrice est responsable pour cette violation de règles douanières, puisqu'elle devait se renseigner à propos de ces marchandises et des documents les accompagnant, mais le Tribunal de première instance décide de nommer la Commission elle-même de bouc émissaire, car, selon les juges, c'est exactement l'institution européenne qui devait contrôler les pratiques de l'administration turque en ce qui concerne l'imposition douanière des détaillés d'origine tierce.¹³⁴¹

¹³⁴⁰ *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 126, 127, 145, 147.

¹³⁴¹ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 256-270.

Par exemple, dans *Sari*, l'accusé fait valoir que la procédure pénale dans son cas a dépassé le délai raisonnable. Il reproche aux autorités danoises d'avoir laissé traîner la procédure pénale engagée au Danemark, malgré le fait qu'il a été arrêté et jugé en Turquie, et de n'avoir pas transmis le dossier de l'enquête dans son intégralité aux autorités turques. Il expose qu'elles ont mis quatre années environ avant de transférer le dossier aux autorités judiciaires turques. En considérant cette question, la Cour de Strasbourg déclare les turques boucs émissaires et conclut que les danoises ne pouvaient pas agir plus vite en raison du comportement des autorités turques.¹³⁴² Par contre, quand la question sur le comportement des autorités turques se pose, quand l'accusé dit que le délai raisonnable a été dépassé à cause des turques, la Cour proclame que ce sont les danoises qui sont les boucs émissaires.¹³⁴³ Autrement dit, en considérant la responsabilité danoise, les danoises ne sont pas coupables, car ce sont les turques qui ont violé le délai raisonnable, et en considérant la responsabilité turque, les turques ne sont pas coupables, car ce sont les danoises qui ont violé le délai raisonnable. Donc, les chamanes posent deux questions séparées et désignent deux boucs émissaires également distincts au sein de chaque question.

3) D'un particulier à un État membre.

« D'un particulier à un État membre » est le transfert de la responsabilité pour une violation d'un particulier à un État membre.

Dans *Kaufring*, la question se pose de savoir si une importatrice qui a importé des téléviseurs « turcs » dans la Communauté européenne qui ne pouvait pas être considérés comme « turcs » pour des fins douanières en raison de composants internes en provenance des pays tiers, doit être tenue responsable et payer un prélèvement pour ces composants. Le Tribunal de première instance décide de nommer les autorités turques, un Etat contractant de l'association CEE-Turquie, en tant que bouc émissaire et déclare que l'importatrice n'est pas responsable, car c'est aux autorités turques de vérifier les composantes de la marchandise à exporter vers la Communauté et de fournir des certificats d'origine auxquels l'importatrice peut faire confiance. Donc, l'argument que l'importatrice doit elle-même se renseigner à propos de ses marchandises est rejeté.¹³⁴⁴

¹³⁴² *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 54, 89, 92.

¹³⁴³ *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 54, 92, 93, 96. Voyez également *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 26, 33.

¹³⁴⁴ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 172, 183-185.

4) La sienne à un État membre.

« La sienne à un État membre » est le transfert de responsabilité pour une violation imputable à la juge vers un État membre.

Dans *Marshall*, le gouvernement britannique souligne que si la Cour de justice reconnaît l'effet direct horizontal d'une directive non-transposée pour les cas où une particulière attaque une entité publique qui a violé la directive en agissant en tant que employeuse privée, les juges introduiront une distinction arbitraire et injuste entre les droits des travailleuses engagées par l'Etat et celles engagées par une employeuse du secteur privé. La Cour de justice refuse de prendre la responsabilité et la renvoie vers l'Etat membre en affirmant que cette distinction pourrait être aisément évitée si l'Etat membre concerné avait transposé correctement la directive dans son droit national.¹³⁴⁵

5) D'un État membre chez soi.

« D'un État membre chez soi » est le transfert de la responsabilité pour une violation faite par un État membre à la juge.

Dans *Goodwin*, la transsexuelle dont l'identité féminine n'était pas reconnue par le Royaume-Uni exige que son gouvernement lui paie £ 38 200, soit la somme perdue en raison de l'impossibilité de prendre sa retraite à 60 ans comme toutes les autres femmes. La Cour des droits de l'homme décide de prendre la responsabilité sur soi et dit qu'en raison de sa jurisprudence antérieure, les autorités britanniques ont raisonnablement pensé que la CEDH ne couvre pas ce droit. Le fait que maintenant la Cour change sa jurisprudence, selon les juges, ne peut pas rendre l'Etat contractant responsable.¹³⁴⁶

¹³⁴⁵ *Marshall*, 152/84, CEJ, § 51.

¹³⁴⁶ *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 116, 119, 120.

II. Lumière : la possibilité de la punition du récepteur.

« La possibilité de la punition du récepteur » est la possibilité empirique d'imposer une sanction à l'encontre du récepteur de la responsabilité pour une violation du droit.

1) Existe.

« Existe » est la situation judiciaire où la sanction est imposée ou sera imposée au niveau empirique dans le cadre du procès judiciaire en l'espèce à l'encontre du récepteur de la responsabilité pour une violation du droit.

Par exemple, quand dans l'affaire *SCK* sur le bien-fondé de la décision de la Commission européenne d'imposer une amende pour violation des règles de concurrence à une société de certification des grues, cette société est déclarée un bouc émissaire, malgré la responsabilité de l'Etat membre, il faut constater l'existence réelle de la possibilité de la sanctionner.¹³⁴⁷

Egalement, dans l'affaire *Matthews* sur la non inclusion des gibraltariennes par les autorités britanniques à la liste des électrices du Parlement européen en vertu des accords du niveau européen, où la responsabilité est transférée du niveau européen au niveau national, il y a une possibilité de sanctionner le Royaume-Uni.¹³⁴⁸

2) N'existe pas.

« N'existe pas » est la situation judiciaire où la sanction n'est pas imposée et ne sera pas imposée au niveau empirique dans le cadre du procès judiciaire en l'espèce à l'encontre du récepteur de la responsabilité pour une violation du droit. La déclaration « vous êtes mauvais » ne peut pas être considérée comme une sanction au niveau empirique.

¹³⁴⁷ *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 126, 127, 145, 147. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 256, 257, 259, 269, 270. Voyez également *Marshall*, 152/84, CEJ, § 51.

¹³⁴⁸ *Matthews*, 24833/94, CEDH, §§ 26, 33.

Par exemple, dans *Kaufring* sur l'importation des téléviseurs turcs avec des composants des pays tiers en provenance de la Turquie en Europe sans s'acquitter du droit douanier pour ces composants, le Tribunal de première instance transfère la responsabilité pour cette violation de l'importatrice au gouvernement turc qui n'a pas observé de manière scrupuleuse l'origine des composants de ces téléviseurs. L'importatrice est dispensée de l'amende, mais le bouc émissaire ne sera pas sanctionné car il est impossible de le faire dans le cadre d'une telle procédure judiciaire à Luxembourg.¹³⁴⁹

De même, à *Sari*, il est impossible de punir le bouc émissaire. Ici, l'accusé a commis le crime au Danemark, puis s'est enfuit en Turquie où il a été jugé. Donc, on parle ici de transfert de juridiction et de dépassement du délai raisonnable de la procédure criminelle qu'il a causé. En considérant la question de savoir si le gouvernement danois est responsable pour ce délai, le gouvernement turc devient bouc émissaire.¹³⁵⁰ Mais en considérant la responsabilité des autorités turques, ce sont les danoises qui deviennent boucs émissaires.¹³⁵¹ Aucun bouc ne sera sanctionné, car les juges n'établissent pas de rapport entre ces 2 questions.

85. UN ARGUMENT PUREMENT PRATIQUE

« Un argument purement pratique » est un argument judiciaire ne faisant référence qu'aux considérations pratiques qui sont hors des formules procédurales ou normatives et hors de l'évaluation des circonstances factuelles sources du litige sur l'axe « le bien versus le mal ».

1) Trop de requêtes.

« Trop de requêtes » est la déclaration judiciaire indiquant que l'interprétation réclamée par la partie perdante doit être rejetée puisqu'elle bouleverserait le système judiciaire en raison d'un accroissement énorme des requêtes similaires.

¹³⁴⁹ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 172, 183-185.

¹³⁵⁰ *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 54, 89, 92.

¹³⁵¹ *Sari*, 21889/93, CEDH, §§ 54, 92-96. Voyez également *Goodwin*, 28957/95, CEDH, §§ 116, 119, 120.

Dans *Keck*, le problème consiste en ce que la législation française interdit la vente à perte qui est légale en Allemagne, ce qui enlève un mode de promotion des marchandises allemandes. L'entreprise Keck soutient que cette interdiction viole la liberté de la circulation des marchandises. La Cour de justice refuse de conclure en ce sens et invoque un argument d'ordre tout à fait pratique : trop d'opératrices économiques se basent sur cette liberté pour contester toute espèce de réglementation qui a pour effet de limiter leur liberté commerciale. Cet argument mène à la nécessité « de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière. »¹³⁵²

Dans *Broniowski*, la Cour reconnaît d'abord qu'elle n'a pas le pouvoir d'indiquer à un État contractant quelles mesures il doit prendre pour se conformer à la CEDH ; mais, conclue ensuite que le gouvernement polonais doit mettre en place un mécanisme effectif visant à mettre en œuvre le « droit à être crédité » des demandeuses concernées par ses biens abandonnés au-delà de la rivière Boug après le changement de frontières entre la Pologne et l'Union soviétique suite à la Seconde Guerre Mondiale. Cette conclusion est motivée par un argument purement pratique à savoir le grand nombre de personnes touchées par cette violation : il y a 167 requêtes déposées devant la Cour et encore 80 000 requêtes potentielles.¹³⁵³

1) Trop souvent observé, il faut donc solutionner.

« Trop souvent observé, il faut donc solutionner » est la déclaration judiciaire indiquant que le problème doit être solutionné car il est trop souvent observé.

Dans *Leitner*, la Cour de justice décide que les entreprises organisant les voyages touristiques au forfait doivent réparer non seulement les dommages corporels, mais aussi le préjudice moral même si, ni le contrat, ni la loi nationale ne le prévoit pas. Les juges nous donnent un argument d'ordre purement pratique pour justifier sa démarche vers cette conclusion : « des préjudices moraux sont souvent observés dans » le domaine des voyages au forfait.¹³⁵⁴

¹³⁵² *Keck*, C-267/91, CEJ, §§ 13, 14.

¹³⁵³ *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 190, 193, 194. Voyez également *Markt Intern*, 10572/83, CEDH, §§ 9, 11, 16, 18, 19.2, 20, 32.1, 33.

¹³⁵⁴ *Leitner*, C-168/00, CEJ, §§ 6, 10, 16, 21.

2) L'incertitude.

« L'incertitude » est la déclaration judiciaire indiquant que la jurisprudence est trop vague et contradictoire et qu'elle doit être modifiée pour cela.

Dans *Perez*, la Cour de Strasbourg constate que sa jurisprudence en matière de l'application de l'article 6, paragraphe 1, sur le procès équitable, de la CEDH, au procès civil, est « incertaine », ce qui rend l'examen « trop complexe », et que pour cette raison celle doit être révisée.¹³⁵⁵

SECTION 3. TECHNIQUES SECONDAIRES

86. LE DIEU EST BEAU

« Le Dieu est beau » est une déclaration faite par la juge sur la beauté générale du système juridique. Elle n'a pas de signification concrète intrinsèque, mais sert en tant que légitimation du discours produit par la suite.

Par exemple, dans *Yumak et Sadak I* la Cour de Strasbourg rejette la requête en disant que « l'importance des principes démocratiques qui sous-tendent l'interprétation et l'application de la Convention et les droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'État de droit ».¹³⁵⁶ Ou encore : « La démocratie représente un élément fondamental de l'ordre public européen. Cela ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et sur une conception et un respect communs des droits de l'homme, d'autre part. Le préambule

¹³⁵⁵ *Perez*, 47287/99, CEDH, §§ 47-51, 54-56. Voyez également *Pellegrin*, 28541/95, CEDH, §§ 14, 15, 20, 49, 57, 59, 60.1-3.

¹³⁵⁶ *Yumak & Sadak I*, 10226/03, CEDH, §§ 57, 58, 59. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, § 80.

affirme ensuite que les Etats européens ont en commun un patrimoine d'idéaux et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. Ce patrimoine commun est constitué par les valeurs sous-jacentes à la Convention ; la Cour a ainsi rappelé à plusieurs reprises que la Convention était effectivement destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique. »¹³⁵⁷

87. L'ESPRIT-DÉCORATION

« L'esprit-décoration » est l'invocation d'un concept qui n'a pas de sens concret intrinsèque mais qui sert à renforcer d'autres principes bien définis dans la lutte entre conceptions. Par exemple, le principe de la justice.

La différence de cette technique par rapport à la technique « le Dieu est beau » se définit par la base d'attachement. « Le Dieu est beau » est attaché au système juridique, au système du raisonnement ou, autrement dit, à la planète, tandis que l'esprit-décoration est attaché aux principes juridiques concrets.

Par exemple, dans l'affaire *Kaufring* la Cour de justice écrit que « le fait d'imposer à un importateur de bonne foi le paiement des droits dus pour une marchandise à l'égard de laquelle l'exportateur a commis une infraction douanière dans laquelle l'importateur n'a eu aucune part » est contraire aux principes de non-enrichissement aux dépens d'autrui, de proportionnalité, et de bonne foi. À ces trois principes les juges ajoutent encore deux esprits-décorations : le principe de justice et le principe de sécurité juridique.¹³⁵⁸

88. LA CRÉATION DU MONDE SPIRITUEL IDÉAL

¹³⁵⁷ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 98.

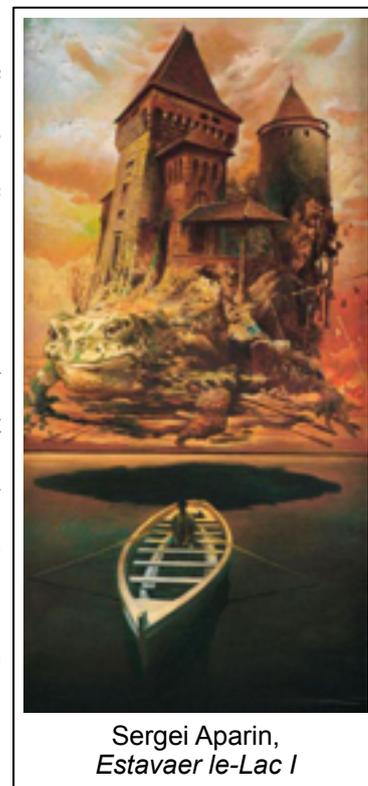
¹³⁵⁸ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 207, 225.

« La création du monde spirituel idéal » est la référence faite par la juge à un système juridique hiérarchiquement plus élevé, où les règles de ce système n'ont pas de base textuelle empirique et vérifiable.

1) L'ordre juridique international.

Nous définissons « l'ordre juridique international » comme un monde spirituel idéal et artificiel quand la juge fait référence à cet espace sans préciser ni un régime international particulier, ni un acte juridique concret.

Par exemple, le gouvernement allemand soutient que le droit à réparation des dommages causés par une violation du droit communautaire de la part de l'État ne peut être consacré que par la voie législative. Les juges décident de créer un monde spirituel idéal où un tel argument ne peut exister par définition. Elles nomment l'« ordre juridique international » un tel monde. Là, l'État est considéré dans son unité, que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif.¹³⁵⁹



Sergei Aparin,
Estavaer le-Lac I

2) L'ordre juridique européen.

Nous définissons « l'ordre juridique européen » comme un monde spirituel idéal et artificiel quand la juge fait une référence à cet espace sans préciser de disposition juridique concrète.

Par exemple, les chamanes strasbourgeoises créent le monde spirituel idéal de l'« ordre juridique européen » pour dire que la Convention européenne des droits de l'homme est un instrument de ce monde. Une telle conclusion renforce l'inévitabilité de l'obligation d'assurer les engagements entrepris par les hautes parties contractantes sur le territoire qu'elles contrôlent, ce qui englobe, en particulier, le territoire de la Chypre du Nord par la Turquie.¹³⁶⁰

¹³⁵⁹ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 34.

¹³⁶⁰ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 69, 78. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, § 80.

3) La société démocratique, l'ordre véritablement démocratique.

Nous définissons « la société démocratique » et « l'ordre véritablement démocratique » comme un monde spirituel idéal et artificiel quand la juge fait référence à cet espace sous la présomption que « la société démocratique » et « l'ordre véritablement démocratique » sont des entités monogènes, uniformes et facilement opérationnalisables.

Dans *Mamatkulov* le gouvernement turc affirme que la Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit pas le pouvoir qu'aurait la Cour de Strasbourg d'imposer à l'État des mesures intérimaires. Les chamanes répondent encore une fois par la création du monde spirituel idéal qui s'appelle cette fois la « société démocratique ». Donc le fait d'être un instrument des idéaux et des valeurs de la société démocratique de la part de la Convention, renforce l'argument que cette Convention prévoit effectivement l'imposition de mesures intérimaires obligatoires à exécuter malgré le manque d'expression textuelle explicite.¹³⁶¹

4) Les États démocratiques.

Nous définissons « les États démocratiques » comme un monde spirituel idéal et artificiel quand la juge fait référence à cet espace sans préciser de quels États et de quels actes juridiques elle parle exactement. L'Inde, est-elle incluse ?

Dans l'affaire *Guzzardi* il y a plusieurs esprits qui luttent pour savoir si le requérant a été privé de liberté par la mesure de supervision destinée à l'empêcher de communiquer avec d'autres suspects, membres de la mafia de Milan. Les esprits « pour » la constatation de la violation du droit à liberté sont les suivants : l'obligation de vivre durant 16 mois sur une petite île d'Asinara de 50 km² au total, dont environ 2,5 km² sont destinés à être habités (50 km² en total), sans pouvoir avoir de contacts sociaux, et avec une supervision permanente. Les esprits « contre » : il était libre de sortir n'importe où sur l'île de 7h00 à 22h00, il y avait beaucoup de circonscriptions italiennes dont la taille ne dépassait pas 2,5 km² ; sa femme et son enfant vivaient ensemble sur l'île et il profitait

¹³⁶¹ *Mamatkulov*, 46827/99, CEDH, §§ 97, 101. Voyez également *Podkolzina*, 46726/99, CEDH, §§ 34.1, 35.

donc pleinement du droit à la famille et à la vie privée, il y avait 200 autres personnes libres pour avoir des contacts sociaux, il pouvait écrire des lettres et télégrammes sans supervision, il pouvait appeler librement en informant la police de qui il appelait, il pouvait se déplacer en dehors de l'île après avoir obtenu une autorisation de police. Donc, la Cour décide de résoudre l'affaire « à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques », ce qui signifie le rejet du groupe des esprits « contre ». ¹³⁶²

89. FAIRE LE FEU

« Faire le feu » est une technique juridique employée pour l'introduction d'une autre technique interprétative en la renforçant et en la légitimant, exprimée par la formule verbale « à la lumière de... ». Je préfère de classer cette démarche judiciaire en tant que technique argumentative plutôt que comme une simple introduction sans sens particulier car elle fait la référence à la « lumière » et non aux « ténèbres ». De plus, « à la lumière » est une méthode verbale d'attachement d'importance juridique (spirituelle) à une disposition (à un esprit).

90. L'ESPRIT GARDIEN A DORMI

« L'esprit gardien a dormi » est la déclaration de la juge indiquant qu'elle commence à considérer la conformité d'un argument juridique de la partie perdante avec un principe juridique de deuxième degré malgré le fait qu'elle a un doute si elle est vraiment obligée de le faire, puisqu'il y a une condition préalable qui n'est probablement pas satisfaite par la partie perdante ou par son esprit. Comme l'esprit gardien du premier niveau a dormi, le coup le plus important à la partie perdante est fait par l'esprit du deuxième niveau.

¹³⁶² *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 90, 91, 92, 93, 95.1. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ IB10.2, IA4.2, IIA4.4, IIB7.9, IIB7.10.

Cette technique argumentative juridique est employée par la juge pour délégitimer l'argument de la partie perdante pendant la considération de sa compatibilité avec un principe de deuxième degré afin de légitimer son rejet sur la base de la précondition. Elle est créée également pour souligner la générosité, la justice, la sagesse de la juge et l'inévitabilité de son jugement. Mais peut-être il y a aussi d'autres raisons pour lesquelles elles utilisent cette méthode de raisonnement.

En même temps, l'utilisation de la technique « l'esprit gardien a dormi » doit être considérée comme une reconnaissance de la part de la juge que le rejet de l'argument de la partie perdante basé uniquement sur la précondition n'est pas convaincant.

Cette chaîne argumentative a deux branches : la précondition et le principe de deuxième degré. Sur la planète choisie par la chamane pour la lutte spirituelle, l'argument de la partie perdante, en principe, ne peut pas rencontrer l'esprit de deuxième degré sans satisfaire préalablement une précondition (le gardien, un esprit de premier degré).

Selon le rôle joué dans la chaîne, l'esprit de deuxième degré est l'argument principal de rejet de l'argument produit par la partie perdante. Tandis que la précondition ou l'esprit de premier degré joue plutôt un rôle renforçant.

Il faut distinguer sept variantes de cette technique dans la perspective créée par la raison du doute et treize variantes vues sous l'angle de la perspective créée par l'expression verbale et par le niveau de doute de la juge.

I. Lumière : la raison du doute.

La raison du doute est la nature de la précondition. Autrement dit, c'est la raison pour laquelle la juge doute que l'argument de la partie perdante puisse déjà entrer en conflit direct avec le principe de deuxième degré.

1) L'applicabilité d'une disposition.

La variante « l'applicabilité d'une disposition » est le doute de la juge quant à savoir si la disposition juridique invoquée par la partie perdante est applicable dans la situation factuelle en l'espèce.

Par exemple, dans *Hectors* le TPI rencontre la question de savoir si le Parlement européen devait donner une préférence à un travailleur féminin dans le procès du recrutement (deuxième niveau) ; mais il doute s'il doit le faire vraiment car l'article 141, paragraphe 4, TCE, (actuellement l'art. 157, TFUE) ne parle que de la discrimination positive de la part des États membres et non de la part des institutions européennes (première niveau, précondition).¹³⁶³

Dans le procès *Irlande c. Royaume-Uni* les chamanes concluent que pendant la crise de 1970 -1971 provoquée par le terrorisme de l'IRA en Irlande du Nord, les autorités britanniques pouvaient déroger dans le sens de l'article 15 de la Convention de son obligation à respecter le droit à un procès équitable (article 6) (2^e degré. Par contre, les chamanes préfèrent ne pas se prononcer sur la question de savoir si l'article 6 est applicable aux privations « extrajudiciaires » de liberté (1^e degré car pour déroger il faut avoir de quoi déroger).¹³⁶⁴

2) Sa compétence.

La variante « sa compétence » est le doute de la juge portant sur la question de savoir si elle possède vraiment la compétence pour considérer l'argument invoqué par la partie perdante.

Dans *Al-Adsani* la Cour de Strasbourg analyse les conditions de l'engagement de la responsabilité d'État étranger, le Koweït en particulier, pour les violations graves des droits de l'homme devant les cours étatsuniennes et britanniques (deuxième niveau) en se prononçant qu'il « semblerait » que pour la poursuite d'une telle responsabilité il faut avoir un amendement statutaire (première niveau, précondition).¹³⁶⁵

¹³⁶³ *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 126, 127. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, § 232.

¹³⁶⁴ *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 233, 235. Voyez également *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 88, 89.

¹³⁶⁵ *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, §§ 24, 64. Voyez également *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 395, 404, 405, 474.

Dans *Perez*, la CEDH dit d'abord qu'elle ne peut pas interpréter le droit national et elle s'interroge uniquement sur la question de savoir si la pratique de la Cour de cassation française est en accord avec la Convention (précondition). Elle conclut que la Cour de cassation a bien répondu à tous les arguments de la partie perdante auxquels il fallait répondre. Mais ensuite, les juges strasbourgeoises vont au deuxième niveau pour dire que les arguments de la partie perdante étaient manifestement non-fondés selon la perspective du droit français.¹³⁶⁶

3) L'esprit de la partie perdante est un sans-papier (un immigré clandestin).

La variante « l'esprit de la partie perdante est un sans-papier » est le doute de la juge portant sur la question de savoir si l'argument de la partie perdante est introduit dans le respect des exigences procédurales.

En considérant la question de savoir si le principe de la liberté d'établissement (l'article 43 du traité CE) s'oppose à ce qu'un État membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values en cas de transfert du domicile fiscal, le gouvernement néerlandais intervient avec l'argument que ce mécanisme est nécessaire pour garder la cohérence fiscale. La CEJ répond à cet argument, mais ajoute ensuite que cet argument n'a pas été invoqué par le gouvernement français et ne saurait être retenu (raison procédurale).¹³⁶⁷

Dans *WestLB* l'entreprise concernée fait valoir que la compétence de la Commission démissionnaire doit être limitée aux affaires courantes et se réfère à l'avis du service juridique de la Commission. Par conséquent, cette Commission n'avait pas le droit de prendre une décision sur le cas de cette entreprise. D'abord, la Cour répond que cette opinion ne peut pas être prise en considération puisque cet avis n'est pas obtenu régulièrement (précondition, premier niveau) et, ensuite, ajoute que cette avis n'apporte aucun aspect contraignant dans le contrôle de légalité par les juges luxembourgeoises (passage au deuxième niveau).¹³⁶⁸

¹³⁶⁶ *Perez*, 47287/99, CEDH, §§ 82, 83. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1.

¹³⁶⁷ *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 18, 19, 29, 42, 65-67. Voyez également *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 22, 44, 52, 53.

¹³⁶⁸ *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 80, 91, 92.

Dans l'affaire *Chypre c. Turquie* le gouvernement turc d'abord refuse de participer au procès judiciaire, manque tous les délais pour présenter sa position, mais après décide, néanmoins, de se défendre. Ankara soumet des raisons pour rejeter la requête chypriote : 1) défaut de sa juridiction et de sa responsabilité quant aux actes dénoncés ; 2) identité alléguée de la présente requête et de celles précédemment introduites par le gouvernement chypriote ; 3) abus allégué de procédure de la part du gouvernement chypriote ; 4) allégation relative à un compromis spécial entre les deux gouvernements en vue de régler le différend par d'autres procédures internationales ; 5) allégation de non-épuisement des recours internes de la part des personnes lésées et concernées par la requête ; et 6) allégation de non-respect du délai de six mois de la part du gouvernement chypriote. La CEDH répète que ces arguments peuvent être rejetés pour des raisons procédurales (dépassement des délais), mais elle trouve qu'il est approprié de les considérer.¹³⁶⁹

4) L'existence d'un esprit.

La variante « l'existence de l'esprit » est le doute de la juge portant sur la question de savoir si le principe juridique invoqué pour la défense de la partie perdante est vraiment reconnu, si ce principe existe ou si ce principe la défend vraiment.

Dans le procès *Audi* il est difficile de passer le premier niveau (la précondition) et de dire sans aucun doute si le droit d'être entendu a été violé par l'examinatrice de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) pendant l'enregistrement de la marque « TDI » ; le Tribunal de Première Instance passe directement au deuxième niveau en disant qu'une telle violation, seule, néanmoins, n'oblige pas à annuler la décision de cette examinatrice en absence de toute illégalité quant au fond.¹³⁷⁰

Dans *Vogt* la première question qui se pose est de savoir si une enseignante d'une école peut être considérée comme une fonctionnaire d'administration étatique, à laquelle, par conséquent, s'applique les restrictions quant aux activités politiques (la requérante est une ancienne candidate aux élections législatives du Parti communiste. Donc on doute qu'elle soit gouvernée par l'esprit de

¹³⁶⁹ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 56, 58. Voyez également *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 130 ; *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 67.3, 68.

¹³⁷⁰ *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 77, 80. Voyez également *SCK*, T-213/95, TPI, § 219 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128, 148 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 201, 208, 210, 213, 231, 263 ; *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 7, 28, 30, 31.

l'administration d'État. La CEDH décide de passer à la deuxième question : même si les enseignantes font partie de cette administration, est-ce que ces restrictions sont proportionnées au but poursuivi ?¹³⁷¹

5) L'existence des faits.

La variante « l'existence des faits » est le doute de la juge portant sur la question de savoir si les circonstances invoquées pour la défense de la partie perdante existent vraiment.

Par exemple, la partie perdante dit que les faits dans son affaire sont analogues aux faits des affaires précédentes, mais le montant de l'amende pour la violation des règles de concurrence est beaucoup plus élevé. Le TPI répond que même si c'est vrai que le montant de l'amende est plus élevé que d'habitude, la Commission a bien motivé comment elle arrive à ce montant.¹³⁷² Je soutiens qu'ici on affronte le doute sur l'existence du fait plutôt qu'un doute sur l'application d'un principe puisque le Tribunal tout simplement ne vérifie pas le fait empirique d'augmentation du montant de l'amende.

6) La douleur potentielle (les inconvénients qui pouvaient apparaître dans l'avenir.

La variante « la douleur potentielle » est le doute de la juge portant sur la question de savoir si potentiellement la partie perdante se trouvera vraiment dans une situation factuelle suffisamment inconfortable.

Par exemple, dans l'ordonnance *Microsoft*, le Président du Tribunal de première instance en traitant la demande de cette entreprise de ne pas exécuter les mesures imposées par la Commission européenne pour une violation des règles de concurrence jusqu'à la conclusion définitive du Tribunal, écrit que même si on suppose que cette exécution porte un risque d'atteinte grave à sa réputation (premier niveau), Microsoft n'aurait pas pour autant démontré qu'il existe des obstacles de nature structurelle ou juridique l'empêchant de mettre en œuvre les mesures de publicité qui lui

¹³⁷¹ *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 63, 64, 67, 68. Voyez également *ibid.*, §§ 47, 48.1 ; *F*, 11329/85, CEDH, § 39.

¹³⁷² *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 213, 220, 221. Voyez également *Kaufring*, T-186/97, TPI, § 161.

permettraient de rétablir sa réputation (deuxième niveau où la chamane analyse la douleur potentielle).¹³⁷³

7) L'importance de la partie perdante pour les esprits protecteurs.

La variante « l'importance de la partie perdante pour les esprits protecteurs » est le doute de la juge portant sur la question de savoir si les esprits protecteurs sont vraiment intéressés par la partie perdante. Dans cette variante, il n'y a pas de négation ni de l'existence des esprits protecteurs, ni de la compétence de ces derniers pour intervenir sous l'angle invoqué par la partie perdante, mais la juge souligne que les principes protecteurs doivent être appliqués dans les situations factuelles plus frappantes.

Dans *Heubach* l'entreprise est accusée de violation « très grave » des règles de concurrence. Elle essaie de se défendre en disant que son cas est différent de ce qui est normalement compris comme « très grave » et en donnant les exemples suivants : a) les quotas fixés par l'entente étaient uniquement établis au niveau européen, sans partager les quotas par pays ; b) l'accord sur les prix aurait joué un rôle secondaire et n'existait qu'au début de l'infraction ; c) il n'y avait pas de mécanisme de mise en œuvre ; d) il n'y avait qu'une seule attribution d'un seul client. Le Tribunal de première instance répond que, puisqu'il y avait les quotas au niveau européen et l'attribution de ce client, la Commission européenne a classifié à bon droit l'infraction de « très grave » (premier niveau : l'esprit évaluant la gravité ne veut pas s'occuper de vous), mais « il convient néanmoins d'examiner les prétendus aspects modérés » (passage au deuxième niveau).¹³⁷⁴

Dans *Pretty* la partie perdante dit que si la Cour de Strasbourg ne reconnaît pas le droit à mourir, elle placera les États permettant l'euthanasie en violation de la Convention (premier niveau, précondition). Les juges répondent que même si on conclut que le suicide autorisé dans un pays est en accord avec le droit à vie de l'article 2 de la Convention (premier niveau, précondition), ce que la Cour préfère ne pas considérer en l'espèce, cette conclusion n'aiderait pas la requérante car les

¹³⁷³ *Microsoft*, T-201/04 R du 22 12 2004, § 465. Voyez également *ibid.*, §§ 133, 256 ; *ibid.*, §§ 303, 305, 308, *ibid.*, § 319 ; *ibid.*, § 415, 417, 418 ; *ibid.*, § 343, 346, 454.

¹³⁷⁴ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 56, 57, 59, 67, 68, 70. Voyez également *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 158, 159.

situations sont « très différentes » (comparaison au deuxième niveau : cet esprit ne viendra pas pour vous protéger car vous voulez faire l'euthanasie dans l'État où ce n'est pas permis).¹³⁷⁵

II. Lumière : la formule verbale et le niveau du doute exprimé.

La perspective de la formule verbale et du niveau de doute exprimé est la formule verbale qui est employée pour l'introduction linguistique du doute et qui, de temps en temps, se trouve en relation définissable avec le niveau de ce doute. Il faut également remarquer que le niveau de doute n'est pas toujours lié à l'expression verbale.

1) « à supposer même que... » (*even on the assumption that*).

« À supposer même que... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité avec un principe de deuxième degré ou en général. Parfois elle exprime plus de doute que la formule verbale « même en admettant que... » car le mot « supposer » est plus hypothétique que le mot « admettre ».

Le doute qui s'introduit par « à supposer même que... » peut être renforcé en ajoutant « le seul fait que », ce qui donne « à supposer même que [la position de la partie perdante], le seul fait que [...] montre que cette position doit être rejetée ». Par exemple : « à supposer même que la décision de la Commission se base uniquement sur les dossiers factuels transmis par les autorités nationales, le seul fait que la Commission envisageait de s'écarter de la position des autorités nationales et de décider que la remise fiscale n'était pas justifiés, elle devait informer les requérantes des raisons à la base de ses considérations. »¹³⁷⁶

Les autres sous-variantes sont construites avec « ne saurait être » (à supposer même que ces traditions constitutionnelles communes s'appliquent, la disposition attaquée ne saurait être jugée

¹³⁷⁵ *Pretty*, 2346/02, CEDH, § 41.

¹³⁷⁶ *Kaufring*, T-186/97, TPI, § 161.

violant le droit¹³⁷⁷) ou « n'est pas » / « ne fait pas » (à supposer même que cette disposition s'applique, elle n'exige pas de faire ce que la partie perdante avance¹³⁷⁸).

La valeur de la position de la partie perdante peut être légèrement rehaussée en collant le mot « néanmoins »¹³⁷⁹ ou encore un peu plus haut par la formule « il convient d'observer »¹³⁸⁰

2) « même en admettant que... ».

« Même en admettant que... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge portant sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité au principe de deuxième degré ou bien en général. Parfois elle exprime moins de doute que la formule verbale « à supposer même que... » car le mot « supposer » exprime plus d'hypothèse que le mot « admettre ».

L'emploi est similaire à la formule « à supposer même que... », sauf qu'ici on retrouve, par exemple, la révérence empirique vers la partie perdante exprimée par la formule « il convient de souligner que », mais ces propos ne sont pas liés à « même en admettant que ».¹³⁸¹

3) « en principe ».

« En principe » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité avec un principe de deuxième degré. La formule peut être entourée par d'autres mots : « tel argument concerne des appréciations de fait, qui, en principe,

¹³⁷⁷ *Martinez*, T-222/99, TPI, § 232. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, §§ 415, 417, 418 ; *ibid.*, §§ 343, 346, 454.

¹³⁷⁸ *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 126, 127. Voyez également *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI, § 319 ; *ibid.*, § 465 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 213, 221 ; *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 395, 404, 405, 474 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, § 235.

¹³⁷⁹ *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 77, 80.

¹³⁸⁰ *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 7, 28, 30, 31.

¹³⁸¹ *Martinez*, T-222/99, TPI, § 232.

échappent au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi... ». ¹³⁸² « En principe » reflète moins de doute que « à supposer même que ».

4) « un argument qui par ailleurs n'a pas été invoqué... ».

« Un argument qui par ailleurs n'a pas été invoqué... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument pendant la considération de sa compatibilité avec le principe de deuxième degré. ¹³⁸³ Un argument peut ne pas être invoqué par la partie perdante, par exemple, dans un délais ou dans un document.

5) « ...[C]ar, à partir de cette date au moins, la nature subversive <...> fut évidente... »

« ...[C]ar, à partir de cette date au moins, la nature subversive <...> fut évidente... » est une formule verbale employée pour réintroduire le doute de la juge sur la conformité de la première partie de la période sous considération, à la précondition, formule techniquement basée sur la non-conformité de la deuxième partie de la période à cette même précondition.

La grande Chambre de la Cour de Strasbourg en soutenant la politique d'exclusion des minorités ethniques de la vie politique en Lettonie, en ce qui concerne particulièrement ces leaders ex-communistes, partage l'existence du Parti communiste letton en deux périodes : avant l'agression de l'armée soviétique contre le peuple lituanien à Vilnius le 13 janvier 1991, et après. Les juges écrivent qu' « à partir de cette date au moins, la nature subversive de ses activités [du Parti communiste letton] fut évidente. » Le « au moins » exprime le doute quant à la période précédant le 13 janvier et ce doute délégitime la période suivant ce jour. ¹³⁸⁴

¹³⁸² *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ, §§ 44, 22, 52, 53.

¹³⁸³ *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 19, 29, 42, 65-67.

¹³⁸⁴ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 130.

6) « même si... ».

« Même si... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité avec le principe de deuxième degré.¹³⁸⁵ Elle exprime plus de doute que la formule « si... ».

7) « si... ».

« Si... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité avec le principe de deuxième degré. Elle exprime moins de doute que la formule « même si... ».

8) « bien que l'article X permette de refuser... ».

« Bien que l'article X permette de refuser... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité avec le principe de deuxième degré. Cette formule exprime un doute très fort, mais l'argument de la partie perdante est autorisé à passer au deuxième niveau puisque il est « malgré tout approprié de l'étudier ». Par exemple, le gouvernement turc n'a pas présenté sa position juridique dans le délai prévu.¹³⁸⁶

9) « Il résulte que les arguments de la partie perdante sont erronés, mais il convient néanmoins de les examiner ».

¹³⁸⁵ *SCK*, T-213/95, TPI, § 219. Voyez également *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 63, 64, 67, 68, *Sporrong*, 7151/75, CEDH, §§ 67.3, 68 ; *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 30, 32, 73, 77, 96, 123-125 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, § 41 ; *ibid.*, §§ 88, 89 ; *ibid.*, §§ 133, 256 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 128, 148. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 201, 208, 210, 213, 216-221, 223, 224, 228, 231, 250-253, 262, 263 ; *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1.

¹³⁸⁶ *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 56, 58.

« Il résulte que les arguments de la partie perdante sont erronés, mais il convient néanmoins de les examiner » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité au principe de deuxième degré. Cette variante exprime le doute le plus fort. La Cour n'a pas encore examiné les arguments de la partie perdante, mais les a déjà déclaré non-fondés.

Par exemple, dans *Heubach* l'entreprise accusée de violation « très grave » des règles de concurrence demande à la Cour de faire attention aux aspects modérés de l'infraction en la comparant avec les affaires précédentes, mais la Cour fait la constatation que la Commission européenne a donné à juste titre la qualification « très grave ». Après l'avoir constaté, les chamanes disent qu'« il convient néanmoins d'examiner les prétendus aspects modérés ». Ces aspects sont les suivants : a) les quotas fixés par l'entente étaient uniquement établis au niveau européen, sans partager les marchés nationaux ; b) l'accord sur les prix aurait joué un rôle secondaire et n'existait qu'au début de l'infraction ; c) il n'y avait pas de mécanisme de mise en œuvre ; d) il n'y avait qu'une seule attribution d'un unique client. La victoire contre la partie perdante au premier niveau est achevée par la constatation qu'il y avait des quotas au niveau européen et l'attribution d'un client.¹³⁸⁷

10) « quoi qu'il en soit ».

« Quoi qu'il en soit... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument pendant la considération de sa compatibilité au principe de deuxième degré.¹³⁸⁸

11) « en tout état de cause ».

¹³⁸⁷ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 56, 57, 59, 67, 68, 70.

¹³⁸⁸ *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 25, 69,, 11329/85, CEDH, § 39.

« En tout état de cause... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité avec le principe de deuxième degré.¹³⁸⁹

12) « d'autre part ».

« D'autre part... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité au principe de deuxième degré.¹³⁹⁰

13) « à titre surabondant ».

« À titre surabondant... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la conformité de l'argument de la partie perdante à la précondition afin de délégitimer cet argument pendant la considération de sa compatibilité au principe de deuxième degré.¹³⁹¹

91. L'ESPRIT GARDIEN S'EST RÉVEILLÉ

« L'esprit gardien s'est réveillé » est la déclaration faite après une collision entre un argument de la partie perdante et un principe juridique de deuxième degré et qui indique qu'il y a encore une précondition (un principe de premier degré) méconnue par cet argument. Ici, le coup le plus important donné à la partie perdante est fait par l'esprit du premier niveau, par l'esprit gardien qui s'est réveillé.

¹³⁸⁹ *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 158, 159.

¹³⁹⁰ *Al-Adsani*, 35763/97, CEDH, §§ 24, 64.

¹³⁹¹ *Perez*, 47287/99, CEDH, §§ 82, 83.

Cette technique argumentative juridique est employée par la juge afin de délégitimer l'argument de la partie perdante après la considération de sa compatibilité au principe de deuxième degré et mieux légitimer son rejet à ce deuxième niveau en retournant à la considération de sa compatibilité à la précondition. Elle est créée également pour souligner l'impertinence, l'insolence, l'imprudence et l'irréflexion de la partie perdante.

En même temps, l'utilisation de la technique « l'esprit gardien s'est réveillé » doit être considérée comme une reconnaissance de la juge que le rejet de l'argument de la partie perdante basé uniquement sur le principe de deuxième degré n'est pas convaincant.

Cette chaîne argumentative a deux branches : le principe de deuxième degré et la précondition. Sur la planète choisie par la chamane pour la lutte spirituelle, l'argument de la partie perdante, en principe, ne peut rencontrer l'esprit de deuxième degré sans satisfaire préalablement une précondition (le gardien, un esprit de premier degré).

Selon le rôle joué dans la chaîne, l'esprit de deuxième degré est, en fait, l'argument renforçant le rejet de l'argument produit par la partie perdante. Tandis que, contrairement au rituel « l'esprit gardien a dormi », ici la précondition (le gardien ou l'esprit de de premier degré) joue le rôle principal.

Sur la base de notre recherche empirique, il faut distinguer plusieurs variantes de cette technique sous l'angle de la perspective créée par le domaine protégé par l'esprit gardien et sous l'angle de la perspective créée par l'expression verbale utilisée par la juge.

I. Lumière : le domaine protégé par l'esprit gardien.

Le domaine protégé par l'esprit gardien est la nature de la précondition. Un argument de la partie perdante doit la satisfaire avant un affrontement avec le principe de deuxième degré.

- 1) L'esprit de la partie perdante est un sans-papier (immigré clandestin).

La variante « l'esprit de la partie perdante est un sans-papier » est une déclaration indiquant que l'argument de la partie perdante doit être rejeté puisque sa conformité à la précondition n'est pas encore établie : il est invoqué en violation des règles procédurales.

Après la décision du Parlement européen de dissoudre le Groupe technique des députées indépendantes, ces députées vont en appel au Tribunal de première instance en faisant valoir que le principe d'égalité de traitement par rapport aux autres groupes est violé puisque les députées n'appartenant à aucun groupe perdent un certain nombre de privilèges et de possibilités d'agir en défendant leurs électeurs. Les chamanes répondent que ces différences de traitement doivent être objectivement justifiées car à l'inverse elles peuvent être jugées discriminatoires (deuxième niveau) ; or la partie perdante n'invoque cet argument qu'en visant les articles 29, paragraphe 1, et 30 du Règlement du PE qui portent sur l'établissement d'un groupe, et non les autres dispositions qui traitent des différences dans l'accomplissement des tâches parlementaires (première niveau).¹³⁹² Donc contrairement au rituel « l'esprit a dormi », la précondition ou l'esprit gardien du premier niveau porte le coup mortel pendant que la partie perdante essaie de lutter avec l'esprit du deuxième niveau.

Dans *Sheffield* la partie perdante poursuit la reconnaissance de la violation du droit au mariage violé, selon elle, par le gouvernement britannique qui refuse d'enregistrer son mariage la rapprochant avec un homme aux Pays-Bas en raison qu'elle n'est pas une femme génétique mais post-opérative. Elle soutient que pour cette raison elle ne peut pas retourner au Royaume-Uni. La Cour répond que la requête doit être rejetée puisqu'elle n'a pas apporté des preuves qu'elle envisage vraiment de transférer son domicile sous la juridiction britannique (premier niveau). Après avoir fait cette conclusion, la CEDH soulève le doute quant à l'affirmation que les cours anglaises refuseraient de reconnaître un mariage néerlandais (deuxième niveau).¹³⁹³

2) L'existence d'un esprit.

¹³⁹² *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 157, 158.

¹³⁹³ *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 25, 69.

La variante « l'existence d'un esprit » est une déclaration indiquant que l'argument de la partie perdante doit être rejeté puisque sa conformité à la précondition n'est pas encore établie : le principe sur lequel l'argument est basé n'existe pas.

Prenons l'affaire *Le Pen* concernant son expulsion du Parlement européen. La cour française l'a condamné et pour cette raison il perd le mandat de député européen. En considérant la législation européenne concernée, l'article 12 de l'acte de 1976 dispose: « 2. Lorsque la vacance résulte de l'application des dispositions nationales en vigueur dans un État membre, celui-ci en informe [le Parlement] qui en prend acte. », l'article 7 du règlement du Parlement prévoyait: « 4. La Commission compétente veille à ce que toute information pouvant affecter l'exercice du mandat d'un député au Parlement européen ou l'ordre de classement des remplaçants, soit communiquée sans délai au Parlement par les autorités des États membres ou de l'Union avec mention de la prise d'effet lorsqu'il s'agit d'une nomination. Lorsque les autorités compétentes des États membres entament une procédure susceptible d'aboutir à la déchéance du mandat d'un député, le Président leur demande d'être régulièrement informé de l'état de la procédure. Il en saisit la Commission compétente sur proposition de laquelle le Parlement peut se prononcer. » Le Pen met l'accent exactement sur le fait que les autorités nationales informent le Parlement qui n'agit que sur proposition de sa Commission. La position chamanique est qu'une fois que la vacance du siège de l'intéressé a été constatée par les autorités nationales compétentes, il ne reste plus au Parlement qu'à prendre acte de cette vacance (deuxième niveau). Ensuite, elles ajoutent qu'en tout état de cause, une disposition du règlement ne saurait, conformément au principe de hiérarchie des normes, permettre de déroger aux dispositions de l'acte de 1976 et conférer au PE des compétences plus étendues (précondition, premier niveau).¹³⁹⁴

3) L'existence des faits.

La variante « l'existence des faits » est une déclaration indiquant que l'argument de la partie perdante doit être rejeté puisque sa conformité à la précondition n'est pas encore établie : les faits invoqués en défense n'existent pas.

¹³⁹⁴ *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 10.2, 11.4, 93, *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 136, 139, 140.

Dans *Beard*, la CEDH traite le cas où les roms doivent partir de leur terre et construire leur maison ailleurs. Les chamanes reconnaissent que les coûts d'un autre site en comparaison avec les revenus des roms concernés sont pertinents (deuxième niveau), mais cette question doit être rejetée car les roms n'ont pas apporté les preuves de leurs revenus (premier niveau).¹³⁹⁵

- 4) La douleur actuelle (les inconvénients actuellement causés à la partie perdante.

La variante « la douleur actuelle » est le doute de la juge portant sur la question de savoir si actuellement la partie perdante se trouve vraiment dans une situation factuelle suffisamment inconfortable.

Dans *Sheffield* la Cour de Strasbourg d'abord dit que la requête doit être rejetée car elle ne s'agit pas du droit au mariage au Royaume-Uni protégé par la Convention, mais de la reconnaissance du mariage entre un femme post-opérative et un homme génétique effectué à l'étranger par le Royaume-Uni (deuxième degré) ; mais ensuite la Cour reconnaît son doute à propos de ce raisonnement et revient au premier niveau pour produire la conclusion définitive en disant que la partie perdante n'a pas apporté les preuves qu'elle veut vraiment vivre au Royaume-Uni.¹³⁹⁶ Donc sa douleur actuelle est mise en cause.

- 5) L'importance de la partie perdante pour les esprits protecteurs.

La variante « l'importance de la partie perdante pour les esprits protecteurs » est une déclaration indiquant que l'argument de la partie perdante doit être rejeté puisque sa conformité à la précondition n'est pas encore établie : les esprits protecteurs ne sont pas vraiment intéressés par la partie perdante. Dans cette variante, il n'y a pas de négation ni de l'existence des esprits protecteurs, ni de la compétence de ces derniers pour intervenir sous l'angle invoqué par la partie perdante, mais

¹³⁹⁵ *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 30, 32, 73, 77, 96, 123, 124, 125. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 113-115, 127, 133, 134. Voyez également *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 50, 52, 53.

¹³⁹⁶ *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 25, 69.

la juge souligne que les principes protecteurs doivent être appliqués dans des situations factuelles plus frappantes.

Dans *SCK* la question se pose de savoir quel pourcentage du marché néerlandais de la location de grues est contrôlé par le groupe des entreprises accusé de violation des règles de concurrence : 75 %, 51 % ou bien 40 %. D'abord, la Cour considère 75 % et 51 % et conclut que c'est plutôt 51 %, mais ensuite passe à 40 % et termine la question par l'affirmation que ce n'est pas important pour le destin de ces entreprises. N'importe quel de ces chiffres est « une partie importante ». Autrement dit, le principe ou l'esprit que la partie perdante a essayé d'inviter pour sa protection, ne s'occupe pas d'elle puisque pour cet esprit, c'est la même chose.¹³⁹⁷

II. Lumière : le niveau du rejet introduit par une formule verbale.

1) « toutefois ».

« Toutefois... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la nécessité de considérer la conformité de l'argument de la partie perdante au principe de deuxième degré puisque sa conformité avec la précondition n'est pas encore établie afin de délégitimer cet argument par la considération de sa compatibilité à cette précondition.

La déduction prend, par exemple, la forme « peut-être vous avez raison, mais toutefois vous n'avez pas fait quelque chose qu'il fallait faire ».¹³⁹⁸

2) « de surcroît » et « en outre ».

« De surcroît » ou « en outre » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la nécessité de considérer la conformité de l'argument de la partie perdante au principe de

¹³⁹⁷ *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 242, 249, *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 127, 128 ; *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 216, 223, 226, 333, 334 ; *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 57, 81-84.

¹³⁹⁸ *Martinez*, T-222/99, TPI, §§ 157, 158. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 216, 223, 333, 334.

deuxième degré puisque sa conformité à la précondition n'est pas encore établie afin de délégitimer cet argument par la considération de sa compatibilité à cette précondition.

Cette variante exprime moins de doute que la variante « toutefois » et elle sert plutôt du renforcement. Le « de surcroît » donne la structure suivant : « votre argument de deuxième degré est erroné, de surcroît nous ne sommes pas obligés de le discuter car vous n'avez pas satisfait une précondition ». ¹³⁹⁹

3) « d'autre part ».

« D'autre part... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la nécessité de considérer la conformité de l'argument de la partie perdante au principe de deuxième degré puisque sa conformité à la précondition n'est pas encore établie afin de délégitimer cet argument par la considération de sa compatibilité à cette précondition.

Cette variante exprime plus de doute que la variante « de surcroît ». Elle est caractérisé par ce que les argument des deux niveaux, la précondition et l'argument de deuxième degré, sont assez proches et les juges les considèrent comme deux « parts ». Je les classe en deux niveaux, mais vous pouvez les reclasser en donnant la priorité à d'autres aspects. Par exemple : « aucune disposition expresse ne prévoit que le Tribunal doit prendre une telle décision dans un certain délai. D'autre part, la partie perdante ne montre pas quel préjudice a-t-elle soutenu en raison de la procédure de cette durée. » ¹⁴⁰⁰

4) « quoi qu'il en soit... ».

« Quoi qu'il en soit... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la nécessité de considérer la conformité de l'argument de la partie perdante au principe de deuxième

¹³⁹⁹ *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 127, 128. Voyez également *WestLB*, T-228/99, TPI, §§ 80, 91, 92.

¹⁴⁰⁰ *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 50, 52, 53. Voyez également *Vögt*, 17851/91, CEDH, §§ 47, 48.1.

degré puisque sa conformité à la précondition n'est pas encore établie afin de délégitimer cet argument par la considération de sa compatibilité à cette précondition.

« Quoi qu'il en soit » implique plus de doute que « d'autre part » et « en outre », mais moins que « toutefois » (du moins, comme je le ressens).

5) « en tout état de cause... ».

« En tout état de cause... » est une formule verbale employée pour introduire le doute de la juge sur la nécessité de considérer la conformité de l'argument de la partie perdante au principe de deuxième degré puisque sa conformité avec la précondition n'est pas encore établie afin de délégitimer cet argument dans la considération de sa compatibilité à cette précondition.

À mon avis, « en tout état de cause... » se place entre « quoi qu'il en soit » et « toutefois ».¹⁴⁰¹

92. L'ESPRIT NE LE REMARQUERAIT PAS

« L'esprit ne le remarquerait pas » est la déclaration faite par la juge et indiquant que la partie perdante a dû violer une règle qui est valable et qui n'est pas déclarée illicite puisque la probabilité d'être punie était assez marginale.

L'article 2, paragraphe 5, des critères de reconnaissance adoptés par le Conseil de la certification des Pays-Bas dispose que l'organisation privée (comme Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf, la SCK) accordant la certification des grues est obligée de vérifier elle-même, dans le cas où un travail est exécuté par un sous-traitant, que les exigences de qualité de ces grues sont respectées. Autrement dit, l'esprit de la garantie de qualité des grues qui habite dans l'article 2, paragraphe 5, dit que si un maître d'ouvrage engage une société possédant un certificat de qualité délivré, par exemple, par la SCK où cette société a loué ses grues auprès d'un sous-traitant et, qu'ensuite, on

¹⁴⁰¹ Voyez *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 113-115, 133, 134, *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 57, 81, 82, 83, 84 ; *ibid.*, 92, 94, 127 ; *ibid.*, §§ 136, 139, 140 ; *Le Pen*, T-353/00, TPI, §§ 10.2, 11.4, 93 ; *SCK*, T-213/95, TPI, §§ 242, 249 ; *Perez*, 47287/99, CEDH, §§ 82, 83 ; *Sheffield*, 22985/93, CEDH, §§ 25, 69 ; *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ, §§ III.1, III.3, III.4, III.5, III.6, V.2.1, V.2.3-8, V.2.12-14, 27, 29, 30.

constate que ces grues ne sont pas de la qualité adéquate, la SCK sera responsable. La SCK affirme que c'est exactement l'une des raisons principales pour lesquelles elle a introduit l'interdiction, pour les sociétés possédant leur certificat de qualité, de louer les grues auprès d'entreprises sans certificat de qualité. Néanmoins, le Tribunal de Première Instance conclut que cette interdiction est une forme de restriction de la concurrence et rejette la justification par la soumission à l'esprit habitant dans l'article 2, paragraphe 5. Les juges écrivent que, puisqu'il n'y avait jamais de plaintes de la part des maîtres d'ouvrage, cette mesure de la SCK a été inutile.¹⁴⁰² Chamaniquement dit, l'esprit habitant dans l'article 2 ne remarquerait pas le non-respect de son ordonnance ou encore, le maître d'ouvrage qui pouvait potentiellement être protégé par cet esprit, ne le prierait pas.

93. CET ESPRIT N'EST QUE POUR NUIRE

« Cet esprit n'est que pour nuire » est la situation judiciaire où la juge déclare qu'en fait, le principe invoqué pour sa défense par la partie perdante ne peut être appliqué que dans le cas où la partie perdante le violerait.

La proportionnalité d'une amende pour une violation de règles communautaires doit être appréciée en fonction de la durée de l'infraction, du profit réalisé grâce à l'infraction, etc. L'entreprise condamnée dit qu'elle ne tirait absolument aucun profit des activités jugées anticoncurrentielles. Le Tribunal de première instance répond que l'esprit du profit ne peut que nuire à l'entreprise quand un tel profit gagné par une infraction existe, mais l'absence du profit ne fait pas obstacle à ce qu'une amende soit infligée.¹⁴⁰³

Quelques années après l'effondrement de l'Union soviétique, la Lettonie impose l'interdiction à vie à des anciennes militantes actives du Parti communiste de se présenter aux élections législatives. La leader du parti « Pour les droits de l'homme dans la Lettonie unifiée » qui souffre de cette interdiction dit devant la grande Chambre qu'elle n'a jamais été accusée pour des crimes liés aux activités du Parti communiste, puisqu'elle n'était pas parmi les 15 députées communistes expulsées

¹⁴⁰² SCK, T-213/95, TPI, §§ 126, 194.

¹⁴⁰³ Heubach, T-64/02, TPI, § 184. Voyez également Heubach, T-64/02, TPI, §§ 49, 92, 128, 182, 183 ; Heubach, T-64/02, TPI, §§ 141, 142, 145.

du Parlement letton. Mais les chamanes concluent que ces arguments ne diminuent pas la responsabilité de la personne concernée. La situation contraire augmenterait simplement la gravité de sa faute. Si les circonstances invoquées étaient contraires, le destin de cette femme serait plus sévère. Par contre, les chamanes ajoutent que le fait qu'il n'y avait que deux communistes persécutées est la preuve d'une « certaine souplesse » de la part des autorités lettonnes.¹⁴⁰⁴

94. L'OBSESSION PAR LES DÉMONS

« L'obsession par les démons » est l'ignorance du fait qu'il n'y pas de preuve factuelle indiscutable contre la partie perdante, basée sur quelque chose décrivant comment la partie perdante s'est laissée possédée par un démon, ce qui est souvent une référence à un contre-contexte, et parfois accompagnée d'un argument spécifique supplémentaire indiquant comment un être non obsédé agirait ».

Nous ne confondons pas cette technique avec l'ignorance contextuelle spécifique, dont nous parlerons en détails plus bas, afin de souligner l'importance de l'ignorance de l'absence des preuves factuelles indiscutables dans la pensée juridique en limitant le champ de l'ignorance contextuelle spécifique aux situations factuelles où une telle preuve existe.

Cette technique ne peut être assimilée à l'extraction d'un mouvement du contexte car ici le point problématique – ce n'est pas l'interprétation d'un mouvement mais l'importance d'absence de preuve factuelle indiscutable.

Les variantes de cette technique contenant un argument spécifique supplémentaire indiquant comment un être non obsédé agirait sont différentes de la variante « l'abus dans la constatation d'absence » de la technique « le renversement des circonstances à masquer l'ignorance » puisque là, le point problématique principal est l'ignorance de certains faits objectivement existants, alors qu'ici le point problématique principal est l'ignorance d'absence de preuves factuelles indiscutables.

¹⁴⁰⁴ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 129.

L'importance du point problématique au centre de la technique « l'obsession par les démons » explique également la distinction des variantes de cette technique contenant un argument spécifique supplémentaire par rapport à la variante « la précision de comment la partie perdante pouvait s'aider » du type « une tête du dragon dodécacéphale a été coupée » puisque le point problématique de cette dernière est consacrée à la légitimation de destruction d'un contre-principe autre que la présomption d'innocence.

L'ignorance d'absence de preuve factuelle indiscutable, l'absence de formules verbales caractéristiques pour l'abus d'évaluation spectrale et la présence occasionnelle d'un argument spécifique supplémentaire sont les facteurs pour lesquels nous construirons un mur entre l'obsession par les démons et l'abus d'évaluation spectrale.

1) La partie perdante n'a pas fait le signe de croix.

« La partie perdante n'a pas fait le signe de croix » est une variation du type « l'obsession par les démons » caractérisée par l'application de la présomption de faute soutenue par l'argument spécifique supplémentaire indiquant que la partie perdante devait faire un mouvement particulier pour éviter cette application.

Elle a dû « faire le signe de croix » selon le chamanisme chrétien ou elle a dû dire « Tchur – moi ! » selon le chamanisme slave pré-chrétien. Tchur est l'ancien esprit de la famille et de la propriété chez les anciennes slaves qui protège contre l'obsession si la personne prononce « Tchur – moi ! »¹⁴⁰⁵ et fait une croix avec l'index et le doigt du cœur de la même paume. Autrement dit, il faut utiliser les préservatifs spirituels.

Dans l'affaire sur l'entente dans le marché du ciment, les entreprises condamnées font valoir qu'en imposant l'amende, la Commission européenne n'a pas précisé la fraction de l'amende se rapportant à chaque infraction à laquelle il leur est reproché d'avoir pris part et n'a pas indiqué la responsabilité qui leur a été imputée dans les différents comportements. La Commission a aussi placé le Tribunal de première instance dans l'impossibilité de contrôler la légalité de l'amende.

¹⁴⁰⁵ Vasily Klyutchevsky. Курс русской истории. Лекция 8, publié en 1900, disponible sur <http://www.tuad.nsk.ru/~history/Author/Russ/K/KlyuchevskijVO/kurs/kllec08.htm>, 14 04 2010.

L'Italcementi affirme qu'elle n'a fait rien de plus qu'une simple participation aux réunions de l'organisation de son secteur économique et, par conséquent, l'amende est disproportionnée et se trouve en contradiction avec la gravité réelle du comportement de cette entreprise. De plus, la Commission ne saurait se prévaloir du caractère unique et continu de l'infraction : il y avait plusieurs ententes et accords anticoncurrentiels. Néanmoins, selon les juges, le fait que ces entreprises ont participé aux réunions où cette entente était discutée est suffisant pour l'application de l'amende telle que la Commission l'a faite. Autrement dit, cette participation aux réunions est le fait décrivant la façon dont la partie perdante s'est laissée posséder par le démon de la règle commune du respect des marchés internes. Les entreprises concernées ne pouvaient éviter l'obsession par le démon qu'en déclarant ouvertement et sans réserve pendant ces réunions qu'elles étaient contre cette entente.¹⁴⁰⁶ Autrement dit, elles devaient faire le signe de croix.

De même, dans *Ždanoka*, il n'y a pas de preuve factuelle que la politicienne lettonne qui est d'éthnicité russe a agi pour la destruction de l'État letton. Elle est accusée d'avoir été membre active du Parti communiste, mais ce parti n'était pas illégal. Pour éviter ces inconvenances, les chamanes strasbourgeoises trouvent le fait qui sert de preuve d'obsession par les démons : après les événements du 13 janvier 1991, quand les forces armées de l'Union soviétique tentaient de terminer la transition de la Lituanie vers l'indépendance, la nature subversive du Parti communiste est devenue évidente, mais la politicienne n'a pas quitté ce parti et a gardé la silence. Ce « silence » est l'absence du signe de croix.¹⁴⁰⁷

2) Le péché dans la pensée.

« Le péché dans la pensée » est une variante du type « l'obsession par les démons » caractérisée par l'application de la présomption de faute légitimée du point de vue de juge par une référence au fait décrivant comment la partie perdante s'est laissée posséder par un démon (au fait la liant et l'intégrant dans un contre-contexte) qui consiste en ce qu'elle pourrait penser de ce qui est considéré comme violation.

¹⁴⁰⁶ *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 4757, 4759, 4762. Voyez également *ibid.*, §§ 2889, 2891 ; *ibid.*, §§ 2905, 2908. Voyez également *ibid.*, § 1397 ; *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ 230, 249. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 93, 94, 111-113, 115.

¹⁴⁰⁷ *Ždanoka II*, 58278/00, CEDH, § 130 ; *ibid.*, §§ 21, 23, 77, 123, 124.

Dans l'affaire *Aalborg*, l'entreprise fait valoir qu'elle n'avait pas assisté aux réunions de l'entente anticoncurrentielle. La Cour européenne de justice répond que « lorsqu'il est établi qu'une entreprise connaissait les comportements infractionnels d'autres participants, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque, elle est également considérée comme responsable, pour toute la période de sa participation à l'infraction, des comportements mise en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction ». Donc ce que cette entreprise pourrait penser sur l'entente anticoncurrentielle est le fait la liant et l'intégrant dans le contexte d'infraction. Le péché dans la pensée est l'indication d'obsession par les démons.¹⁴⁰⁸

3) Une erreur d'interprétation par les tiers.

« Une erreur d'interprétation par les tiers » est une variante de la technique « l'obsession par les démons » caractérisée par l'application de la présomption de faute légitimée du point de vue de la juge par une référence au fait décrivant pour quelle raison la partie perdante peut être vue par les tiers comme possédée par un démon (au fait la liant et l'intégrant dans un contre-contexte), comme violant une règle juridique.

La Cour de justice rejette l'argument d'une entreprise sur son innocence dans le sens où elle a participé à une réunion de l'entente anticoncurrentielle sans, ensuite, exécuter ses décisions ou autrement contribuer au projet illicite. Le rejet est motivé par la référence à ce qu'elle ne se soit pas distanciée publiquement du contenu de la réunion et, par conséquent, qu'elle ait donné à penser aux autres participantes qu'elle souscrivait à son résultat et qu'elle s'y conformerait. Donc ce que les tiers pensaient lie cette entreprise au contexte de l'infraction et montre qu'elle était obsédée par les démons.¹⁴⁰⁹

¹⁴⁰⁸ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 328. Voyez également *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 59, 86 ; *ibid.*, §§ 59, 86, 89 ; *ibid.*, §§ 94, 126, 127 ; *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI, §§ 1122, 1125.

¹⁴⁰⁹ *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, § 82.

95. LA PERSONNE HONNÊTE A DIT

« La personne honnête a dit » est la technique d'interprétation juridique dans la situation où il y a au moins deux déclarations incompatibles et où la juge fait confiance à une de ces déclarations faite par une personne jugée tout simplement plus honnête.

Dans l'affaire *Heubach* sur une entente anticoncurrentielle une entreprise essaie de convaincre qu'il était « pratiquement impossible » de fixer le prix du phosphate de zinc dans les pays scandinaves, mais le Tribunal de première instance fait confiance à l'entreprise qui dit que c'était « difficile » puisque c'est cette dernière « qui a le plus coopéré avec la Commission » au décèlement de l'entente, ce qui signifie qu'elle est une personne honnête.¹⁴¹⁰

Dans l'affaire *Ilaşcu*, les autorités moldaves et russes soutiennent que le 6 juillet 1999 le Président de la République moldave de la Transnistrie non-reconnue par la Cour de Strasbourg a signé le décret n° 263 concernant le moratoire sur l'exécution de la peine de mort ; le 5 mai 2001 il a signé le décret n° 198 sur le pardon de M. Ilaşcu, politicien moldave accusé de terrorisme en Transnistrie et condamné à mort. Le même jour il a été transféré aux autorités moldaves. M. Ilaşcu soutient que, pendant le transfert, le ministre de la sécurité transnistrien a déclaré que la condamnation à la peine de mort restait en vigueur et serait exécuté s'il était de nouveau arrêté en Transnistrie. La Cour de Strasbourg fait confiance à la déclaration de M. Ilaşcu sans donner de raison et conclut que la condamnation à la peine de mort est toujours en vigueur. Probablement les juges font confiance à M. Ilaşcu car c'est une personne honnête, un député au Sénat roumain.¹⁴¹¹

96. L'ABUS DANS LA CONSTRUCTION DE BALANCE (D'ÉQUILIBRE)

« L'abus dans la construction de balance » est le renversement des circonstances en ajoutant que cette construction s'appelle la « balance ». Le mot « balance » est créé pour l'objectif de légitimation verbale. Il présuppose que la juge a pris en considération tous les éléments pertinents et

¹⁴¹⁰ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 93, 94, 116.

¹⁴¹¹ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 279-282, 407, 416.

n'a rien rejeté d'important. Mark Hoskins de Londres dans son étude tire la conclusion que l'approche de balance n'ajoute rien à la prévisibilité.¹⁴¹²

Nous constatons l'existence de deux variantes de cette technique.

1) La balance des intérêts.

« La balance des intérêts » est une variation de l'abus dans la construction de balance où les intérêts jouent le rôle des éléments à balancer.

Dans *Kaufring* où la Commission accuse l'importatrice des téléviseurs turcs de ne pas avoir déclaré que ceux-ci contenaient des composants en provenance de pays tiers et, par conséquent, l'accuse de ne pas payer les droits d'importation prévus pour l'importation en provenance d'autres pays que la Turquie, qui sont plus élevés. Le Tribunal de Première Instance répond qu'il faut « mettre réellement en balance » l'intérêt de la Communauté à s'assurer du respect des dispositions douanières d'une part et, l'intérêt de l'importatrice de bonne foi à ne pas supporter des préjudices dépassant le risque commercial ordinaire d'autre part. Cette balance débouche sur la conclusion que c'est la Commission européenne qui est coupable, car elle ne vérifiait pas de manière suffisante l'origine des marchandises importées. Par contre, la balance construite n'aboutit pas, selon les juges, à la conclusion que c'est l'importatrice qui ne vérifiait pas l'origine de ses téléviseurs.¹⁴¹³

Dans *Immobiliare Saffi* l'entreprise lutte contre les forces de l'ordre italiennes pour qu'elles expulsent son locataire en raison de l'expiration de son bail. L'expulsion par la police dans les cas ordinaires s'étend jusqu'à 4 ans, car il y a un manque énorme d'immobilité en Italie. De nombreuses expulsions auraient entraîné d'importantes tensions sociales et mettraient en danger l'ordre public. Selon la pratique régulatrice italienne une expulsion urgente n'est possible qu'au cas où la propriétaire veut habiter elle-même dans l'appartement à libérer ou bien le donner aux membres de sa famille, mais en l'espèce la propriétaire est une entreprise. Il n'est pas possible de forcer la police à exécuter l'expulsion plus rapidement par un recours devant la justice. La Cour de Strasbourg solutionne en disant qu'elle met les « impératifs de l'intérêt général » et les « impératifs

¹⁴¹² Mark Hoskins, "Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules", 21 *European Law Review* 363 (1996).

¹⁴¹³ *Kaufring*, T-186/97, TPI, §§ 207, 225. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 25, 133, 186, 187. Voyez également *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 131, 132.

(« *requirements* ») des droits fondamentaux de l'individu » en « juste équilibre » (« *fair balance* »), ce qui signifie la défaite pour l'approche sociale italienne.¹⁴¹⁴

2) La balance des faits.

« La balance des faits » est une variation de l'abus dans la construction de balance où les faits jouent le rôle des éléments à balancer.

Dans *Guzzardi*, on voit la lutte entre les esprits-circonstances pour résoudre la question de savoir s'il y avait une privation de liberté engendrée par des mesures de supervision du suspect en l'obligeant à vivre sur l'île d'Asinara. Les esprits-circonstances en faveur du statut de la privation sont les suivants : l'exiguïté extrême de la zone où il demeurerait confiné, la surveillance quasi permanente, son impossibilité quasi-complète de nouer des contacts sociaux, la durée de son séjour forcé à presque 16 mois. Les esprits-circonstances « contre » sont les suivants : un grand nombre de communes d'Italie ou d'ailleurs auraient une surface inférieure à 2,5 km² ; il pouvait sortir de chez lui et y rentrer à sa guise entre 7 et 22 h ; sa femme et son fils ont cohabité avec lui pendant quatorze des quelques seize mois qu'il a passés à l'Asinara: il aurait bénéficié de l'inviolabilité de son domicile et de l'intimité de sa vie familiale (droits que la Convention garantit uniquement aux hommes et femmes libres) ; il lui était loisible de rencontrer, dans le périmètre de sa localité, les membres de la communauté d'environ 200 femmes et hommes libres ; d'aller en Sardaigne ou sur le continent moyennant autorisation ; de correspondre par lettre ou télégramme sans aucun contrôle ; de téléphoner à condition de communiquer aux carabinieri le nom et le numéro de son interlocuteur. La Cour de Strasbourg décide de solutionner l'affaire par l'abus dans la construction de balance des faits et, « tout bien pesé », estime que ce cas se range dans la catégorie des privations de liberté.¹⁴¹⁵

¹⁴¹⁴ *Saffi*, 22774/93, CEDH, §§ 48, 49, 51-57. Voyez également *P.S.*, 33900/96, CEDH, §§ 18, 22, 29 ; *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 160, 161, 178, 182, 184, 186. Voyez également *Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH, §§ A1.3, A4.3, B.5 ; *ibid.*, §§ IIA4.4, IIB7.8, IIB7.9, IIB7.10. Voyez également *Beard*, 24882/94, CEDH, §§ 66 (article 5.2). 70-75, 77, 100 ; *ibid.*, §§ 12, 19, 46, 47, 73, 77, 113 ; *Pretty*, 2346/02, CEDH, §§ 26, 27, 46, 73, 74 ; *Pedersen*, 49017/99, CEDH, §§ 25, 38, 71, 72, 74, 75, 80, 84, 91 ; *Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH, §§ 45, 92, 98.3, 99.

¹⁴¹⁵ *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 90-93, 95.2-4.

97. L'ABUS DANS LA CONSTRUCTION D'ENSEMBLE DES FAITS

L'abus dans la construction d'ensemble est le renversement des circonstances en ajoutant que cette construction de faits s'appelle l' « ensemble ». Le mot « ensemble » est créé dans l'objectif de légitimation verbale. Il présuppose que la juge a pris en considération tous les éléments pertinents et n'a rien rejeté d'important.

Dans *Heubach*, l'entreprise condamnée pour une violation « très grave » des règles de concurrence par la Commission européenne soutient qu'une erreur d'appréciation a été commise. L'institution communautaire a confirmé dans sa pratique décisionnelle antérieure que les répercussions limitées sur le marché ainsi que l'absence d'application des accords anticoncurrentiels est une raison de qualifier l'infraction uniquement de grave et non de très grave. En revanche, en l'espèce, la Commission ne tient compte ni du fait que les accords en cause n'ont pas été mise en œuvre de façon scrupuleuse ni du fait qu'ils n'ont eu que des répercussions limitées sur le marché. Les prix imposés par Heubach étaient nettement inférieurs aux prix de référence fixés par l'entente. En effet, les prix de l'oxyde de zinc détermineraient de manière prépondérante les prix du phosphate de zinc, car ils constituent la composante essentielle des coûts de production. Le prix du zinc aurait subi de fortes fluctuations au cours de la période allant de 1990 à 2000. L'augmentation de ses prix en 1997 est liée à la forte augmentation du prix de l'oxyde de zinc et non au respect des prix de référence. Les entreprises concernées étaient obligées de maintenir les prix à un niveau peu élevé vu notamment le risque d'importations des pays tiers. Le Tribunal de première instance rejette ce raisonnement par l'abus dans la construction d'ensemble. Les juges disent que les effets à prendre en considération pour fixer le niveau général des amendes ne sont pas ceux résultant du comportement effectif d'une entreprise, mais ceux résultant de l' « ensemble » de l'infraction à laquelle elle a participé. Donc l' « ensemble » des effets produits par l'entente générale amène à la qualification de très grave et non de simplement grave.¹⁴¹⁶

¹⁴¹⁶ *Heubach*, T-64/02, TPI, §§ 92, 94, 127. Voyez également *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI, §§ 113-115, 133, 134 ; *Hectors*, T-181/01, TPI, §§ 131, 132.

Dans *Broniowski*, afin d'élargir la notion de « bien » pour qu'elle couvre des intérêts constituant des actifs et des « droits patrimoniaux », la Cour de Strasbourg dit qu'il faut examiner l'ensemble des circonstances pour déterminer si une personne possède des « biens ».¹⁴¹⁷

98. LES AUTRES CHAMANES FONT LA MÊME CHOSE

« Les autres chamanes font la même chose » est une technique de légitimation de la décision judiciaire par une référence à la pratique d'autres juges.

1) Un exemple d'une autre cour.

« Un exemple d'une autre cour » est une technique de légitimation de la décision judiciaire par une référence à la pratique d'autres cours qui ont pris une décision analogue et qui ne participent pas à la procédure judiciaire en l'espèce.

Par exemple, dans *Brasserie du Pêcheur*, la Cour de justice rejette l'argument du gouvernement allemand que le droit général à réparation pour les particuliers pour raison de violation du droit communautaire par un État membre ne pourrait être consacré que par voie législative et non par une Cour, au motif que dans un grand nombre de systèmes juridiques nationaux la reconnaissance d'un tel droit a été effectuée par voie judiciaire.¹⁴¹⁸

2) Une référence à la cour de renvoi.

« Une référence à la cour de renvoi » est une technique de légitimation de la décision judiciaire par référence à la pratique d'une cour de niveau inférieur qui a pris une décision analogue et qui participe à la procédure judiciaire en l'espèce.

¹⁴¹⁷ *Broniowski*, 31443/96, CEDH, §§ 129, 130, 140. Voyez également *McVicar*, 46311/99, CEDH, §§ 20, 33, 49, 51, 52, 54.2, 77. Voyez également *Ždanoka I*, 58278/00, CEDH, §§ 116-118. Voyez également *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 58, 63 ; *ibid.*, §§ 70, 71, 72.2 ; *ibid.*, §§ 90-93, 95.2, 95.3 ; *ibid.*, §§ 23, 42.1, 107 ; *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 278, 279.

¹⁴¹⁸ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 30.

La directive concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents dispose par son article 7, paragraphe 2, que tout État membre garde la faculté de prévoir que des charges se rapportant à la participation et des moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la société filiale ne sont pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère. Par conséquent, la loi néerlandaise respective ne prévoit pas non plus une telle déduction fiscale. La Commission européenne, les gouvernements néerlandais et britannique considèrent que cette situation est compatible avec la liberté d'établissement. Donc, pour mieux légitimer le rejet de leur position, la Cour de Luxembourg mentionne que c'est le Haut Conseil néerlandais qui, le premier, a soulevé la question de la pratique contraire à la liberté d'établissement.¹⁴¹⁹

Dans *Ilaşcu*, la Cour de Strasbourg se réfère à l'arrêt de la Cour suprême moldave par lequel cette dernière annule la décision de la Cour suprême de la République de Transnistrie, une juridiction d'un État qui a proclamé son indépendance mais qui n'a pas bénéficié d'une reconnaissance internationale, condamnant les politiciennes moldaves accusées de terrorisme, afin de renforcer son propre raisonnement en indiquant que la Cour suprême moldave a également reconnu l'illégalité et le caractère arbitraire des actions de l'entité connue sous le nom de la « Cour suprême de la République moldave de Transnistrie ».¹⁴²⁰

99. L'ESPRIT-ASSISTANT DE LA CHAMANE

« L'esprit-assistant de la chamane » est une personne respectée par la juge ; la référence à son opinion d'un côté, augmente la légitimité d'une décision judiciaire et, d'un autre côté, partage la responsabilité de la juge avec cette personne. Dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle est englobée par notre base des données empiriques, nous constatons l'existence de quatre variantes de cette technique.

¹⁴¹⁹ *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 7, 14, 17, 21, 27. Voyez également *Vogel*, C-35/02, CEJ, §§ 12, 13, 18, 23, 36, 37.

¹⁴²⁰ *Ilaşcu*, 48787/99, CEDH, §§ 212, 214, 276, 436, 437.

1) L'avocat général.

« L'avocat général » est la technique de légitimation d'une décision de la Cour européenne de justice par une référence à l'opinion de l'avocat général.¹⁴²¹ Autrement dit, la Cour dit « je le fais, car l'avocat général a écrit que c'est bien ».

2) La Commission européenne des droits de l'homme.

« La Commission européenne des droits de l'homme » est la technique de légitimation d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme par une référence à l'opinion de la Commission des droits de l'homme.¹⁴²² Autrement dit, la Cour dit « je le fais, car la Commission européenne des droits de l'homme a écrit que c'est bien ». Cette variante existait jusqu'à la réforme de la CEDH supprimant la Commission européenne des droits de l'homme en l'intégrant, en fait, au sein de la Cour de Strasbourg.

3) L'opinion séparée.

« L'opinion séparée » est la technique de légitimation d'une décision judiciaire par une référence à une opinion séparée d'un juge à cette cour ou à une autre cour. Autrement dit, la Cour dit « je le fais, car la juge-auteur de cette opinion séparée a voulu faire la même chose ».

Par exemple, dans l'affaire *Guzzardi*, la Cour de Strasbourg fait référence aux opinions séparées des juges Balladore Pallieri et Zekia afin de justifier la vision que les restrictions à l'article 5 sur le droit

¹⁴²¹ *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ, §§ 24, 34. Voyez également *Sürül*, C-262/96, CEJ, §§ 79, 87, 88, 90 ; *Audi*, T-16/02, CEJ, §§ 17, 36. Voyez également *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ, §§ 66, 81. Voyez également *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 21, 26, 27, 33, 47. Voyez également *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 24, 50, 54, 60 ; *ibid.*, §§ 32, 68. Voyez également *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ, §§ 28, 31. Voyez également *Bosal*, C-168/01, CEJ, §§ 18, 37-40. Voyez également *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ, §§ 3, 17, 26. Voyez également *Nunes*, C-186/98, CEJ, 8, 13 ; *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ, §§ 21, 26, 27, 33, 47. Voyez également *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ, §§ 128, 129 ; *Lechouritou*, C-292/05, CEJ, §§ 9, 27, 37, 40-43 ; *K.B.*, C-117/01, CEJ, §§ 20, 21, 22, 23, 30.

¹⁴²² *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 19.2, 65, 66, 70, 73.1, 73.3. Voyez également *ibid.*, §§ 65, 66, 80 ; *ibid.*, §§ 23, 42.1, 107 ; *Vogt*, 17851/91, CEDH, §§ 63, 64, 67, 68. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 59, 61 ; *ibid.*, §§ 83-85, 89, 86, 90 ; *ibid.*, §§ 325, 326. Voyez également *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH, §§ 110-113, 116, 140, 141, 143, 147, 156.1, 156.2, 157 ; *Drozd*, 12747/87, CEDH, §§ 46, 108, 110.1.

à la liberté de la CEDH doivent porter sur les cas individuels, concrets et spécifiques, mais sans pouvoir représenter une politique générale contre la mafia.¹⁴²³

4) Les théoriciennes du droit.

« Les théoriciennes du droit » est la technique de légitimation d'une décision judiciaire par une référence à un livre ou à un article d'une personne qui peut être considérée comme théoricienne du droit. Autrement dit, la Cour explique : « je le fais, car la théoricienne qui a écrit ce livre ou cet article donne son opinion scientifique qu'il faut faire comme ça ».

Par exemple, dans *Banković*, la Cour de Strasbourg se réfère à plusieurs théoriciennes (« The doctrine of Jurisdiction in International Law » de Mann, « International Law » de Oppenheim, « Problems et Process » de Higgins, etc.) pour légitimer sa décision que le contrôle de l'espace aérien de la Yougoslavie ne crée pas de « juridiction extraterritoriale » et que, par conséquent, les États contractants ne violent pas la CEDH quand ils bombardent la population civile.¹⁴²⁴

5) Les organismes consultatifs.

« Les organismes » est la technique de légitimation d'une décision judiciaire par une référence à une opinion, à un avis ou à une recommandation d'un organisme consultatif. Autrement dit, la Cour dit « je le fais, car cet organisme consultatif a donné son opinion scientifique qu'il faut faire comme ça ».

Par exemple, dans *Banković*, la Cour de Strasbourg se réfère à plusieurs organismes consultatifs (au rapport sur le traitement préférentiel des minorités nationales par leurs États d'origine de la Convention de Venise, etc.) pour légitimer sa décision à savoir que le contrôle de l'espace aérien de la Yougoslavie ne crée pas la « juridiction extraterritoriale » et que, par conséquent, les États contractants ne violent pas la CEDH quand ils bombardent la population civile.¹⁴²⁵

¹⁴²³ *Guzzardi*, 7367/76, CEDH, §§ 97, 98.1, 102.3. Voyez également *Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH, §§ 83-86, 89, 94, 95.

¹⁴²⁴ *Banković*, 52207/99, CEDH, §§ 59, 60.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, §§ 59, 60, 61.

LE CHAMANISME EN TANT QUE TECHNIQUE INDÉPENDANTE

Nous pouvons parler également de « chamanisme » en tant que méthode d'interprétation indépendante. Le « chamanisme » en tant qu'« insight » juridique. Ici, je n'ai pas d'exemples empiriques, mais je crois qu'il est utile de présenter cette méthode qui peut exister au moins au niveau hypothétique. Cette méthode a été proposée par le juge Boštjan Zupančič à la Cour de Strasbourg pendant une de nos conversations. Il est clair que les autres méthodes mènent à l'abus et à l'ignorance, à la réduction de la réalité sociale, à l'indécisionnabilité, mais peut-être peut-on penser à l'« insight ». Zupančič distingue le postmodernisme négatif et le postmodernisme positif. Ce négatif détruit l'ordre symbolique sans évaluer la valeur sociale de cet ordre et sans proposer par quoi doit-on le remplacer. Tandis que le postmodernisme positif ne détruit pas, mais met en lumière la diversité et cette indécisionnabilité. On ne peut pas dire empiriquement où l'on voit un insight chamanique de la part de juge, mais on peut penser à cet idéal sans savoir si on le touche ou où faut-il aller pour le toucher. La chamane fait son insight.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE : COMMENT SURVIVRE SUR LE MARCHÉ JURIDIQUE ?

Avant de continuer, je voudrais donner trois conseils empiriques pour pouvoir survivre sur le marché. Je suis votre ami. Je continuerai de vous aimer même si vous me dites que vous êtes le conservateur aux vues les plus étroites sur la planète, car vous avez probablement un cœur noble.

Premièrement, dites que vous êtes vraiment en désaccord avec tout ce que je viens de présenter. Utilisez n'importe quelle variante d'argumentation que j'ai décrite afin de fonder votre désaccord. Je vous recommande vivement l'abus de conséquences, l'abus téléologique ou bien la technique « je vois le cœur ». Si vous créez une nouvelle technique absente de ma classification, je l'y ajouterais. Il n'y aura pas de sursis. Je suis de votre côté. Cette dernière phrase s'appelle « le loup-garou » dans la variante « l'adversaire à un ami ».

Si vous arrêtez une jeune fille pour la draguer, ne dites jamais qu'elle est déjà la quinzième victime sur votre chemin aujourd'hui. Ne dites pas que vous utilisez toujours les mêmes formules verbales. Il ne faut pas l'informer que vos blagues sont un cliché de langage et que vous ne pouvez pas calculer depuis combien de fois vous les répétez. Ne dites surtout pas que vous la classez dans le groupe de beauté « Numéro 2 » sur votre agenda d'amour.

Deuxièmement, utilisez ces techniques car, sans doute, vos opposants le feront. Certainement, il est possible que vous pensiez que certaines techniques que je viens de décrire ne sont pas des techniques d'interprétation, mais des « erreurs ». Non, ce sont exactement des techniques d'interprétation. Quand la juge de dernière instance a déjà pris une décision, la critique perd le sens.
Finita la commedia !

Invitons encore une fois notre ami Pierre sur la scène. Bonjour, Pierre. Ça va ? Chaque jour Pierre drague des jeunes filles. La majorité des filles qu'il rencontre prennent des décisions suivant la logique de la poule. Que fera-t-il si une fille a un raisonnement de poule mais après une analyse

empirique physiologique il arrive à la conclusion qu'il veut vraiment coucher avec elle et qu'il n'a pas peur des bactéries qu'elle porte ?

Est-ce qu'il essaiera de faire une intervention chirurgicale afin de transformer cette poule en aigle ? Non, notre ami Pierre devient un coq lui-même. Aucune poule ne veut se métamorphoser en aigle, puisque chaque poule est fière d'être une poule. De plus, vous vous trompez si vous pensez que les aigles ont moins de bactéries. Croyez-moi, c'est bien observable au niveau empirique.

Troisièmement, dites que ce que vous faites est « bon ». Faites votre publicité pour promouvoir les ventes de votre marchandise.

UNIVERSITÉ DE PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

École doctorale de droit comparé
Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris - UMR de droit comparé

Thèse

En vue de l'obtention du grade de docteur en droit



Chamanisme de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme
(techniques d'interprétation dans les domaines de droit des affaires,
de droits de l'homme, de droit institutionnel), et sa publicité

Volume 2 : Publicité du chamanisme judiciaire

Stanislovas TOMAS

Chamanisme de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme (techniques d'interprétation dans les domaines de droit des affaires, de droits de l'homme, de droit institutionnel), et sa publicité.

| | |
|---|------------|
| TROISIÈME PARTIE : PUBLICITÉ COMMERCIALE DU CHAMANISME JUDICIAIRE | 4 |
| Introduction à la troisième partie..... | 4 |
| A) Publicité commerciale des techniques chamaniques (la philosophie du droit en tant que publicité) | 5 |
| B) Assortiment des marchandises en vente de John Finnis, de H.L.A. Hart et de Ronald Dworkin | 6 |
| B) Reconnaissance des pratiques chamaniques et de sa publicité dans les travaux de F/H/D | 11 |
| Titre 1. Trois grandes stratégies publicitaires dans la publicité de F/H/D | 20 |
| 1. La démonstration du bien-être général et indiscutable..... | 20 |
| 2. La démonstration d'une construction artificielle, mais présentée comme indiscutable | 33 |
| 3. L'hyperbolisation aspectuelle..... | 42 |
| Titre 2. 21 techniques publicitaires dans la publicité de F/H/D..... | 57 |
| 1. Britney Spears / l'invitation d'une personne intelligente, connue et respectée | 57 |
| 2. Chaque agricultrice / l'invitation d'une personne ordinaire | 81 |
| 3. « Toi aussi »..... | 115 |
| 4. La création du démon..... | 122 |
| 5. Une histoire de succès | 124 |
| 6. La personne malchanceuse | 131 |
| 7. La famille | 139 |
| 8. Le sexe..... | 147 |
| 9. « Le personnel de Coca Cola ne boit que du Pepsi »..... | 148 |
| 10. « Ceci est la réalité » | 153 |
| 11. Le réflexe de Pavlov..... | 164 |
| 12. Le langage sexy..... | 168 |
| 13. La mathématique..... | 171 |
| 14. La création du paradis | 173 |
| 15. La création de l'enfer | 183 |
| 16. La révolte spectaculaire | 186 |
| 17. Le tamponnement..... | 204 |
| 18. La modernisation | 207 |
| 19. L'idiotisation | 208 |
| 20. La substitution des titres | 209 |
| 21. Les questions rhétoriques | 209 |
| Titre 3. Autres campagnes publicitaires | 210 |
| Chapitre 1. Revue brève d'autres campagnes publicitaires du juridisme | 210 |
| Introduction | 210 |
| Droit naturel..... | 213 |
| Lumières..... | 220 |
| Utilitarisme | 223 |
| L'école historique allemande..... | 224 |
| Positivismes juridiques | 228 |
| Droit comme coutume | 233 |
| Le Social..... | 234 |
| Ludwig Wintgenstein | 240 |
| École du procès juridique..... | 240 |
| École des principes neutres | 242 |
| Réalisme moral..... | 243 |
| Théorie idéaliste du droit | 245 |
| Théorie des valeurs..... | 246 |
| Théorie de la Vérité..... | 246 |
| Théorie de la sincérité..... | 247 |
| Théorie du consensus et du compromis..... | 248 |

| | |
|--|------------|
| Constitution vivante | 250 |
| École des droits et des principes | 252 |
| Droit et économie | 262 |
| Pragmatisme juridique | 264 |
| Théorie de la moralisation..... | 269 |
| Déconstruction transcendantale | 270 |
| Romanticisme juridique | 270 |
| Théorie de l'hasard..... | 274 |
| La magie en tant que forme légitime de la rationalité juridique | 275 |
| Chapitre 2. L'assortiment des marchandises de l'écd ainsi que des vendeuses similaires. | 276 |
| Conclusion de la troisième partie | 288 |
| CONCLUSION | 290 |
| BIBLIOGRAPHIE | 304 |

TROISIÈME PARTIE : PUBLICITÉ COMMERCIALE DU CHAMANISME JUDICIAIRE

INTRODUCTION À LA TROISIÈME PARTIE

Le but de la troisième partie est d'explorer les techniques de construction de la philosophie du droit ou, encore une fois, le *comment-faire*, mais cette fois dans le domaine de la philosophie juridique. La différence de notre analyse par rapport à la littérature sur le domaine consiste en ce que nous adaptons la perspective publicitaire : ce que m'intéresse dans cette analyse, c'est comment la promotion de certaines visions juridiques (chamaniques) s'organise au niveau technologique ; et comment se construit également la publicité propre de votre chamanisme.

Nous nous sommes intéressées au discours qu'il faut produire pour promouvoir une vision juridique particulière, et à la manière dont il faut présenter cette vision afin d'attirer la consommatrice – la cliente, la juriste, la militante d'ONG, la politicienne, etc.

Nous avons choisi les travaux de John Finnis, de H. L. A. Hart et de Ronald Dworkin en tant qu'exemples de la philosophie du droit ou de la publicité commerciale du chamanisme judiciaire.

Nous allons reprendre la méthodologie de Jean Baudrillard consistant à analyser la perception probable d'affirmation publicitaire par la consommatrice.

On présente d'abord la marchandise au magasin de F/H/D – les conclusions juridiques et les techniques interprétatives qu'ils vendent – et, ensuite, on analyse la manière dont ils construisent l'argument philosophique ou publicitaire pour vendre leur conclusion ou leur technique de production des conclusions.

Après F/H/D nous aborderons d'autres créatrices de publicité juridique afin d'avoir une vision plus générale de la manière dont le sous-marché de la publicité juridique ou de la philosophie du droit fonctionnent, mais en ne présentant que très brièvement les autres campagnes publicitaires.

Nous terminerons cette partie par la présentation des marchandises des études critiques du droit ou, autrement dit, de ce que les crites veulent vendre – leurs visions de comment il faut organiser le fonctionnement des pratiques régulatrices.

A) PUBLICITÉ COMMERCIALE DES TECHNIQUES CHAMANIKES (LA PHILOSOPHIE DU DROIT EN TANT QUE PUBLICITÉ)

Le but principal de la philosophie du droit est de convaincre les praticiennes de commencer à utiliser certaines techniques d'interprétation juridique ou certaines conclusions juridiques et d'abandonner les autres au motif qu'elles sont incorrectes. Les techniques et les conclusions sont les marchandises sur le marché juridique. L'activité de promotion d'une certaine marchandise s'appelle la « publicité ». Pour cette raison, nous allons assimiler la philosophie du droit à la publicité des techniques et des conclusions juridiques (à la publicité du chamanisme judiciaire).

Pour notre recherche, nous avons choisi les travaux de Ronald Dworkin, H.L.A. Hart et John Finnis afin de comprendre en quoi consiste une publicité efficace au niveau empirique.

Chaque créateur de publicité crée la philosophie de son produit. Le créateur doit apprendre les techniques publicitaires pour présenter les valeurs et les principes sur lesquels est basée sa marchandise et pour réussir sur le marché. Comme le remarque Jean Baudrillard, la publicité est construite suivant la *logique du Père Noël*. **Ce n'est pas une logique** de l'énoncé et de la preuve, mais une logique de la fable et de l'adhésion.¹ Notre approche sera profondément empirique.

Dans cette partie de recherche, le langage juridique classique sera utilisée en parallèle avec le langage es créateurs de publicité. Ce dernier système linguistique est caractérisé par une plus grande vivacité puisqu'il est orienté vers le contact avec les gens. Les créateurs de publicité ont pour but de jouer avec les émotions et de les renforcer afin de les manipuler. Le marketing, contrairement à la science juridique classique, est une science extravertie. Une bonne publicité ainsi qu'un bon enseignement de la science publicitaire doit transmettre la connaissance de manière vive et inoubliable.

¹ *Ibid.*

Quelle est l'utilité de cette partie de notre recherche ? Elle décrit les détails qui composent une bonne philosophie du droit. Pour créer sa propre philosophie du droit (si l'on est productrice), ou pour savoir comment y résister (si l'on est consommatrice), il est nécessaire de connaître ces détails.

Il y a deux regards principaux sur la publicité : interne et externe. La vision interne du créateur de publicité analyse plutôt comment faire une bonne publicité au niveau technique. La vision externe sur le créateur de publicité s'attache plutôt à des thèmes plus généraux comme le rôle de la publicité dans la société, sa signification, etc.² Dans cette partie de recherche, je privilégierai largement le point de vue interne et aborderai plus tard la vision externe, lorsqu'il sera nécessaire de parler de la vision politique des écd.

La recherche empirique sur la publicité du chamanisme judiciaire a donné les résultats suivant : il y a trois grandes stratégies publicitaires qui contiennent 10 variantes. Il y a également 21 éléments-clés utilisés dans ces stratégies. Vus sous l'angle des 27 perspectives, ces 21 éléments-clés (ou techniques) peuvent être partagés en 132 variantes. Le nombre total des exemples empiriques s'élève à 4300, mais dans le présent rapport, je n'en discuterai que brièvement. Je ne décris que les techniques publicitaires que l'on trouve empiriquement dans les livres de John Finnis, H.L.A. Hart et Ronald Dworkin (« F/H/D ») selon la tradition des abréviations de Duncan Kennedy. Les autres créatrices de publicité ne seront touchées que de manière occasionnelle pour illustrer la globalité de la publicité du chamanisme.

B) ASSORTIMENT DES MARCHANDISES EN VENTE DE JOHN FINNIS, DE H.L.A. HART ET DE RONALD DWORKIN

Avant de passer à l'analyse empirique des techniques publicitaires dans les travaux de F/H/D, il faut décrire brièvement les marchandises qu'ils vendent. Il y a deux principaux types de marchandise sur le marché juridique : le produit (la conclusion régulatrice) et la technologie pour la production de ce

² A. Dontsov, A Ovcharenko, *Ekonomicheskie rezultaty reklamnoy vospriimchivosti*, Moscou : Eksmo Education, 2007, p. 588.

produit (la technique d'interprétation). C'est pour cela que nous allons employer ces deux perspectives dans notre analyse.

I. Le produit.

Le produit est la conclusion judiciaire sur le fonctionnement de la pratique régulatrice. Autrement dit, ce sont les visions politiques proposées par les trois écoles que nous analysons. Les conclusions avancées par Finnis, Hart et Dworkin peuvent être classifiées et reclassifiées suivant la manière dont la consommatrice concrète cherche sa marchandise et selon ses besoins.

1. **La vie.** Les conclusions juridiques en faveur de la vie humaine sont toujours bien commercialisables. De plus, Dworkin vend également la protection de la vie des animaux.³
2. **La famille.** Finnis vend les arguments en faveur d'une famille forte, sincère et protégée.⁴
3. **La formation.** Finnis écrit que l'enseignement des enfants est une forme fondamentale du bien,⁵ mais il est difficile de dire ce qu'il pense vraiment de la commercialisation des universités en France.
4. **La démocratie.** Les visions sur le fonctionnement de la démocratie sont toujours intéressantes. Hart par exemple, ne présente pas sa conclusion en tant que grand projet à suivre, mais donne une vision de la démocratie qui pousse la consommatrice de façon indirecte. Il y a trois choses principales à souligner dans cette vision positiviste. Premièrement, le peuple ne gouverne que pendant les élections ; selon lui, l'affirmation que les citoyennes sont souveraines aux autres dates est un mythe. Deuxièmement, les pouvoirs du peuple ainsi que des institutions étatiques sont limités par le droit. Troisièmement, il considère la révolution comme une sortie hors du droit.⁶
5. **La propriété.** En ce qui concerne les marchandises en matière de droit de propriété, Finnis vend une vision qui « *tend à retenir la croissance des inégalités de facto* ». ⁷ Ce principe est comme toujours vague, mais la consommatrice qui l'aime peut rejoindre l'école du droit naturel.

³ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, rééd., Oxford : Hart Publishing, 2007 (1986), pp. 425, 438.

⁴ John Finnis, *Natural Law et Natural Rights*, rééd., Oxford : Clarendon Press, 2001 (1980), p. 94.

⁵ *Ibid.* p. 94.

⁶ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994 (1961), pp. 73, 74.

⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 192. Voyez également p. 288.

6. **La sécurité sociale.** La question de la sécurité sociale est largement dispersée parmi les autres domaines de la pratique régulatrice, mais on trouve parfois des conclusions juridiques spécifiques pour ce problème. Par exemple, Finnis se réfère à l'histoire du roi David et du prophète Nathan qui symbolise la protection du bien-être relatif aux faibles contre les riches.⁸ Il désigne également l'objectif du plein emploi atteignable au moyen de l'investissement productif.⁹
7. **Le droit des sociétés commerciales.** Dans le domaine du droit des sociétés commerciales, Finnis glorifie la société commerciale comme un moyen d'assistance mutuelle plutôt qu'un projet purement économique. Il rejette clairement le mode de production communiste en tant qu'incompatible avec la rationalité pratique.¹⁰
8. **Le droit de banqueroute.** En considérant le droit de banqueroute, Finnis attaque Robert Nozick avec son capitalisme sauvage afin de garantir les intérêts de toutes les parties qui ont un droit sur la propriété de la société en banqueroute.¹¹
9. **Le droit des contrats.** La politique des contrats est toujours très controversée. Hart insiste sur ce que la personne est responsable de tout ce qu'elle a signé sauf si elle est un enfant ou un malade mental.¹²
10. **Le droit fiscal.** En ce qui concerne la politique fiscale, Finnis avance l'accès de tous les membres de la communauté à la croissance des biens par le moyen de mécanismes appropriés qui englobe entre autres la taxation redistributive.¹³
11. **Le droit pénal.** Dans le domaine de la politique pénale, Finnis est convaincu que les exigences du premier ordre comprennent des principes comme « pas de responsabilité pénale sans *mens rea* ». ¹⁴

⁸ *Ibid.* p. 107.

⁹ *Ibid.* p. 170. Voyez également pp. 172-174, 177, 192, 217,

¹⁰ *Ibid.* p. 169. Voyez également pp. 170, 172.

¹¹ *Ibid.* pp. 188-189. Voyez également p. 191.

¹² Hart, *Concept...*, *op. cit.*, p. 163, Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 182, 192, 288 ; Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 170. Voyez également pp. 187-188, 193.

¹⁴ *Ibid.* P. 288.

12. **Le droit procédural.** Dans la politique du droit procédural, Dworkin propose de maintenir les différences entre les procédures pénales et civiles jusqu'au moment où une telle distinction devient vague et artificielle selon l'opinion publique.¹⁵
13. **Le droit international.** En ce qui concerne la politique internationale, Hart joue à un rôle qui ressemble à celui de l'avocate du renforcement du pouvoir des institutions internationales comme les Nations Unies, notamment.¹⁶

II. La technologie.

La technologie est la technique d'interprétation de la pratique régulatrice employée afin d'arriver à une conclusion. Chaque créatrice de publicité commercialise sa propre technique qui peut être soit réelle (plus ou moins réelle, correspondant à ce qu'on a décrit dans la deuxième partie du présent travail), soit imaginaire (qui ne correspond pas à ce que les cours font). Maintenant, nous allons approcher les trois grandes techniques de l'iusnaturalisme, du positivisme et de l'intégrisme.

1. **L'iusnaturalisme.** John Finnis fait la publicité pour plusieurs techniques chamaniques parmi lesquelles le couronnement, le don des ailes, l'« esprit a choisi », le don d'épée de feu et la ranimation d'une idole de bois sont les plus importantes.

L'approche de Finnis est parfois appelée la théorie nouvelle du droit naturel. Il fait deux pas. Il veut associer sa technique au patrimoine spirituellement positif du droit naturel, mais en même temps, il veut moderniser cette marchandise. Le créateur de publicité remplace le concept de « droit naturel » et celui de « morale » par le concept de « rationalité pratique ». Il se réfère à Thomas d'Aquin qui a considéré que le mot « naturel » est spéculatif, ajouté aux conclusions obtenues suite à des réflexions métaphysiques. Autrement dit, Finnis souligne que sa technique est exactement la « rationalité pratique ».¹⁷ Un des exemples de la raison pratique est la création de sanctions qui motivent les gens à suivre les règles.¹⁸ Les règles doivent être basées sur la morale ou, ce qui

¹⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 252-253, in Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 225, 261, 268, 270-271, 287, 288.

¹⁶ Hart, *Concept...*, *op. cit.*, p. 217. Voyez également *ibid.* p. 226 ; Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 211, 212, 214.

¹⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸ *Ibid.* p. 7.

revient au même, sur la rationalité pratique.¹⁹ L'autorité même n'est justifiée que par le respect de la Primauté du Droit et des droits de l'Homme.²⁰

Les principes du droit naturel sont rassemblés en trois collections : 1) les principes fondamentaux pratiques qui indiquent les formes de base pour la prospérité humaine. 2) Les exigences fondamentales méthodologiques de la rationalité pratique qui donnent la possibilité de faire la distinction entre pensée pratique valable ou non. La conclusion raisonnable est l'affirmation faite après la considération de toutes les choses (en anglais *reasonable-all-things-considered*). 3) Les standards moraux généraux.²¹ Les principes de rationalité pratique sont bons, mais parfois appliqués faussement comme les principes mathématiques incompris dans les banques médiévales.²²

Finnis essaie de donner également la technique pour solutionner le problème de l'incommensurabilité des principes régulateurs. Il propose de traiter cette question par la préoccupation mutuelle de remédier aux différences.²³

2. Le positivisme. H.L.A. Hart fait la publicité pour plusieurs techniques chamaniques, mais particulièrement pour « cette idole est un bout de bois » et l'« esprit est trop loin ». Il appelle son approche le « positivisme tendre ». Sa technique reste toujours concentrée sur les textes formels, mais reste atténuée par l'ajout de cinq truismes en provenance du droit naturel. Le contenu minimal des principes iusnaturalistes dans la technique de Hart est déterminé comme suit : 1) la protection de la vulnérabilité humaine ; 2) l'égalité approximative ; 3) le principe de l'altruisme limité ; 4) le truisme des ressources limitées ; 5) la compréhension limitée et la force de la volonté.²⁴ Si nous allons plus loin, nous verrons encore plus de concessions au profit de l'iusnaturalisme dans la technique positiviste tendre.

¹⁹ *Ibid.* p. 14.

²⁰ *Ibid.* p. 23.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.* p. 24.

²³ *Ibid.* p. 15.

²⁴ Hart, *Concept..., op. cit.*, p. 192.

3. **L'intégrité.** Dworkin s'occupe également de la publicité pour plusieurs techniques chamaniques, mais les plus importantes sont « Notre Planète la Terre parle avec moi », la parade des esprits, l'abus dans la construction d'ensemble et la ranimation d'une idole du bois.

L'idée de base dans la technique de Dworkin est de rassembler le meilleur dans les autres techniques. L'intégrité est très similaire à la *reasonable-all-things-considered* de Finnis. La différence principale consiste peut-être en ce que l'intégrité est plus ouverte aux autres techniques que la rationalité pratique. Peut-être... Je ne sais pas ce qui se passerait au niveau empirique, mais cette question ne doit pas nous préoccuper. Ce qui est le plus important est de savoir comment ils organisent leurs travaux publicitaires.

B) RECONNAISSANCE DES PRATIQUES CHAMANQUES ET DE SA PUBLICITÉ DANS LES TRAVAUX DE F/H/D

La reconnaissance des pratiques chamaniques dans les travaux de Finnis, de Hart et de Dworkin doit être analysée dans deux perspectives : la reconnaissance des différents aspects qui composent le chamanisme judiciaire et la reconnaissance de certains éléments composant la publicité des pratiques chamaniques.

I. La reconnaissance du chamanisme judiciaire.

Le chamanisme judiciaire est le raisonnement judiciaire basé sur les règles et sur les principes juridiques (sur les esprits) et conduit en suivant certaines techniques d'interprétation (techniques chamaniques) avec des conditions où plusieurs conclusions judiciaires (chamaniques) sont possibles. Le fondement méthodologique du chamanisme judiciaire est constitué par des notions comme la diversité intellectuelle, l'ambiguïté, l'incommensurabilité, l'analyse des facteurs réalistes, l'affirmation que les juges sont des législatrices, l'affirmation que le droit est la politique, l'affirmation indiquant que la pensée juridique classique n'est pas empirique et le soulignement que le discours classique consiste en des idées artificielles (des esprits). Finalement, la pierre angulaire est la thèse ancienne des écd selon laquelle, dans la pensée juridique classique, le droit est une religion.

1. **La diversité intellectuelle.** La diversité intellectuelle est toute la gamme des approches juridiques (des méthodes chamaniques) destinée à la solution régulatrice des conflits.

Par exemple, Finnis écrit²⁵ que les régimes de la propriété sont très variables et d'habitude complexes car les exigences de la justice générale varient en fonction du temps, du territoire et d'autres circonstances différentes. Pour ces raisons, la question de la mise en point d'un modèle commun ou d'un cas pur acceptable pour toutes ou même pour la majorité des communautés politiques ne peut être résolue. En même temps, avec ce passage, Finnis fait un pas dans la bonne direction, mais trop limité quand même. Il parle de l'existence de « régimes » de la propriété privée comme si les régimes individuels et distingués étaient eux-mêmes bien définissables et cohérents. Il ne rejette pas l'idée qu'après une analyse des circonstances particulières effectuée par la juge, cette dernière peut arriver « raisonnablement » à la conclusion exigée par la « justice générale ». Il pense qu'il est possible de créer un régime cohérent au sein d'une communauté politique individuelle. La constatation réaliste qu'il fait n'est donc pas suffisamment approfondie.

Dworkin reconnaît que les gens sont divisés par leurs « projets, intérêts et convictions », mais accompagne cette constatation de l'image de la communauté unifiée que « nous voulons avoir » et l'image des gens que « nous voulons être ».²⁶

Hart reconnaît la diversité intellectuelle plutôt dans les règles morales qui varient d'une société à une autre ou au sein de la même société pendant des périodes différentes. Dans une société particulière, la femme doit se suicider après la mort de son époux, mais dans une autre, un suicide est considéré comme une infraction à la moralité commune. La diversité parmi les codes moraux s'explique par des besoins particuliers, par des superstitions ou par l'ignorance.²⁷

²⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 171. Voyez également *ibid.* pp. 215, 313, 358,

²⁶ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 413. Voyez également *ibid.* pp. 47.

²⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 171.

2. **L'ambiguïté.** L'ambiguïté est l'état d'un concept régulateur (d'un esprit chamanique) où ce qu'il signifie (ce qu'il dit) n'est pas clair ou précis.

Par exemple, la reconnaissance de l'existence de l'ambiguïté figure chez Hart dans le passage où il constate que l'« habitude générale d'obéissance » comme « beaucoup d'autres aspects du droit » est une notion « essentiellement vague et imprécise ». Par contre, il s'empresse tout de suite de limiter son pas vers le réalisme. Hart dit que l'« habitude générale d'obéissance » est exactement ce qui distingue le droit (pas de contact direct) de l'ordre de l'écorcheur (contact direct.²⁸ Autrement dit, premièrement, son analyse de l'« habitude générale d'obéissance » n'est pas suffisamment approfondie puisqu'il ne voit pas que la menace réelle de la sanction physique peut parfaitement exister sans un contact direct entre la personne qui menace et la personne qui obéit. Deuxièmement, en distinguant nettement le « droit » et l'« ordre de l'écorcheur », Hart méconnaît que le mot « droit » est également essentiellement vague et imprécis. Par conséquent, il ignore certaines formes de la pratique régulatrice comme le *gedoogd*, la solution sans appel aux autorités, le chamanisme juridique chaotique et le chamanisme judiciaire.

Les reconnaissances semblables du phénomène de l'ambiguïté se retrouvent chez Finnis qui, par exemple, dit que la phrase « degré de validité » du droit naturel employée par Grotius est ambiguë.²⁹

Au contraire, Dworkin essaie d'éviter une telle constatation conclusive à tout prix.

3. **L'incommensurabilité.** L'incommensurabilité est l'état où nous sommes dans l'incapacité de comparer au moins deux principes régulateurs afin d'introduire une hiérarchie objective entre eux.

Dworkin reconnaît l'existence de telles situations où comme il écrit : « *A musician plays rock music when his neighbour is trying to study algebra. A poet thunders his Moserati along country lanes where people walk. A builder digs out foundations on his own site and*

²⁸ *Ibid.* p. 23 et 24. Voyez également *ibid.* pp. 118, 122 et 123. Voyez également 2 exemples sur h131, 132 et 133, 166, 166 et 167, 171.

²⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 43. Voyez également *ibid.* pp. 47, 135, 148, 154, 177, 198, 198 et 199, 213, 214, 215, 245, 308, 362, 397.

accidentally cuts an underground power line running to someone else's factory some distance away. » Dworkin comprend que le test de la rationalité n'aide pas lors de l'affrontement d'intérêts incommensurables et invoque même cet argument pour lutter contre l'école de l'analyse économique du droit. Mais malgré cette constatation, il pense que le problème de l'incommensurabilité peut être résolu soit par l'introduction du critère de la pression, soit par l'interprétation intégrale. Dans l'affaire du musicien de rock contre l'étudiant d'algèbre, le critère de la pression signifie, par exemple, que si l'étudiant a un examen le lendemain, le musicien doit lui donner la possibilité d'étudier en silence.³⁰ Mais qu'est-ce qui arrive si les deux sont pressés ou si aucun n'est pressé, ou bien si la pression de l'étudiant est uniquement due à lui-même ? L'interprétation intégrale ne donne pas de réponse non plus puisqu'il y aura toujours plusieurs solutions intégrales.

Une telle reconnaissance partielle est également présente dans les travaux de Finnis. Il attaque les conséquentialistes en soulignant l'incommensurabilité et le caractère nécessairement arbitraire du « pesage » des conséquences.³¹

4. **L'indétermination.** L'indétermination régulatrice est l'absence de direction autoritaire pour l'introduction d'une hiérarchie entre au moins deux principes régulateurs contradictoires.

Par exemple, Finnis reconnaît que les différences dans la description de la pratique régulatrice sont enracinées dans la diversité des attitudes vis-à-vis de ce qui est « important » et « signifiant ». Il insiste néanmoins sur l'hypothèse que la rationalité pratique puisse servir d'une telle direction autoritaire.³²

Dworkin reconnaît que la différence entre la fierté et la ruine peut dépendre d'un seul argument qui pourrait ne pas frapper aussi vigoureusement une autre juge ou même la même

³⁰ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 281.

³¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 119. Voyez également *ibid.* pp. 95, 112, 113, 114, 119, 120, 122, 219, 338.

³² *Ibid.* p. 9. Voyez également *ibid.* pp. 148, 171, 190, 219, 269, 279, 359.

juge mais un autre jour. Néanmoins, il croit que cette indétermination peut être surmontée par l'approche d'intégrité qu'il vend.³³

Hart reconnaît que souvent les termes généraux peuvent être liés de manières très différentes : par analogie (« pied » d'une femme et « pied » de la montagne), par relation à l'élément central (si on prend un homme « sain » comme élément central, la complexion « saine » est un signe de l'homme sain et les exercices « sains » du matin sont une cause), par un principe unifiant (« chemins de fer » peuvent signifier un train, les rails, une gare, un transporteur ou la compagnie).³⁴

5. **Les facteurs réalistes.** Les facteurs réalistes sont les facteurs autres que ceux mentionnés dans l'arrêt judiciaire, mais qui ont influencé la pensée des juges. Par exemples, les convictions politiques, l'expérience personnelle, les sentiments individuels, les émotions, les capacités intellectuelles, etc. Je préfère employer le mot « réalistes » au lieu du mot « extra-juridiques » comme le font certains auteurs car dans les conditions de l'inconnaissabilité, n'importe quel argument que considéré à un moment comme « non juridique » peut devenir demain « juridique ».

Dworkin reconnaît clairement le poids des facteurs réalistes qu'il intitule la « politique pratique de la décision judiciaire », mais il fait le choix de ne discuter que de ce qui est exigé par l'interprétation intégrale.³⁵ Le problème se pose en raison de son refus de voir le lien entre la politique pratique de la décision judiciaire et la manipulabilité de la technique d'intégrité.

Finnis est également au courant de l'influence des facteurs réalistes. Il dit que les théoriciennes du droit pénal pur qui se mettent en désaccord sur la question de savoir si les législatrices adressent les règles aux citoyennes ou aux fonctionnaires, font « commerce en fiction ». Peu de législatrices ont une volonté quelconque de faire la différence entre un

³³ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 1. Voyez également *ibid.* pp. 3, 115, 45, 55, 2 exemples sur p. 63, pp. 70 et 71, 72, 74, 122 et 123, 143, 229-231, 235 et 236, 237, 238, 239, 259, 318 et 319, 320, 321-324, 326,

³⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 16. Voyez également *ibid.* pp. 45, 87, 102 et 103, 123, 126, 127, 128, 129, 132, 134 et 135, 136, 137, 258 et 259, 272, 273 et 274, 274.

³⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 12. Voyez également *ibid.* pp. 358, 375, 399.

comportement juridiquement obligatoire et un comportement assujéti à une sanction, et parmi celles-ci, peu nombreuses sont celles qui considèrent les implications morales.³⁶

Hart admet que le droit positif n'est qu'une fiction s'il ne correspond pas à la réalité. Si le gouvernement britannique refuse de reconnaître le droit de l'Union soviétique et ne considère que le droit de l'Empire russe, cette démarche n'affectera en rien la situation factuelle en Russie.³⁷

6. **La juge est une législatrice.** La phrase « la juge est une législatrice » résume la situation où la juge fait un choix de manière tout à fait indépendante entre plusieurs principes régulateurs contradictoires.

L'existence de ce phénomène est bien reconnue par F/H/D. Par exemple, Hart écrit qu'il peut être considéré que la coutume ne devient le droit qu'après le passage du test de la « rationalité » devant la cour.³⁸

Finnis dit que, par convenance, dans ses travaux, le concept de « législatrice » couvre la juge qui comme dans le droit commun possède le « rôle créatif ».³⁹

Dworkin écrit qu'au Royaume-Uni et en Amérique les décisions judiciaires affectent un grand nombre de gens en dehors d'un procès particulier puisque « le droit souvent devient ce que les juges disent qu'il est ».⁴⁰

7. **Le droit est la politique.** La phrase « le droit est la politique » résume la considération que les principes régulateurs contradictoires, parmi lesquels le juge fait un choix de manière tout à fait indépendante, représentent les valeurs politiques contradictoires.

³⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 331. Voyez également *ibid.* pp. 3, 94, 171, 251.

³⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 119 et 120. Voyez également *ibid.* pp. 39, 77 et 78, 166 et 167.

³⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 47. Voyez également *ibid.* pp. 132, 132-133, 134 et 135, 272, 273 et 274, 274.

³⁹ *Ibid.* p. 286. Voyez également *ibid.* pp. 290.

⁴⁰ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 2.

Par exemple, Dworkin reconnaît que les juges peuvent « mentir » afin d'arriver à la conclusion qu'elles préfèrent au niveau politique.⁴¹ Toutefois, cette reconnaissance est handicapée pour deux raisons. Premièrement, il donne une image du juge qui « ment » pour des objectifs politiques vraiment honorables comme, par exemple, l'abolition de l'esclavage. En réalité, il y a beaucoup plus de politique sale ou tout au moins controversée. Deuxièmement, il emploie le mot « mentir » comme s'il n'existait que la facticité régulatrice.

Finnis dit que la jurisprudence qui aspire à être plus qu'une lexicographie d'une culture particulière ne peut pas résoudre les problèmes de définition sauf si elle considère, au moins brièvement, les valeurs et les principes de la rationalité pratique qui sont des sujets de l'« éthique » ou de la « philosophie politique ».⁴²

8. **L'analyse non-empirique.** L'analyse non-empirique est l'accusation traditionnelle prononcée par les réalistes et les postmodernistes à l'égard de la philosophie juridique.

Cette charge est reconnue par Finnis dans le passage où il écrit que certains concepts du droit naturel ne peuvent être vérifiés dans l'expérience. Bien évidemment, cette constatation est nuancée par trois lignes de défense. Autrement dit, Finnis ne pense pas que c'est « mauvais ». Premièrement, le but de ces concepts invérifiables dans l'expérience est de saisir « les formes fondamentales du bien ». Deuxièmement, ces concepts invérifiables dans l'expérience sont basés sur les données, sur les désirs et sur les inclinations qu'on trouve quand même dans l'expérience. Troisièmement, ce n'est pas seulement le droit naturel, mais toute la connaissance qui emploie des concepts invérifiables.⁴³

9. **L'idée artificielle.** L'idée artificielle est un concept invérifiable qui va même à l'encontre des données empiriques et qui sert de paravent pour cacher une partie de la réalité. Le chamanisme judiciaire ainsi que sa publicité sont bourrés d'idées artificielles.

⁴¹ *Ibid.* p. 219. Voyez également *ibid.* pp. 259 et 260, 399.

⁴² Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 358.

⁴³ *Ibid.* p. 402.

Par exemple, Hart reconnaît les notions l' « obéissance des juges au droit pendant l'application de la règle de reconnaissance », les « fondateurs de la Constitution », l' « ordre dépsychologisé » et « tout le monde officiel comme une personne » en tant qu'idées artificielles.⁴⁴

Des constatations semblables se trouvent chez Finnis. Il qualifie le concept de l'ordre juridique d'Etat nation comme source suprême, compréhensif et exclusif des obligations juridiques comme d'une « fiction juridique » car la communauté internationale devient de plus en plus indispensable dans la vie des individus.⁴⁵

Dworkin considère que l'attitude décrite par « Le droit est le droit. Il n'est pas ce que les juges pensent qu'il est, mais ce qu'il est réellement. Leur travail est de l'appliquer, et non de le changer pour qu'il entre dans leur propre éthique ou politique » est une idée artificielle : l' « hymne de la conservatrice juridique ».⁴⁶

10. **Le droit est une religion.** Contrairement à ce que pensent certains critiques de la théorie du chamanisme judiciaire, les exemples où Hart, Finnis et Dworkin comparent le droit à la religion sont nombreux.

Hart constate que les concepts d' « obéissance des juges au droit pendant l'application de la règle de reconnaissance », des « fondateurs de la Constitution », d' « ordre dépsychologisé » et de « tout le monde officiel comme une personne » font partie de la « mythologie » juridique. Il ne pense pas que la croyance profonde en ces concepts soit digne de salutation.⁴⁷

À son tour, Finnis envisage la phrase « le peuple se gouverne lui-même » comme un « mythe idéologique ».⁴⁸

⁴⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 150. Voyez également *ibid.* p. 193, 2 exemples sur p. 331.

⁴⁶ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 114. Voyez également *ibid.* pp. 120.

⁴⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 113. Voyez également *ibid.* pp. 124 et 125, 125, 128, 149 et 150.

⁴⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 16. Voyez également *ibid.* pp. 83, 84, 90, 152 et 153, 373, 394.

Toute la théorie de Dworkin est imprégnée par la mythologie grecque. Dans certains passages, il écrit qu'il ne suffit pas que la loi soit promulguée par un « fantôme » (« *ghostly figure* »), mais il faut que les législatrices lèvent les mains.⁴⁹

Entre le mot « mythologie » et le mot « chamanisme » il n'y a qu'un petit pas.

II. La reconnaissance de la publicité.

La publicité est la manipulation faite avec des arguments et effectuée afin de convaincre la consommatrice d'acheter une certaine marchandise. La publicité est le nimbe placé sur la marchandise. Une philosophe du droit est la créatrice de publicité des idées juridiques. Ces idées sont sa marchandise. La reconnaissance de la philosophie juridique en tant que publicité est la reconnaissance de l'emploi manipulable de ce nimbe.

John Finnis voit clairement que d'habitude la marchandise est choisie d'abord et que c'est ensuite seulement que le nimbe publicitaire est posé sur elle. Selon lui, si vous vendez l'importance de la sanction, vous devez dire que des règles sans sanction ne sont pas le « droit ». Si vous vendez l'importance des institutions législatives ou judiciaires, vous devez dire que le système sans ces institutions n'est pas « juridique ». Si vous vendez le mécanisme de modification des règles, vous devez dire que le système sans ce mécanisme n'est pas non plus « juridique ».⁵⁰ Sauf qu'il n'utilise pas le mot « vendre ». Le point faible chez Finnis consiste en ce qu'il dévoile la publicité de Hart, ce qui d'ailleurs est fait parfaitement pour une personne qui représente la pensée classique, sans regard sur sa propre publicité.

Dworkin pose la question de savoir si le dieu Héraclès est trop conservatif, trop libéral ou trop progressif et répond que la réponse dépend des convictions politiques de celui qui se le demande.⁵¹

⁴⁹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 4. Voyez également *ibid.* pp. 31 et 32, 262 et 263, 407, 413.

⁵⁰ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 277 et 278. Voyez également *ibid.* pp. 356, 373.

⁵¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 399.

Donc, il comprend le caractère manipulable dans l'évaluation (publicité) d'une technique d'interprétation judiciaire (marchandise).

TITRE 1. TROIS GRANDES STRATÉGIES PUBLICITAIRES DANS LA PUBLICITÉ DE F/H/D

La stratégie publicitaire est la façon générale de présenter une idée juridique et de la remettre dans le contexte où se trouve la consommatrice, c'est-à-dire, une juriste, une étudiante en droit, un activiste d'une ONG ou bien une simple lectrice.

Je proposerais de distinguer trois stratégies publicitaires :

- la démonstration du bien-être général et indiscutable ;
- la démonstration d'une construction artificielle, mais présentée comme indiscutable ;
- l'hyperbolisation aspectuelle.

Dans les deux premières stratégies, il n'y a aucune comparaison avec les autres produits présents sur le marché juridique. Elles n'informent la consommatrice qu'au sujet de valeurs générales représentées par la marchandise, mais rien n'est dit sur les qualités qui distinguent ce produit concret de ses analogues. Après le texte publicitaire, vous pouvez bien mettre le logo de l'entreprise concurrente et personne ne remarquera la différence car toutes les productrices essaient d'être guidées par les mêmes valeurs.

La troisième stratégie, l'hyperbolisation aspectuelle, au contraire, distingue les différences, mais les présente toujours en hyperbolisant les avantages de sa propre marchandise.

1. LA DÉMONSTRATION DU BIEN-ÊTRE GÉNÉRAL ET INDISCUTABLE

La démonstration du bien-être général et indiscutable est l'affirmation que les techniques d'interprétation d'un certain auteur servent aux principes généraux partagés par toute la société qui,

par définition, sont bons et donc indiscutables. Le point faible de cette stratégie est qu'aucun auteur n'est contre ces valeurs générales. En même temps il est clair que la consommatrice n'est pas informée de cette faiblesse pendant la publicité et c'est pour cette raison qu'elle fonctionne.

Par exemple, une des idées principales justifiant l'existence de la marchandise qui s'appelle le « préservatif » est le principe de protection contre certains liquides. Pour cette raison, les créatrices de la publicité de Durex Classic ont choisi de souligner dans son clip⁵² que leur marchandise est la représentation de ce principe.



Épisode 1 de Durex Classic : un garçon avec son sperme.

Dans le premier épisode on voit un garçon avec son sperme.

⁵² La publicité de Durex Classic, <http://www.youtube.com/watch?v=bizJWtJ0xXo>, 07 12 2009.



Épisode 2 de Durex Classic : le partenaire sexuel du garçon avec le sperme

Dans le deuxième épisode on voit le partenaire sexuel du garçon avec le sperme.



Épisode 3 de Durex Classic : le garçon n'est pas capable de retenir son sperme

Dans le troisième épisode on voit le problème : le garçon n'est pas capable de retenir de manière naturelle le flux de son sperme.



Épisode 4 de Durex Classic : le sperme est retenu par le préservatif Durex Classic

Dans le quatrième épisode on voit la solution : le sperme est retenu par le préservatif *Durex Classic*. L'idée principale de *Durex Classic* est que sa marchandise arrête la pénétration du sperme dans le corps féminin. Mais en fait cette affirmation publicitaire donne peu d'information concrète puisque n'importe quelle productrice de préservatifs déclare la même chose à propos de son produit. Je doute qu'il soit possible de trouver une productrice qui dirait que la marchandise qu'elle produit n'induit pas les exigences de ce principe. Normalement, toutes les consommatrices partagent l'opinion que l'idée à la base de cette marchandise est bonne.

Un autre exemple se trouve dans les boissons rafraîchissantes. Si vous voulez vraiment réussir sur le marché, il est évident que vous devez donner satisfaction aux consommatrices. Vous devez essayer de les rendre heureuses. Ce principe est la philosophie de Pepsi. Regardons sa campagne publicitaire « The Joy of Pepsi » (« La joie de Pepsi »)⁵³.

⁵³ The Joy of Pepsi, <http://www.youtube.com/watch?v=Jt8uNG02ixA>, 12 décembre 2009.



Épisode de « Joy of Pepsi » : les gens sont heureux en raison de la possibilité de boire Pepsi

Dans le clip « The Joy of Pepsi », les gens sont tellement heureux qu'ils commencent à danser en raison de la présence de Pepsi dans leur vie et chantent :

*« The world goes round et round
But some things never change
Baba-bababa baba-bababa
The Joy of Pepsi. »*

Mais est-ce que PepsiCo est la seule société qui veut que sa marchandise apporte de la joie aux consommatrices ? En comparaison, la philosophie de la Coca Cola Company consiste en la production scrupuleuse d'une boisson magique comme il est souligné dans la campagne publicitaire « Happiness Factory » (« L'usine du bonheur »)⁵⁴.

⁵⁴ Happiness Factory 1, <http://www.youtube.com/watch?v=R1NnyE6DDnQ>, 12 12 2008



Épisode 1 du clip « Happiness Factory 1 » : la consommatrice introduit une pièce de monnaie dans l'automate pour acheter du Coca Cola



Épisode 2 du clip « Happiness Factory 1 » : la monnaie tombe dans un monde de miracles avec des montagnes et avec des personnages féeriques



Épisode 3 du clip « Happiness Factory 1 » : les personnages féeriques avec des ailes de fer tel un hélicoptère prennent les crochets et apportent la bouteille



Épisode 4 du clip « Happiness Factory 1 » : le ciel s'ouvre et le tuyau sort pour remplir la bouteille



Épisode 5 du clip « Happiness Factory 1 » : les personnages ronds, blancs et duveteux ne possédant que de belles lèvres et des langues entrent dans le spectacle publicitaire



Épisode 6 du clip « Happiness Factory 1 » : ces personnages-lèvres embrassent et lèchent la bouteille



Épisode 7 du clip « Happiness Factory 1 » : les personnages-travailleurs utilisent la catapulte afin de mettre le couvercle sur la bouteille



Épisode 8 du clip « Happiness Factory 1 » : les bonhommes de neige sont utilisés pour refroidir la boisson



Épisode 9 du clip « Happiness Factory 1 » : le chemin de fer sur le ciel transporte la bouteille de Coca Cola à destination d'une île volante dans le ciel (le paradis)



Épisode 10 du clip « Happiness Factory 1 » : la fête et la parade commencent après l'arrivée de la bouteille de Coca Cola sur l'île volante



Épisode 11 du clip « Happiness Factory 1 » : la consommatrice reçoit sa bouteille de Coca Cola

Dans ce clip « Happiness Factory 1 », la créatrice de publicité n'utilise que de bons esprits qui sont tous indiscutablement désirés.

En gros, toutes les sociétés disent que leurs marchandises représentent le principe de la nécessité d'apporter la joie aux consommatrices, le principe de la production scrupuleuse et également le principe de la nécessité de créer un produit magique.

La philosophie du droit est basée sur les mêmes stratégies publicitaires. Les exemples sont nombreux. Quand nous parlons de marché juridique, la stratégie de la démonstration du bien-être général et indiscutable doit être divisée en deux variantes : la déclaration d'un but et la constatation d'un certain état des choses.

1) La déclaration d'un but.

La déclaration d'un but est une variante de la démonstration du bien-être général et indiscutable qui se caractérise par l'attachement d'un but abstrait, honorable et, pour cela, largement partagé dans la société à une marchandise juridique afin de mieux la vendre. Souvent, la déclaration d'un but est exprimée par le futur, par le conditionnel ou par le subjonctif au niveau grammatical.

Par exemple, John Finnis, le créateur de la publicité du droit naturel, consacre une partie de son livre *Natural Law et Natural Rights* à l'explication du but du « droit » et de la « rationalité pratique ». Autrement dit, il explique pourquoi le « droit » et la « rationalité pratique » sont nécessaires. Il est vrai qu'il y a une croyance profonde parmi les consommatrices que certains « biens humains » sont impossibles sans droit.⁵⁵

Moi, je partage également la vision que pour avoir certains biens humains, il faut avoir certaines pratiques régulatrices, mais c'est sans pertinence. Ce qui est important dans cette stratégie publicitaire en regardant du point de vue publicitaire – la lectrice (la consommatrice) reçoit un message psychologique, que pour arriver à cette fin, il est nécessaire d'utiliser les techniques juridiques (chamaniques) et les conclusions juridiques (politiques) mises sur le marché par Finnis.

Dworkin, l'image-maker du « droit comme cohérence », écrit qu'on a besoin d'une « bonne réponse » à la question de savoir comment un désaccord théorique est possible afin de disposer d'un « appareil pour un criticisme intelligent et constructif de ce que les juges font ».⁵⁶

Hart faisant la publicité pour le positivisme déclare qu'on a besoin du « droit » pour interdire le meurtre, pour imposer les impôts, pour faire un testament.⁵⁷

2) La constatation d'un certain état des choses.

La constatation d'un certain état des choses est une variante de la démonstration du bien-être général et indiscutable qui se caractérise par l'identification de certaines choses largement considérées comme nécessaires et qui existent dans les pratiques régulatrices actuelles afin de les attacher, lier à une marchandise juridique pour mieux vendre cette dernière.

Par exemple H.L.A. Hart dans son livre *The Concept of Law* énumère les règles qui gouvernent la procédure judiciaire : les canons du comportement judiciaire correct, la procédure judiciaire,

⁵⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 2. Voyez également *ibid.* p. 3, 7, 8, 12, 60, 65, 69, 82, 100, 147, 165, 210, 219, 232, 244, 248, 249, 260, 268, 272, 306 et 207, 344.

⁵⁶ Dworkin, *Law's Empirie*, *op. cit.*, p. 11. Voyez également *ibid.* pp. 32, 67, 67, 190, 208, 356.

⁵⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 2. Voyez également *ibid.* pp. 18, 27, 126, 198, 239.

l'interdiction pour la juge de traiter les affaires où elle a un intérêt financier.⁵⁸ Bien sûr, ces règles (esprits) sont bonnes et pratiquées, mais l'effet subconscient de la publicité consiste en ce que les lectrices (les consommatrices) commencent à associer cet état des choses aux techniques du positivisme doux, telles qu'elles sont vendues par Hart.

Finnis invoque l'état de chose suivant : « la connaissance est une bonne chose à avoir (pas seulement pour son utilité) ». ⁵⁹ Dworkin a également beaucoup de bons états de chose. Par exemple, il dit dans sa fable que les philosophes et les sociologues de justice font un travail utile en identifiant les paradigmes qui jouent un rôle dans l'argument sur la justice – cet état des choses est aussi bon.⁶⁰

2. LA DÉMONSTRATION D'UNE CONSTRUCTION ARTIFICIELLE, MAIS PRÉSENTÉE COMME INDISCUTABLE

La stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle, mais présentée comme indiscutable, est la description partisane de certaines choses dans la pratique régulatrice sans nommer les descriptifs alternatifs afin de mieux commercialiser une certaine technique d'argumentation juridique.

La créatrice de la publicité des préservatifs ZaZoo⁶¹ choisit de présenter une conception plus complexe d'usage de cette marchandise.

⁵⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 29. Voyez également *ibid.* pp. 126, 134, 157 et 158, 160, 162-165, 194-197, 200, 240.

⁵⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 61. Voyez également *ibid.* pp. 29 et 30, 65, 67-70, 83, 84, 96, 108, 113, 122, 136, 147, 170, 184, 212, 233, 2 exemples sur 246, 248, 265, 268, 285, 286, 303, 352, 371, 372, 2 exemples sur 380, 387 et 388.

⁶⁰ Dworkin, *Law's Empirie*, *op. cit.*, p. 75. Voyez également *ibid.* pp. vii, 11, 44, 75, 90 et 91, 175, 191.

⁶¹ ZaZoo Condoms, <http://www.youtube.com/watch?v=F5GeFQO7KXk>, 12 12 2008.



Épisode 1 du clip des préservatifs ZaZoo : l'enfant veut acheter les bonbons



Épisode 2 du clip des préservatifs ZaZoo : le père ne veut pas acheter les bonbons



Épisode 3 du clip des préservatifs ZaZoo : l'enfant commence à crier dans le supermarché



Épisode 4 du clip des préservatifs ZaZoo : le père essaie de calmer l'enfant



Épisode 5 du clip des préservatifs ZaZoo : l'enfant crie et essaie de renverser le chariot



Épisode 6 du clip des préservatifs ZaZoo : une femme regarde avec horreur l'enfant criant dans le supermarché et jette un regard empreint de reproche sur le père



Épisode 7 du clip des préservatifs ZaZoo : les autres consommatrices regardent également avec horreur l'enfant criant dans le supermarché et jettent un regard empreint de reproche sur le père



Épisode 8 du clip des préservatifs ZaZoo : l'enfant ne comprend pas qu'on ne doit pas crier dans les supermarchés et décide de radicaliser son comportement – il commence à éparpiller les marchandises par terre



Épisode 9 du clip des préservatifs ZaZoo : l'enfant tombe sur le plancher et commence à se battre de manière hystérique



Épisode 10 du clip des préservatifs ZaZoo : le père a compris qu'il fallait utiliser les préservatifs pour éviter cette honte, mais maintenant c'est trop tard

Donc, l'affirmation de ZaZoo consistant à utiliser les préservatifs pour ne jamais avoir d'enfants, car les enfants peuvent conduire au déshonneur au regard de toute la société, est une construction artificielle, mais présentée comme indiscutable.

Cette stratégie a trois variantes : une définition pour une situation empirique, une définition pour une situation spirituelle et une définition pour une situation spirituelle accompagnée d'une énumération.

1) Une définition pour une situation empirique.

Une définition pour une situation empirique est l'attribution d'un nom théorique pour une situation empirique avec l'impression que cette définition pourra être appliquée avec succès pour l'analyse d'autres situations empiriques. Le problème avec cette définition est qu'elle sera appliquée (vendue) plus tard pour des situations empiriques autres que celle décrite dans le message publicitaire.

Par exemple, Finnis écrit qu'il y a les « cas centraux de gouvernements constitutionnels » et les « cas périphériques » (Hitler, Staline, Amin) qui sont, eux, définis par rapport aux cas centraux.⁶² Cette définition, appliquée à ces trois cas empiriques concrets, ne pose pas de problème. Mais il y aura évidemment toujours des consommatrices qui voudront l'appliquer à des cas comme l'impeachment du Président Traian Băsescu de Roumanie en 2007.

Ronald Dworkin construit une définition de la responsabilité collective. Il dit que normalement l'individu ressent une responsabilité par son rapport à un groupe, même s'il n'a rien fait. Il donne trois exemples empiriques pour démontrer sa définition. Pendant le scandale du Watergate, les étatsuniennes faisaient des stickers « Ne m'accusez pas ; je suis du Massachusetts » au lieu de « Ne m'accusez pas ; je n'ai pas voté pour Nixon ». Les allemandes de la nouvelle génération se sentent responsables de ce que les nazies ont fait aux juives ; les étatsuniennes n'ayant jamais été propriétaires d'esclaves se sentent responsables envers les Noires.⁶³ Dworkin croit donc que son concept de sentiment de responsabilité décrit bien ces trois situations empiriques. Le problème est que, malheureusement, il y aura toujours un grand nombre des gens qui sont tout simplement

⁶² Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 11. Voyez également *ibid.* pp. 124, 187, 191, 192, 199, 281, 284 et 285, 289, 298 et 299.

⁶³ Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 172. Voyez également *ibid.* pp. 4, 47, 68-70, 221 et 222, 223, 276-280, 350-354.

racistes et qui n'éprouveront jamais ce genre de sentiments – la notion de « responsabilité collective » reste donc idéaliste et vague.

Un autre exemple : Hart parle de l'absence de nécessité de lien entre la validité et l'efficacité (mesurée en fonction de la fréquence du suivi d'une disposition juridique) de la règle. À moins que la « règle de reconnaissance » contient la règle d'obsolescence. Une règle peut être valide, mais inefficace, ce qui signifie qu'elle n'a pas de sens. Par exemple, les droits de propriété reconnus par l'Empire russe pendant l'existence de l'Union soviétique. Hart veut que nous distinguions l'« inefficacité » du « dédain général des règles du système ».⁶⁴

Cette variante de publicité donne aux consommatrices l'impression d'universalité de la connaissance et les incite à consommer les autres techniques de l'auteur au lieu de celles des concurrents.

2) Une définition pour une situation spirituelle.

Une définition pour une situation spirituelle est l'attribution d'un nom théorique à une situation non-empirique, hypothétique ou imaginaire, avec l'impression que cette définition puisse être appliquée avec succès pour l'analyse des situations empiriques. Cette variante peut potentiellement conduire à un abus plus important que la définition pour une situation empirique car ici le champ laissé pour la liberté d'imagination est beaucoup plus grand. Le plus important est que la fable doit être belle.

Prenons, par exemple, la thèse de Ronald Dworkin selon laquelle l'interprétation judiciaire ainsi qu'artistique « dans notre culture est l'interprétation constructive ». La définition ne fait aucune référence empirique.⁶⁵ Cette partie de campagne publicitaire de « droit comme intégrité » vise à dire que ce que les juges font est « beau » par la relation au mot « artistique ». Ensuite, il limite le champ de recherche à « notre culture » - il est difficile de dire ce qu'il a dans la tête en parlant de ce concept. Finalement, il veut dire que l'interprétation judiciaire ou artistique est « constructive ».

⁶⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 103 et 104. Voyez également *ibid.* pp.25, 32, 170, 217, 226.

⁶⁵ Dworkin, *Law's Empirie*, *op. cit.*, p. 62. Voyez également *ibid.* pp.10, 12, 123, 124, 2 exemple sur 142, 183, 187 et 188, 192, 201 et 202, 204 et 205, 207, 217, 219, 220, 225, 227, 229-231, 233, 239, 245, 250-253, 310 et 311, 313, 337 et 338, 342 et 343, 357, 369 et 370, 379 et 380, 399, 406, 407, 411, 413.

Donc, il crée une définition spirituelle qui n'a pas d'exemples empiriques, mais qui doit légitimer la nécessité d'acheter sa marchandise – l'interprétation « droit comme intégrité ».

John Finnis écrit que, « pour participer à la valeur de base de la rationalité pratique », la personne « est tenue » de se soumettre aux « exigences de la rationalité ou de la sagesse pratique ». La personne qui adhère à ces exigences est une « phronimos » d'Aristote. Elle possède la « prudentia » de Saint Thomas d'Aquin. Celle qui ne vit pas en suivant ces exigences est « irrationnelle ». ⁶⁶

Hart montre l'image de l' « obéissance générale » aux règles reconnues comme « valides » au niveau officiel, sauf un « délabrement » (« breakdown »). Il donne trois exemples de « délabrement » : une révolution, une occupation militaire et l'anarchie ou banditisme sans prétention politique de gouverner. ⁶⁷

3) Une définition pour une situation spirituelle accompagnée d'une énumération.

Une définition pour une situation spirituelle accompagnée d'une énumération est similaire à la variante précédente excepté le fait qu'ici, le créateur de la publicité ajoute une énumération de certains concepts (les esprits). Cette variante publicitaire est plus convaincante pour les consommatrices car l'énumération renforce l'impression d'une compétence profonde qu'a la créatrice ainsi que l'impression que les qualités de la technique d'interprétation que cette dernière propose sont bien développées.

Par exemple, Finnis donne une énumération des assortiments d'éléments qui compose la structure du droit naturel :

⁶⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 102. Voyez également *ibid.* pp. 36, 39, 59, 61, 64, 66, 75, 82 et 83, 86, 97, 100, 101, 103, 2 exemples sur 104, 105, 106, 134, 2 exemples sur 137-139, 141, 152 et 153, 155, 168, 169, également 2 exemples sur 184, 3 exemples sur 187, 198 et 199, 210, 212, 215-217, 220, 233, 234, 244-246, 249, 262, 264, 266, 267, 270, 272, 272 et 273, 276 et 277, 281, 8 exemples sur 284-290, 297, 301, 303, 307, 3 exemples sur 308, 312, 314, 317, 324 et 325, 2 exemples sur 326, 327, 334, 342, 352, 359, 361, 2 exemples sur 362, 372-374, 3 exemples sur 378-381, 385, 388, 392, 2 exemples sur 394, 395, 2 exemples sur 396, 397, 2 exemples sur 398, 5 exemples sur 399-402, 406 et 407, 409, 410.

⁶⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 118. Voyez également *ibid.* pp. 4, 6, 9, 14, 17, 24, 25, 3 exemples sur 30-31, 32 et 33, 35 et 36, 42, 3 exemples sur 44-46, 56 et 57, 57, 59, 61, 69, 71-76, 87, 88, 91, 92, 94, 2 exemples sur 95, 96, 101, 105, 2 exemples sur 106, 107, 108, 2 exemples sur 110, 112, 116, 118, 6 exemples sur 120-127, 129 et 130, 132, 136, 2 exemples sur 140, 146, 149 et 150, 163, 166, 167, 170, 171, 175, 182, 185, 191, 193, 194, 228, 232 et 233, 240, 254, 273.

- i. L'assortiment des principes pratiques de base indiquant les formes basiques de l'épanouissement humain ;
- ii. L'assortiment des exigences basiques méthodologiques de la rationalité pratique ;
- iii. L'assortiment des standards moraux généraux.⁶⁸

Dworkin calcule deux formes de l'intégrité : l'intégrité dans la législation et l'intégrité dans l'adjudication. La première limite ce que les législatrices peuvent faire en élargissant et en changeant les règles publiques. Luc Wintgens appelle ça « légisprudence ». ⁶⁹ La deuxième exige que les juges traitent le système des standards publics comme l'expression d'un assortiment cohérent des principes.⁷⁰

Hart nomme plusieurs truismes qui conditionnent la connexion entre le droit naturel et le droit positif :

- i. La vulnérabilité humaine.
- ii. L'égalité approximative entre les gens.
- iii. L'altruisme limité.
- iv. Les ressources limitées.
- v. La compréhension limitée et la puissance de la volonté.⁷¹

3. L'HYPERBOLISATION ASPECTUELLE

La stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle est la comparaison de certains aspects des différentes techniques d'interprétation ayant pour but de discréditer la marchandise concurrente (la technique concurrente) en exagérant les avantages de sa propre marchandise et en dramatisant les

⁶⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 23. Voyez également *ibid.* pp.63, 86-90, 90 et 91, 92, 126 et 127, 161 et 162, 173 et 175, 184, 185, 199, 205, 214, 216, 239 et 240, 240 et 241, 242, 268, 270 et 271, 282, 288, 306, 315, 316, 2 exemples sur 324, 334, 360, 375, 390.

⁶⁹ Luc Wintgens, "Introduction" in L. Wintgens (dir.), *Legisprudence*, Oxford : Hart Publishing, 2002, p. 1.

⁷⁰ Dworkin, *Law's Empirie*, *op. cit.*, p. 217. Voyez également *ibid.* pp.3, 65 et 66, 110, 116, 240-242, 244 et 245, 288, 405 et 407.

⁷¹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 194-197. Voyez également *ibid.* pp.3, 55 et 56, 63 et 64, 70 et 71, 81, 85, 89, 92 et 93, 102 et 103, 116, 146.

inconvénients de la concurrente. L'hyperbolisation aspectuelle se distingue par rapport aux deux premières stratégies exactement à cause de l'introduction de comparaison avec les autres produits.

Nous trouvons de nombreux exemples sur le marché en général. La société Durex hyperbolise l'importance pour ces préservatifs d'une qualité telle que la minceur.⁷²



Épisode 1 du clip des préservatifs Durex Ultra Mega Thins : le personnage Brian Durex compare les préservatifs Durex aux autres préservatifs et dit qu'avec les autres il ne sent rien puisqu'ils ne sont pas minces

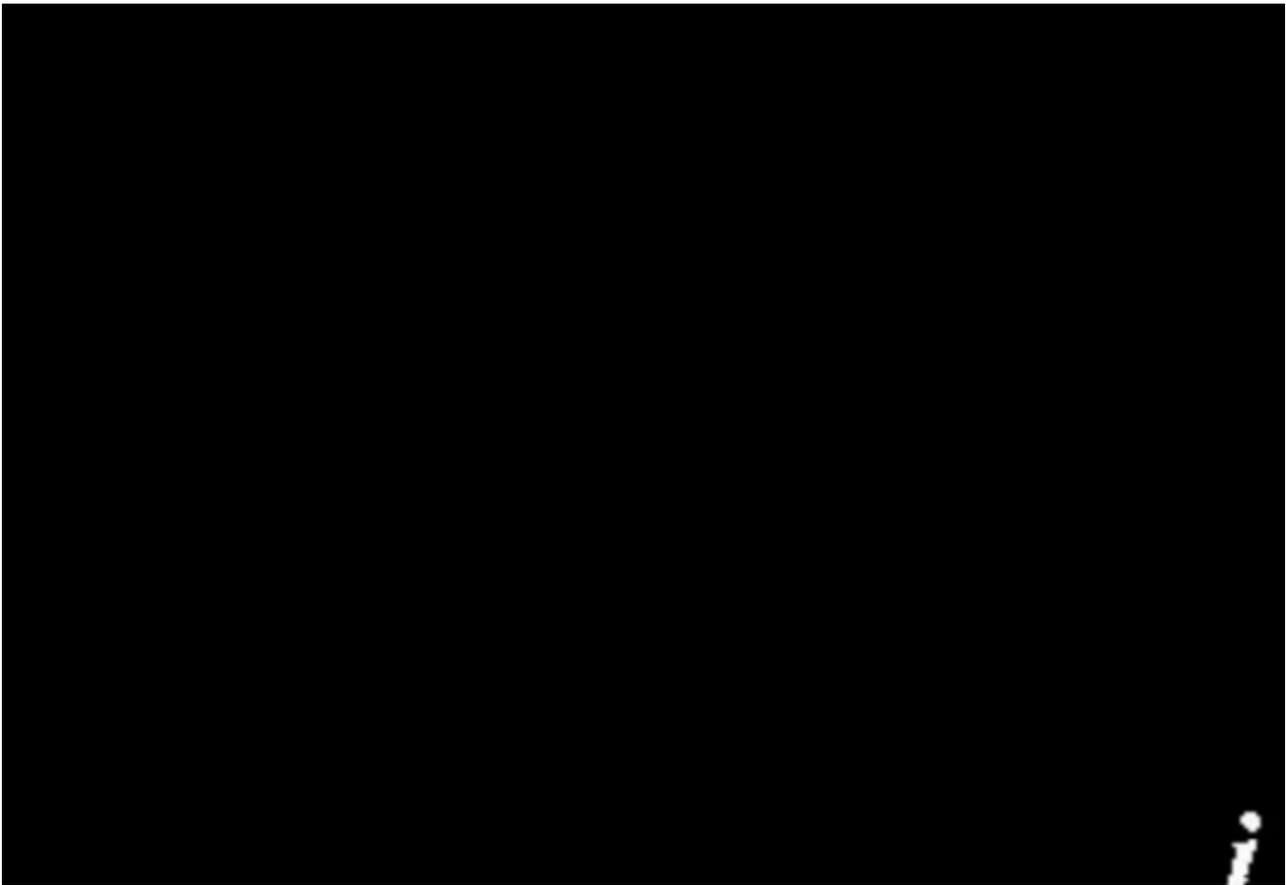
⁷² Durex Ultra Mega Thins, <http://www.youtube.com/watch?v=xBr98Nji-mA>, 21 mars 2008.



Épisode 2 du clip des préservatifs Durex Ultra Mega Thins : le garçon enfile un préservatif autre que Durex, met son pénis dans la fente de la porte de voiture et bat le plus fort possible avec cette porte. Il rit puisqu'il ne sent aucune douleur.



Épisode 3 du clip des préservatifs Durex Ultra Mega Thins : le garçon change le préservatif et enfile un de Durex. Il met son pénis dans la fente de la porte de voiture et bat avec cette porte avec la même puissance que dans le cas des préservatifs normaux.



Épisode 4 du clip des préservatifs Durex Ultra Mega Thins : on ne voit rien car le garçon éprouve de la douleur et crie.

Durex insiste sur le fait que le garçon choisit le préservatif pour sa minceur, mais ne dit rien sur le fait que les préservatifs plus minces se déchirent plus facilement.

Durex hyperbolise l'importance du goût des fruits⁷³ de ses préservatifs.

⁷³ Durex Fruit, <http://www.youtube.com/watch?v=B95Dos7vegs>, 21 mars 2008.



Épisode 1 du clip des préservatifs Durex Fruits : la mouche veut se poser sur les lèvres d'une fille qui essaie de la chasser



Épisode 2 du clip des préservatifs Durex Fruits : la mouche insiste et la fille s'étonne



Épisode 3 du clip des préservatifs Durex Fruits : la mouche veut pénétrer la bouche de la fille car son partenaire sexuel utilise les préservatifs Durex avec le goût de fruits



Épisode 4 du clip des préservatifs Durex Fruits : la mouche attaque les lèvres du garçon car le partenaire sexuel de ce garçon utilise aussi les préservatifs Durex avec le goût de fruits

Durex veut également augmenter les ventes de préservatifs avec le goût de chocolat.⁷⁴



Épisode 1 du clip des préservatifs Durex Chocolat : un homme passe chez différentes femmes pour y passer du temps



Épisode 2 du clip des préservatifs Durex Chocolat : quand cet homme sort, la femme 1 reste heureuse et avec le chocolat sur les dents

⁷⁴ Durex Chocolate, <http://www.youtube.com/watch?v=zeUF5oCzVeI>, 21 mars 2008.



Épisode 3 du clip des préservatifs Durex Chocolat : quand cet homme sort, la femme 2 reste heureuse et avec le chocolat sur les dents



Épisode 4 du clip des préservatifs Durex Chocolat : quand cet homme sort, la femme 3 reste heureuse et avec le chocolat sur les dents et sur la langue



Épisode 5 du clip des préservatifs Durex Chocolat : quand cet homme passe le temps dans la ferme, la brebis reste heureuse et avec le chocolat sur les dents

La société TRUST à son tour exagère les avantages des préservatifs longs⁷⁵.

La publicité des arguments juridiques est construite de façon similaire. Il faut que nous distinguions cinq variantes de l'hyperbolisation aspectuelle : l'identification d'une niche nouvelle ; le remplacement d'un concept ancien pour décrire la même situation empirique ; la déclaration de l'incompréhension du fonctionnement de la structure spirituelle d'une productrice de techniques juridiques par sa concurrente ; la déclaration de l'incompréhension du fonctionnement de la structure spirituelle de la concurrente par le même concurrente ; le refus de reconnaître l'existence d'une niche.

1) L'identification d'une niche nouvelle.

L'identification d'une niche nouvelle est la déclaration indiquant qu'il y a une lacune dans la structure argumentative (la marchandise a un défaut) sans faire de référence empirique.

⁷⁵ La publicité de Trust, <http://www.youtube.com/watch?v=D76SMAe84B8>, 21 mars 2008.

Par exemple, Dworkin déclare qu'il y a une lacune dans la structure argumentative des positivistes concernant la discrétion judiciaire puisqu'elles ignorent la force gravitationnelle de la jurisprudence précédente.⁷⁶

Finnis critique la méthodologie du positivisme juridique pour une lacune et déclare l'existence d'une niche pour l'iusnaturalisme en disant que la cour ne se basant que sur la constitution écrite ne serait pas en mesure de répondre de manière adéquate aux problèmes anormaux. Il donne un exemple de Révolution.⁷⁷

Hart critique la méthodologie d'iusnaturalisme et déclare l'existence d'une niche pour le positivisme juridique consistant en ce qu'il faut distinguer l'invalidité de droit et l'immoralité de droit afin de voir la complexité et la variété de ces problèmes séparées.⁷⁸

2) Le remplacement d'un concept de concurrente par un nouveau concept.

Le remplacement d'un concept de concurrente par un nouveau concept est la déclaration indiquant qu'une situation empirique particulière est mieux comprise par un nouveau concept (une marchandise nouvelle) que par l'ancien créé par les concurrentes.

⁷⁶ Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. viii et ix. Voyez également *ibid.* pp. 14, 9 exemples sur 31-42, 44, 55, 2 exemples sur 68-70, pp. 75-76, 79, 80 et 81, 85 et 86, 90-92, 94-97, 101, 102-104, 104 et 105, 109, 110-113, 118, 125, 128-130, 132-134, 138 et 139, 139, 142 et 143, 2 exemples sur 147, 148, 149, 3 exemples sur 151-155, 157, 160, 167, 175, 184, 187, 2 exemples sur 189, 192, 193, 208-211, 214 et 215, 225, 226, 234 et 236, 237, 238, 240, 241, 246, 240, 241, 247 et 248, 240, 241, 249 et 250, 251 et 252, 252 et 253, 255 et 256, 262 et 263, 264 et 265, 271-273, 273 et 274, 282, 286-288, 290, 293, 302 et 303, 306 et 307, 314, 317 et 318, 336, 340-341, 349 et 350, 2 exemples sur 358, 360 et 361, 2 exemples sur 364, 365, 367-369, 373 et 374, 377, 2 exemples sur 378, 387 et 388, 389 et 391, 394 et 396, 398, 401, 411.

⁷⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 275. Voyez également *ibid.* pp. 2, 7, 9 et 10, 13, 14, 25, 40, 42, 45, 48 et 49, 59, 73, 106, 109, 112, 116, 117, 118, 120, 122, 142, 2 exemples sur p. 163, pp. 173 et 174, 180 et 181, 187 et 188, 188 et 189, 206 et 207, 208, 209, 213, 234 et 235, 245, 260, 262, 264, 276, 278 et 279, 282 et 283, 290, 313, 322, 329, 329 et 330, 357. Voyez également 2 exemples sur p. 358, pp. 373, 392, 392, 393.

⁷⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 211. Voyez également *ibid.* pp. 1, 3, 2 exemples sur p. 4, pp. 7 et 8, 2 exemples sur pp. 10 et 11, pp. 20 et 21, 22 et 23, 23 et 24, 27 et 28, 33 et 34, 34, 37 et 38, 38, 39, 40, 42, 42 et 43, 45 et 46, 47 et 48, 48, 48 et 49, 51, 52, 52 et 53, 54, 59 et 60, 60, 61, 64, 77, 79, 83, 84, 89, 90 et 91, 108, 109, 111 et 112, 112 et 113, 113, 114, 124, 136, 137 et 138, 138, 138 et 139, 2 exemples sur p. 139, pp. 140, 141 et 140, 144 et 145, 146, 147, 152 et 153, 154, 156, 178, 186 et 187, 188-190, 191, 193, 207 et 209, 211, 214, 215, 217-220, 227, 228. Voyez également 2 exemples sur *ibid.* p.229. Voyez également 2 exemples sur *ibid.* p. 230. Voyez également 3 exemples sur p. 231, pp. 232, 233 et 234, 235, 236 et 237, 237, 240 et 241, 241-243, 252-254, 254, 257, 260 et 261, 262, 268 et 269, 273 et 274, 274, 275 et 276, 276.

Un des meilleurs exemples est la publicité russe du supermarché des appareils électroniques *Eldorado*. La miniature est la suivante. Un enfant joue avec un volant et crie comme s'il conduisait une voiture réelle à grande vitesse. Une voix suggère : « Si votre enfant grandit, achetez-lui un ordinateur. Merde, pourquoi se comporte-t-il comme un débile ? »⁷⁹. Dans cette publicité, nous voyons qu'il y a la proposition de remplacer l'ancienne marchandise (le volant avec le cri produit par la voix de l'enfant) par une marchandise nouvelle, plus avancée techniquement (un ordinateur), tout en conservant peu ou prou la même situation empirique (le jeu virtuel des courses automobiles).

Si nous retournons au sous-marché de la publicité des arguments juridiques, nous verrons que, par exemple, selon Hart, le fait que le peuple continue d'obéir à la loi d'un nouveau monarque après le décès de l'ancien (la même situation empirique) doit être expliqué par l'existence de la règle de reconnaissance (la marchandise nouvelle) au lieu de l'habitude d'obéissance (la marchandise ancienne).⁸⁰

Finnis insiste sur le remplacement de l'explication des limitations aux droits individuels. Il dit que ces limites doivent être justifiées non par les « droits des autres », mais par la « moralité ».⁸¹

Dworkin veut remplacer la conception du « droit pur » consistant en ce qui est écrit dans un texte, comme il est défini dans les travaux de Hans Kelsen, par une autre conception du « droit pur » qui est identique au droit comme l'intégrité.⁸²

3) La déclaration de l'incompréhension du fonctionnement de sa structure spirituelle des techniques juridiques par sa concurrente.

La déclaration de l'incompréhension du fonctionnement de la structure spirituelle d'une productrice de techniques juridiques par sa concurrente est le rejet de la critique des concurrentes motivé par

⁷⁹ Галыгин ЖЖот, <http://www.youtube.com/watch?v=84oWgSGLY7A>, 21 mars 2008.

⁸⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 110. Voyez également *ibid.* pp. 210, 266 et 267, 270.

⁸¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 216. Voyez également *ibid.* pp. 7, 10, 16, 118, 154 et 155, 205, 210, 226, 251, 305, 308 et 309, 312, 324 et 325, 258, 376 et 377, 388, 388 et 399.

⁸² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 400. Voyez également *ibid.* pp. 34, 127 et 128, 153.

l'affirmation qu'elles n'ont pas compris comment les techniques juridiques de cette productrice fonctionnent.

Par exemple, Finnis déclare que ses concurrentes qui pensent que la technique du droit naturel se dégrade inévitablement en la diversité des jugements subjectifs n'ont pas compris ce qu'essaye de faire la théoricienne qui utilise cette technique. Cette théoricienne a l'intention de rendre son jugement subjectif en « un jugement véritablement raisonnable sur ce qui est bien et pratiquement raisonnable ». Ainsi, la dégradation sera évitée.⁸³

Dworkin répond que les concurrentes exagèrent ce qu'il veut dire sur l'importance de l'intégrité. Il prend l'exemple empirique suivant : le droit étatsunien interprété selon la technique de l'intégrité (ce que j'appelle « Notre Planète la Terre est vivante et Elle parle avec moi ») doit inclure la Loi sur les esclaves fugitives. Le sentiment de justice de la juge condamne cette loi comme profondément amoral puisque elle exige des citoyennes d'aider à renvoyer les esclaves chez leurs propriétaires. La juge a plusieurs options : renvoyer l'esclave sur la demande de la propriétaire, mentir en disant que ce texte n'est pas une loi ou changer de métier. Sur ça, Dworkin continue et dit que le principe de l'intégrité n'a pas nécessairement le dernier mot dans l'adjudication, mais il a le premier mot et il n'y a rien à y ajouter.⁸⁴

Hart écrit que Dworkin ne l'a pas compris, car sa marchandise s'appelle « positivisme doux » et non « positivisme de fait clair ». Selon Hart, Dworkin fait une erreur quand il dit que la règle de reconnaissance des dispositions juridiques valides et applicables proposée par Hart ne consiste que dans des critères de faits clairs. La règle de reconnaissance du positivisme doux peut parfaitement englober « des principes moraux et des valeurs substantielles ».⁸⁵ Il faut remarquer que les concurrentes pouvaient toujours dire que l'introduction de ces « principes moraux et valeurs substantielles » reste quand même attaché à la prévision d'une telle possibilité dans le texte factuel d'un acte juridique.

⁸³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 17. Voyez également *ibid.* pp. 24, 26, 27, 28, 28 et 29, 29. Voyez également 2 exemples sur *ibid.* p. 31, pp. 33, 69, 71. Voyez également 2 exemples sur *ibid.* p. 72, pp. 73, 127, 135, 155 et 156, 198, 208, 221, 251, 254, 274, 277 et 278, 302, 316 et 317, 336, 338, 340 et 341, 341, 351, 354 et 355, 363 et 364, 364 et 365, 390.

⁸⁴ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 219. Voyez également 2 exemples sur *ibid.* p. 81, pp. 83, 141, 259.

⁸⁵ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 250. Voyez également *ibid.* pp. 82, 172 et 173, 178, 246, 246 et 247, 247, 248 et 249, 249 et 250, 258 et 259, 259, 263.

- 4) La déclaration de l'incompréhension du fonctionnement de la structure spirituelle de la concurrente par la concurrente même.

La déclaration de l'incompréhension du fonctionnement de la structure spirituelle de la concurrente par la même concurrente est le rejet de la structure argumentative de la concurrente sur base de la déclaration qu'elle n'a pas compris ses propres arguments. Ce rejet est effectué en employant le vocabulaire de cette concurrente.

Par exemple, Dworkin déclare que la jurisprudence mécanique des positivistes n'est en réalité pas mécanique, puisque pour être « mécanique », « littérale » et « acontextuelle », l'auteur de la règle doit savoir que sa volonté sera interprétée mécaniquement et acontextuellement.⁸⁶

Finnis fait valoir que les gens employant le concept de « D (ou Dieu) » dans leur analyse juridique font, parfois, des erreurs de compréhension quant à la signification de ce concept au niveau de l'« argumentation philosophique ». Il dit qu'on ne peut prétendre connaître la volonté de Dieu que dans un certain contexte humain. Selon lui, invoquer une explication par Dieu équivaut à perdre le sens. Par D est compris :

- i. ce qui explique la possibilité même d'explication, l'existence de réponses aux questions sur l'ordre d'être ;
- ii. ce qui explique l'existence de questions sur les objets ;
- iii. ce qui explique le bon état des affaires existantes ;
- iv. ce qui explique notre capacité à reconnaître les biens, de comprendre les valeurs et leurs principes pratiques ;
- v. ce qui explique notre capacité à répondre à l'attractivité de ces biens et à l'appel rationnel de ces principes.⁸⁷

Hart dit que Dworkin ne comprend pas lui-même ce qu'il dit sur un conflit entre une « règle tout-ou-rien » et un « principe non-conclusif ». Selon Dworkin, quand il y a conflit entre une « règle

⁸⁶ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 17 et 18. Voyez également *ibid.* pp. 35, 73, 83, 127 et 128, 151, 161, 193 et 194, 198, 208-211 et 214 et 215, 259, 259 et 260, 318 et 319, 320, 321-324 et 326, 369-371, 400.

⁸⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 404. Voyez également *ibid.* pp. 43, 73, 75, 106, 109, 154 et 155, 176, 204, 236 et 237, 324 et 325, 356.

tout-ou-rien » et un « principe non-conclusif », parfois la règle gagnera, mais, parfois, le vainqueur sera le principe. Hart insiste sur ce que l'existence même de ce genre de conflit implique que les règles n'ont pas le caractère tout-ou-rien. Ce qui signifie que la différence entre les règles et les principes n'est qu'une différence de degré.⁸⁸

5) Le refus de reconnaître l'existence d'une niche.

Le refus de reconnaître l'existence d'une niche est la déclaration selon laquelle la marchandise (un concept relatif aux techniques judiciaires) produite par les concurrentes n'est pas nécessaire car toute la demande qui existe dans ce domaine est déjà couverte ou que cette marchandise est défectueuse.

Par exemple, Hart déclare que sa technique est limitée aux « règles conventionnelles » et ne dit rien sur la morale. Pour cette raison, il n'est pas en concurrence avec l'école du droit naturel.⁸⁹ Alors, il refuse d'une certaine manière de reconnaître qu'il y a une niche pour le droit naturel au sein des « règles conventionnelles ».

Finnis veut rejeter l'utilité d'explication de la nature d'obligation et de la volonté de la législatrice, proposée par les théoriciennes du « droit purement pénal » qui entre en concurrence avec l'explication du droit naturel. Il dit qu'une sanction disproportionnellement sévère signifie pour les unes théoriciennes positivistes, comme Alphonsus de Castro, que la législatrice a voulu imposer une « obligation stricte à faire ϕ », et pour les autres, comme A. Lehmkuhl, J. Messner et Alphonsus de Liguori, que la législatrice n'a voulu imposer aucune obligation de faire ϕ du tout. Dans ce dernier cas les positivistes disent que l'obligation d'agir est destinée aux fonctionnaires d'État. Alors, Finnis constate une contradiction dans ce mode de pensée pour dire qu'il n'est pas utile pour comprendre la nature d'une obligation créée par le souverain.⁹⁰

⁸⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 262. Voyez également *ibid.* pp. 23 et 24, 76, 77 et 78. Voyez également 2 exemples sur pp. 202 et 203. Voyez également 2 exemples sur p. 205, sur 206 et 207, 257, 263-266, 271.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 256.

⁹⁰ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 331. Voyez également *ibid.* pp. 95, 114, 124, 177, 193. Voyez également encore un exemple sur p. 331, pp. 332-334, 404.

Dworkin dit que les tentatives des positivistes ou des théoriciennes de la théorie sémantique de découvrir les règles partagées sur base de ce que les juristes disent et font, sont sans perspectives, puisque l'expérience montre que les juristes n'utilisent jamais les mêmes critères factuels pour l'analyse des affaires importantes.⁹¹

TITRE 2. 21 TECHNIQUES PUBLICITAIRES DANS LA PUBLICITÉ DE F/H/D

Les éléments-clés (ou bien les techniques) publicitaires sont les éléments utilisés dans le cadre des stratégies publicitaires qui raniment le spectacle et influencent la subconscience de la consommatrice.

Dans les travaux publicitaires de John Finnis, Ronald Dworkin et H.L.A. Hart nous pouvons distinguer 21 élément-clés.

1. BRITNEY SPEARS / L'INVITATION D'UNE PERSONNE INTELLIGENTE, CONNUE ET RESPECTÉE

L'invitation d'une personne intelligente, connue et respectée est une technique publicitaire⁹² qui consiste à engager une Britney Spears⁹³ dans le spectacle publicitaire. Regardons comment Britney fonctionne dans la campagne publicitaire « The Joy of Pepsi ».

⁹¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 43. Voyez également *ibid.* pp. 6, 75 et 76.

⁹² Igor Rozhkov, *Reklama: planka dlia "profi"*, Moscou : Yurait, 1997, p. 91. Voyez également Viktor Yan, *Provedenie reklamnykh kampaniy: Strategiya, Struktura, Nositeli*, Moscou : Vershina, 2003, p. 69.

⁹³ Britney Spears. *The Joy of Pepsi*, <http://www.youtube.com/watch?v=Jt8uNG02ixA>, 21 Mar. 08.



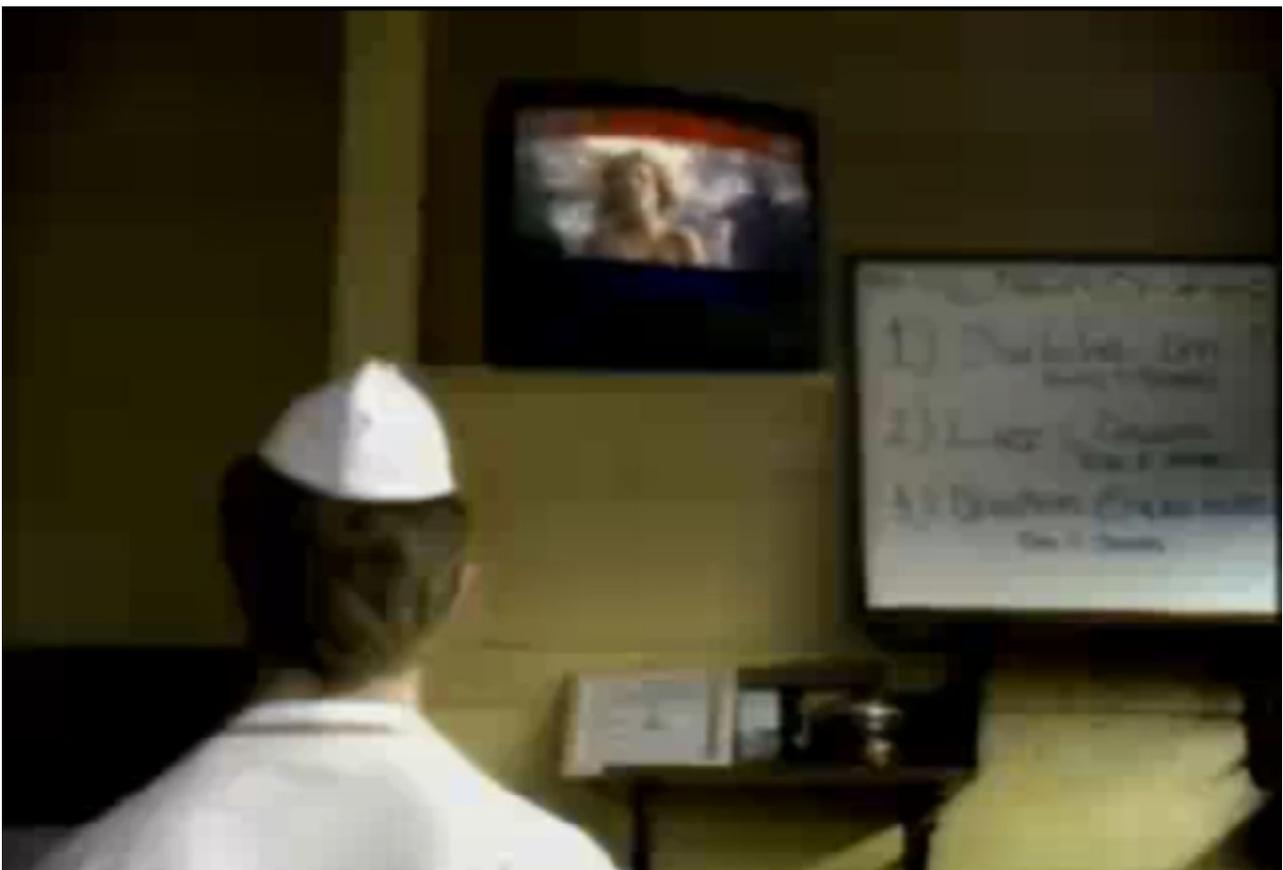
Épisode 1 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney habillée comme une travailleuse de Pepsi est à la porte de l'usine



Épisode 2 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney commence à chanter la chanson sur Pepsi



Épisode 3 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : toutes les travailleuses de Pepsi commencent à danser avec Britney



Épisode 4 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : un employé d'un petit restaurant regarde la télé et regarde comment Britney chante sur Pepsi et danse



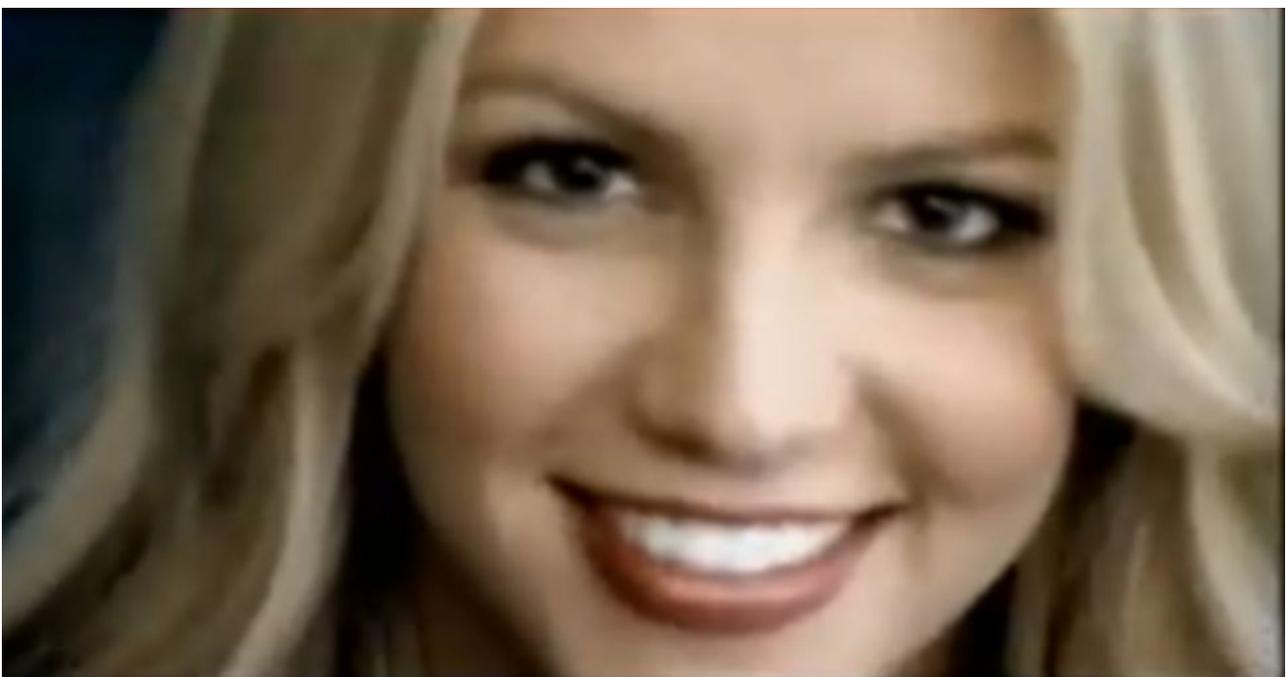
Épisode 5 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : l'employé du petit restaurant oublie tout, en regardant comment Britney chante et danse sur Pepsi, l'incendie commence dans le restaurant



Épisode 6 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney continue à chanter et à danser sur Pepsi avec d'autres employés de Pepsi



Épisode 7 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : les employées d'une salle de billard en regardant comment Britney chante et danse sur Pepsi commencent à répéter les mouvements de Britney sans tourner la tête du téléviseur



Épisode 8 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney est bonne et heureuse



Épisode 9 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : les bouteilles de Pepsi frappent l'eau



Épisode 10 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : les employées d'un hôpital oublient tout en regardant sur la télé comment Britney chante et danse sur Pepsi



Épisode 11 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : un homme seul, je ne sais pas où, commence à danser en regardant comment Britney chante sur Pepsi et danse



Épisode 12 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : le petit resto termine de brouiller mais son employé enchanté par comment Britney chante et danse sur Pepsi, ne peut jamais détourner la tête du téléviseur malgré les efforts du pompier

Britney est soit la personne avec laquelle la consommatrice veut s'identifier, soit la personne qui ranime des sentiments positifs dans le cœur de la consommatrice. Dans ma recherche le concept publicitaire de « Britney Spears » englobe toutes les personnes intelligentes, connues et respectées, y compris Héraclès. Par exemple, dans le clip de Pepsi « We will rock you », Britney couvre, sans doute, le concept de Beyoncé, le concept de Pink et celui de la gladiatrice.⁹⁴

⁹⁴ Britney Spears, Beyoncé, Pink, *We will rock you*, <http://www.youtube.com/watch?v=CfxwXneCtEM>, 21 Mar. 08.



Épisode 1 du clip « We will Rock You » : Britney Spears, Beyoncé et Pink sont des gladiatrices au Colisée réunies pour la lutte commune contre l'empereur qui ne partage pas Pepsi avec le peuple



Épisode 2 du clip « We will Rock You » : gladiatrices Britney

Le concept de Britney Spears n'englobe pas seulement le chant, la danse et le sexe, mais aussi l'intelligence, la recherche et la sagesse intuitive. Selon le plan publicitaire, tout le monde doit vouloir être comme elle. Regardons, par exemple, son clip « I'm not a girl ».⁹⁵



Épisode 1 du clip « I'm not a girl » de Britney Spears : visage au grand plan

Le message visuel est accompagné du texte:

« I used to think
I had the answers to everything,
But now I know
Life doesn't always go my way, yeah...
Feels like I'm caught in the middle
That's when I realize...

⁹⁵ Britney Spears, *I'm not a girl*, <http://www.youtube.com/watch?v=tG8T0IfBxIk>, 21 Mar. 08.

I'm not a girl,
Not yet a woman.
All I need is time,
A moment that is mine,
While I'm in between. »



Épisode 2 du clip « I'm not a girl » de Britney Spears : assise au bord du canon

Le message visuel est accompagné du texte:

« I'm not a girl,
There is no need to protect me.
It's time that I
Learn to face up to this on my own.
I've seen so much more than you know now,
So don't tell me to shut my eyes.

I'm not a girl,
But if you look at me closely,
You will see Italie my eyes.
This girl will always find
Her way. »



Épisode 3 du clip « I'm not a girl » de Britney Spears : en étant debout au bord du canon

Le message visuel est accompagné du texte:

« I'm not a girl
(I'm not a girl don't tell me what to believe.
Not Yet a woman
(I'm just trying to find the woman in me, yeah.
All I need is time (All I need),

A moment that is mine (That is mine),
While I'm in between.

I'm not a girl
Not yet a woman
All I need is time (All I need),
A moment that is mine,
While I'm in between.

I'm not a girl,
Not yet a woman. »

Un autre bon exemple de cette méthode publicitaire est la création de Britney (d'une personne intelligente et respectée) dans le clip des préservatifs Trust : ici Britney est un garçon grand, beau, musclé et avec des dreads.⁹⁶



Épisode 1 du clip des préservatifs Trust sur la bouteille : un garçon grand, beau, musclé et avec des dreads (analogue d'une personne intelligente et respectée) passe à côté de deux filles vers le grue hydraulique afin de se rafraîchir

⁹⁶ Trust Condoms, <http://www.youtube.com/watch?v=ypE89iMQsb0>, 12 12 2008.



Épisode 2 du clip des préservatifs Trust sur la bouteille : les deux filles sont tellement impressionnées par le garçon sexy que la première boit la tasse



Épisode 3 du clip des préservatifs Trust sur la bouteille : la première fille est impressionnée par le garçon sexy



Épisode 4 du clip des préservatifs Trust sur la bouteille : la deuxième fille est impressionnée par le garçon sexy



Épisode 5 du clip des préservatifs Trust sur la bouteille : la première fille laisse tombé sa bouteille qui se fêle et l'eau commence à couler par la fissure



Épisode 6 du clip des préservatifs Trust sur la bouteille : le garçon sexy rapproche la première fille



Épisode 7 du clip des préservatifs Trust sur la bouteille : le garçon sexy ouvre un préservatif Trust



Épisode 8 du clip des préservatifs Trust sur la bouteille : le garçon sexy enfle son préservatif sur la bouteille fêlée



Épisode 9 du clip des préservatifs Trust sur la bouteille : le garçon sexy part, mais la deuxième fille, décide également de laisser tomber sa bouteille pour qu'il revienne

Donc ce clip de Trust montre que la Britney Spears ne doit pas nécessairement être une vraie personne, mais peut être créée spécifiquement pour un objectif unique – ici, montrer la puissance du préservatif.

Pour mieux comprendre le rôle de Britney Spears dans les travaux de John Finnis, Ronald Dworkin et H.L.A. Hart, il faut analyser cet élément-clé sous l'angle de deux questions :

- Qui est Britney Spears ? Cette question nous donne 5 variantes.
- Qu'est-ce qu'elle fait ? Cette question produit 3 variantes.

I. Lumière : Qui est Britney Spears ?

La perspective « Qui est Britney Spears ? » classe tous les hommes intelligents, connus et respectés selon leur fonction ou leur nature dans le spectacle publicitaire.

1) Un homme de science.

*Max Factor –
Conseillé par les
professionnels.
Publicité Max
Factor.*

Britney Spears dans sa variante d'un homme de science est un homme de science qui figure dans le spectacle publicitaire pour renforcer la confiance des consommatrices en technique d'interprétation particulière.⁹⁷ Cette variante est un très bon choix puisque la majorité des juristes qui font une carrière académique veulent s'identifier à des scientifiques.

Par exemple, on trouve les « théoriciennes » dans le sens honorable de ce mot, les « développeurs de la jurisprudence moderne »⁹⁸, des « géomètres »⁹⁹, les « constitutionnalistes de la République

⁹⁷ Alexandr Gaponenko, Alexandr Pankrukhin, *Strategicheskoe upravlenie*, Moscou : Omega-L, 2004, p.41-44.

⁹⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁹ *Ibid.* p. 5.

suisse »¹⁰⁰, les « chirurgiennes »¹⁰¹, les « sciences naturels », les « lectrices » dans le sens « évaluatrices objectives »¹⁰² et les « vrais philosophes »¹⁰³ chez Finnis.

Par contre, Dworkin préfère parler des « chercheurs de l'art »¹⁰⁴ en tant que de Britney Spears dans le rôle d'« homme de science » et au lieu d'un « homme de science » lui-même pour diminuer l'ambition du projet juridique. Il remplace les « hommes scientifiques » par les « chercheurs de l'art », car la croyance à l'analogie entre une juriste et un « homme scientifique » est en crise. On trouve également des « philosophes »¹⁰⁵, un « homme de la science sociale »¹⁰⁶ et des « astronomes »¹⁰⁷ chez lui. Dans la fable de Hart, il y a des « chimistes », des « médecins »¹⁰⁸ et des « joueuses d'échecs »¹⁰⁹.

2) Un fonctionnaire idéal.

Britney Spears dans sa variante de fonctionnaire idéal est un fonctionnaire issu du rêve des consommatrices pour renforcer leur confiance en une technique d'interprétation particulière. Jérôme Frank a considéré que la tradition orthodoxe et artificielle de croire en une « juge idéale » est absurde.¹¹⁰ Mais, pour créer une bonne fable publicitaire, les professionnelles du secteur doivent glorifier les fonctionnaires du système.

¹⁰⁰ *Ibid.* pp. 5 et 6.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 86.

¹⁰² *Ibid.* pp. 136, 138, 139.

¹⁰³ *Ibid.* p. 397.

¹⁰⁴ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 50. Voyez également *ibid.* p. 55.

¹⁰⁵ *Ibid.* pp. 69-70.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 55.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 183.

¹⁰⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁹ *Ibid.* pp. 56 et 57.

¹¹⁰ Jérôme Frank, *Law and the Modern Mind*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2009 (1930), p. 156.

Par exemple, Finnis assimile le « droit » au « gardien suprême de la société »¹¹¹. Il parle de la « classe professionnelle des juristes » dans des termes honorables¹¹² et des juges possédant la qualité de « statesmanship »¹¹³.

Dworkin crée une autre fonctionnaire idéale – toutes les législatrices en tant qu’ « auteurs uniques » de toutes les lois¹¹⁴ et les législatrices avec les juges deviennent une « nouvelle compétente »¹¹⁵.

3) Un esprit divin.

Britney Spears dans sa variante d’un esprit divin est exactement un personnage qui a le statut d’un dieu ou, au moins, d’un esprit dans la mythologie classique. Les esprits divins sont au centre de la campagne publicitaire de Finnis et de Dworkin, mais ils sont aussi présents chez Hart.

Par exemple, John Finnis, dans ses travaux, mentionne la « société des anges » où il n’y a pas besoin de sanctions¹¹⁶, mais, le plus important, c’est de noter qu’il consacre une partie importante de sa campagne publicitaire à l’explication de ce qui est « D » ou « Dieu » et pourquoi il faut conclure qu’il existe. Finnis discute le « plan de D », le « droit éternel », le « droit divin » et l’ « amitié avec D » impliquant la soumission aux exigences de la « rationalité pratique », le suivi et le respect de toutes les formes basiques du bien humain.¹¹⁷ Donc D en tant que personne intelligente, respectée et invitée pour confirmer que le droit naturel est une bonne chose que les consommatrices doivent consommer.

Dworkin mentionne l’avantage qui peut être tiré de l’interprétation du film *La Strada* de Fellini par la légende antique de Philomèle.¹¹⁸ Mais le mythe du dieu Héraclès a produit l’influence la plus

¹¹¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

¹¹² *Ibid.* p. 271.

¹¹³ *Ibid.* p. 275.

¹¹⁴ Dworkin, *Law’s...*, *op. cit.*, p. 225.

¹¹⁵ *Ibid.* pp. 233, 235, 236.

¹¹⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

¹¹⁷ *Ibid.* pp. 387, 388, 390, 392, 397, 404, 406, 407 et 410.

¹¹⁸ Dworkin, *Law’s...*, *op. cit.*, p. 2. Voyez également *ibid.* pp. 56 et 57.

globale sur cette campagne publicitaire. Dworkin a associé la juge la plus idéale au dieu Héraclès¹¹⁹ et la juge un tout petit peu moins idéale au dieu Hermès.¹²⁰ Dworkin parle de l' « esprit interprétatif » que l'on doit suivre.¹²¹

Hart fait des références au comportement empirique dans l'église afin d'illustrer les formes de généralisation juridique :

- A) Un « père » peut dire à son « fils » que chaque homme et garçon doit lever son chapeau à l'entrée à l'église (généralisation maximale).
- B) Un père peut dire à son « fils » à l'entrée à l'église qu'il faut faire comme cet homme qui lève son chapeau (généralisation minimale).¹²²

Hart fait également une thèse allant à l'encontre de la fable sur le dieu Héraclès de Dworkin en critiquant les sceptiques. Il dit que les sceptiques sont des idéalistes déçues qui ont perdu leur foi en règles face à la texture ouverte, face au fait que les juges ne sont pas des « dieux » et que la cour n'est pas le « ciel formaliste ». ¹²³ Il ajoute également que les gens ne sont ni « diables », ni « anges ». ¹²⁴

Donc, la présentation d'une Britney Spears divine, qui donne son prestige et sa réputation à ce qui se passe dans la vie régulatrice, trouve place chez Finnis et chez Dworkin. Hart n'exclue pas non plus l'existence de l'idéal du juge-dieu (il est triste que la réalité soit telle qu'il n'y a jamais de Britney divine), mais dans son exemple sur l'église, le rôle appartenant à la juge ressemble quand même à celui du prêtre, selon le vocabulaire occidental, ou à une chamane, selon notre vocabulaire. Cet exemple empirique et illustratif de Hart donne de cette manière l'égide divine au droit positif en général.

¹¹⁹ *Ibid.* pp. 239-242, 244, 245, 250-253, 259, 260, 262-265, 271-273, 313, 314, 340-343, 349, 350, 379, 380, 387-391, 394, 396, 398, 400.

¹²⁰ *Ibid.* pp. 317, 318.

¹²¹ *Ibid.* pp. 413.

¹²² Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 124 et 125.

¹²³ *Ibid.* pp. 138 et 139.

¹²⁴ *Ibid.* pp. 196.

4) Une personne intelligente.

Britney Spears dans sa variante d'une personne intelligente est une personne intelligente autre qu'un homme de science, un fonctionnaire idéal, un esprit divin ou un adulte.

Par exemple, un « homme raisonnable », un « homme sensé »¹²⁵, « quelqu'un qui est sage et qui cherche »¹²⁶ chez Finnis, « n'importe qui en âge de raison » chez Thomas d'Aquin¹²⁷, une « personne raisonnable »¹²⁸ et les « gens que nous voulons être »¹²⁹ chez Dworkin et un « homme instruit »¹³⁰ chez Hart.

5) Adulte.

Un adulte est également une variante de Britney qui se définit par rapport aux enfants. On l'observe, par exemple, chez Hart qui explique le comportement de l'adulte qui connaît les règles et de l'enfant qui ne les connaît pas, mais veut les connaître.¹³¹

II. Lumière : Qu'est-ce qu'elle fait ?

La perspective « Qu'est-ce qu'elle fait ? » est la question qui identifie le mode d'intégration de Britney dans le spectacle publicitaire. Il y a trois réponses trouvées.

1) Elle confirme ou comprend.

¹²⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 67. Voyez également *ibid.* pp. 61, 63, 65, 69, 71, 72, 82, 84, 101, 103, 104, 108, 231, 233, 234-235, 246, 289, 312, 352, 359, 366, 373. Voyez également 2 exemples sur p. 380, p. 398.

¹²⁶ *Ibid.* p. 30.

¹²⁷ *Ibid.* pp. 29 et 30, 31, 32.

¹²⁸ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 306 et 307.

¹²⁹ *Ibid.* p. 413.

¹³⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 3. Voyez également *ibid.* pp. 124 et 125, 125, 140, 157, 162, 240.

¹³¹ *Ibid.* pp. 124 et 125.

On parle de la variante « elle confirme ou comprend » quand Britney est invitée dans le spectacle publicitaire afin de confirmer la justesse de la vision présentée par cette publicité ou afin de la comprendre et de la suivre.

Par exemple, John Finnis dit que « la valeur de la vérité » est « évidente seulement » pour « celle qui a eu l'expérience de désir ardent de la question (*experienced the urge to*), qui a saisi la connexion entre la question et la réponse, qui comprend que la connaissance est constituée par des réponses correctes à des questions particulières, et qui est consciente de la possibilité de questions supplémentaires, et d'autres personnes qui comme elle-même se questionnent et qui sont susceptibles de bénéficier de l'avantage d'aboutir à des réponses correctes ». ¹³² Autrement dit, cette Britney Spears vient pour confirmer « la valeur de la vérité », réclamée par le droit naturel ainsi que par d'autres écoles juridiques classiques.

Ronald Dworkin base la campagne publicitaire de l'intégrité sur le dieu Héraclès qui possède le « pouvoir intellectuel superhumain » et confirme que l'intégrité est le mode de raisonnement judiciaire le plus avancé. ¹³³

Hart dit que l'existence de la « règle de reconnaissance » est confirmée explicitement par les « fonctionnaires du système » (j'ai l'impression qu'il emploie ce concept dans un sens honorable, et vous ?) : les législatrices le font quand elles adoptent des lois en accord avec des règles leur conférant le pouvoir législatif et les juges le font quand elles identifient les lois à appliquer. ¹³⁴

2) Elle donne un idéal.

On parle de la variante « elle donne un idéal » quand la créatrice de publicité affirme que Britney vient elle-même dans le spectacle publicitaire pour donner un idéal de comportement à suivre.

¹³² Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 65. Voyez également *ibid.* pp. 2, 5 et 6, 12 et 13, 29 et 30, 30, 31, 32, 67, 69, 71, 82, 101, 103, 104, 108, 231, 246, 289, 312, 352, 359, 366, 373. Voyez également 2 exemples sur p. 380, pp. 397, 398.

¹³³ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 239. Voyez également *ibid.* pp. 50, 55, 68-70, 183, 235 et 236, 306 et 307, 413.

¹³⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 61. Voyez également *ibid.* pp. 1, 3, 56 et 57, 124 et 125, 140, 157.

Par exemple, John Finnis parle de la « valeur basique de vie », qui comprend les droits à la vie, à la santé et à ne pas être torturée. « La reconnaissance, la poursuite et la réalisation de cet objectif humain de base » peut avoir de nombreuses formes. Finnis donne l'exemple du « travail des chirurgiennes en équipe », fonctionnant ensemble avec tout le personnel auxiliaire.¹³⁵ Donc, Britney Spears dans le rôle des chirurgiennes donne un idéal.

Dworkin présente Britney Spears dans le rôle des « astronomes ». Les astronomes ont calculé l'existence de Neptune en observant les autres planètes bien avant sa découverte par des télescopes. Il écrit : « L'intégrité est notre Neptune »¹³⁶ pour expliquer le fait qu'il n'y a pas de preuves directes que les juges, comme le dieu Héraclès, se gouvernent par intégrité, et pour reconfirmer qu'on peut quand même le présumer et qu'il y aura des preuves plus directes dans le futur. Donc, cette double découverte de Neptune est présentée comme un idéal pour la découverte de l'intégrité.

Hart parle de l'« homme instruit » qui a une connaissance commune du « système juridique municipal moderne ». Il dit que cette considération est « descriptive » et « moralement neutre ». Ensuite, il ajoute qu'une telle description moralement neutre doit être « préliminaire » pour « n'importe quel criticisme moral utile en droit ».¹³⁷ Donc, en se servant cette fois de Britney Spears qui est, cette fois, un « homme instruit » il désigne son idéal analytique.

3) Elle gouverne actuellement.

On parle de la variante « elle gouverne actuellement » quand le créateur de publicité affirme que Britney gère elle-même la pratique régulatrice de manière directe et plus ou moins indépendamment de notre volonté.

Par exemple, Finnis dit que la communauté est une forme de relations unissant les êtres humains. Il y a « une unité ou un ordre » que nous pouvons « imposer à » celles qui sont soumis à notre pouvoir. Il donne un exemple de relation entre la lectrice et l'auditrice. Quand l'écouteuse « entend

¹³⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 86. Voyez également *ibid.* pp. 2, 5, 61, 63, 72, 84, 234 et 235, 275, 406 et 407.

¹³⁶ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 183. Voyez également *ibid.* pp. 233, 240-242, 244 et 245, 245, 250-251, 251 et 252, 252 et 253, 259, 259 et 260, 262 et 263, 264 et 165, 271-273, 313, 314, 317 et 318, 340 et 341, 342 et 343, 349 et 350, 379 et 380, 380, 387 et 388, 389-391, 394 et 396, 398, 400, 413.

¹³⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 240. Voyez également *ibid.* pp. 124 et 125, 125, 138 et 139, 162, 196.

la langue anglaise et la technique pédagogique », l'écouteuse partage les « symboles formalisés de la langue » avec la lectrice, en les créant et décodant.¹³⁸ Autrement dit, Finnis veut dire que la lectrice (la personne intelligente et respectée) gouverne actuellement la situation juridique en donnant ces « symboles formalisés de la langue ». Cette « exemple » donne l'impression d'omniprésence de « l'unité et de l'ordre ».

Dworkin dit que « l'auteur unique – la communauté personnifiée » exprime la conception cohérente de la justice et de l'équité en créant les droits et obligations juridiques.¹³⁹

Hart fait des références au comportement de guide qu'adopte le « père » par rapport à son « fils », ce qui crée l'impression que la personne intelligente et respectée gère la pratique régulatrice de manière directe et indépendante de notre volonté.¹⁴⁰

2. CHAQUE AGRICULTRICE / L'INVITATION D'UNE PERSONNE ORDINAIRE

L'invitation d'une personne ordinaire est un élément-clé qui consiste à engager une personne simple et moyenne dans le spectacle publicitaire. Le rôle subconscient de la personne ordinaire est de renforcer l'identification de la consommatrice avec la marchandise, ainsi que de ranimer des sentiments positifs dans le cœur de la consommatrice.¹⁴¹

Par exemple, la société anonyme russe MMM (1992-1994) crée une personne ordinaire permanente pour ses clips publicitaires – Lyonya Golubkov.¹⁴² La SA MMM était une pyramide financière ou une « chaîne de Ponzi » – elle vendait ses actions et ses « billets » aux consommatrices mais ne faisait presque aucun investissement. Elle payait des intérêts très élevés sur ces actions et billets en utilisant le revenu de la vente des actions et billets nouveaux. Pendant sa courte existence, la société

¹³⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 137. Voyez également *ibid.* pp. 7 et 8, 136, 138, 139, 271, 387 et 388, 390, 392, 397, 404, 406 et 407, 410.

¹³⁹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 225.

¹⁴⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 124 et 125.

¹⁴¹ Gaponenko, Pankrukhin, *Strategicheskoe upravlenie*, *op. cit.*, pp. 41-44.

¹⁴² Lyonya Golubkov : clips de 1 à 16, <http://www.youtube.com/watch?v=VzFi-bNXHMo>, 12 12 2009.

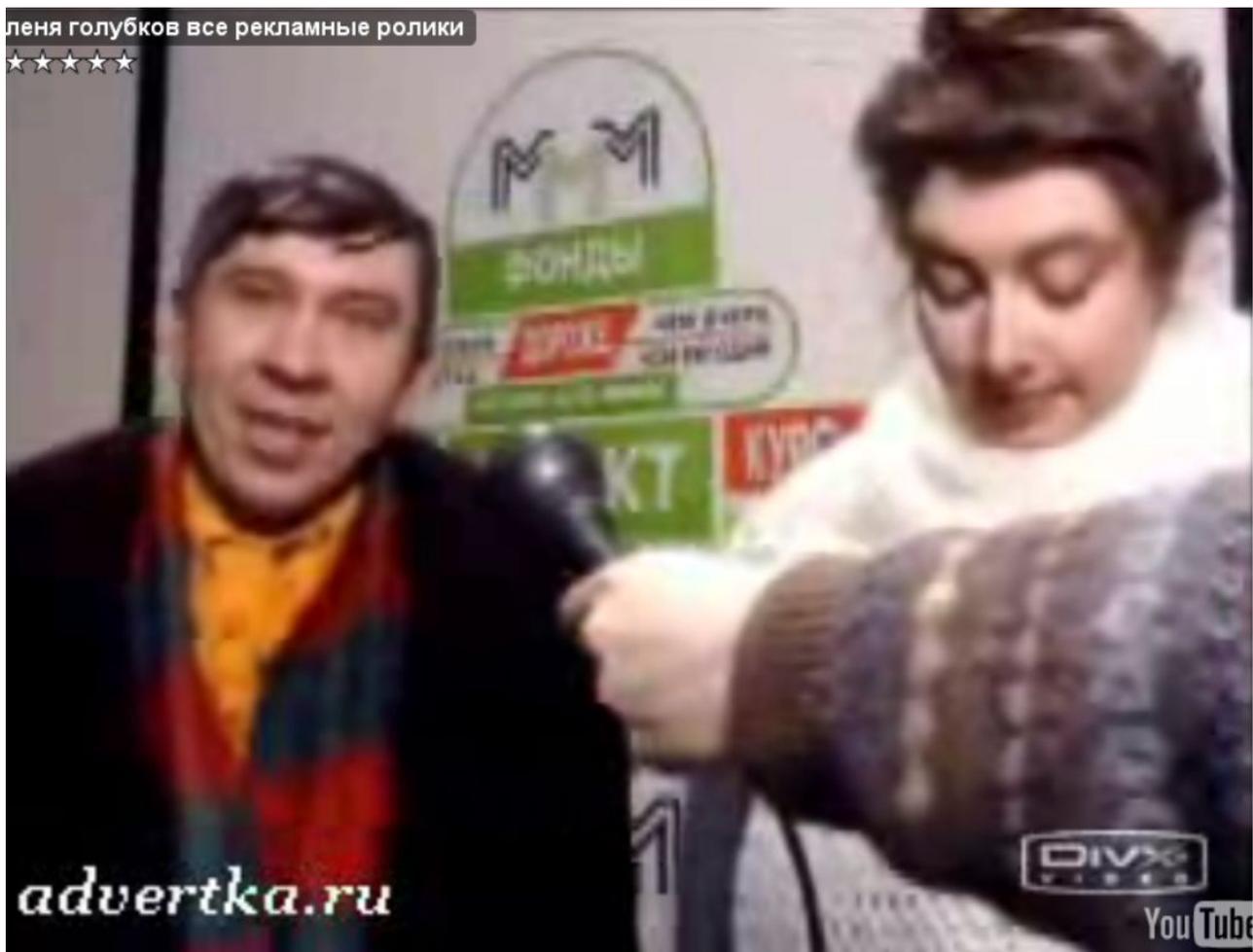
anonyme a attiré 15 millions d'actionnaires et donné à son fondateur Sergei Mavrodi un revenu énorme. Mavrodi est souvent donné en référence comme un « génie financier ». Le succès du projet se base sur la campagne publicitaire extraordinaire. La conception publicitaire de la personne ordinaire est parfaitement développée car le but est de convaincre la personne ordinaire et très pauvre d'investir tout son argent à la MMM. Lyonya Golubkov est le contraire absolu de Britney Spears.



Episode 1 du clip « Lyonya Golubkov 1 » de MMM : Lyonya Golubkov est un russe ordinaire, il n'est pas sexy, il a des dents jaunes et un nez en pied de marmite, il porte une chapka et une pelisse. Lyonya parle avec l'accent de la classe ouvrière et son dos est voûté.



Episode 2 du clip « Lyonya Golubkov 1 » de MMM : Lyonya Golubkov a investi son dernier sous dans MMM et maintenant il est heureux, puisque il a l'argent, des intérêts reçus dans ses mains.



Episode 3 du clip « Lyonya Golubkov 2 » de MMM : la femme de Lyonya Golubkov est également une russe ordinaire. Il est grosse, pas vraiment intellectuelle, sentimentale et obéissante à son homme. Elle parle avec l'accent de la classe ouvrière et son dos est voûté.

Episode 4 du clip « Lyonya Golubkov 3 » de MMM : la femme de Lyonya Golubkov aime manger des gâteaux et boire du thé.



Episode 5 du clip « Lyonya Golubkov 3 » de MMM : Lyonya Golubkov aime la vodka avec les cornichons en saumure.



Episode 6 du clip « Lyonya Golubkov 3 » de MMM : le frère de Lyonya Golubkov est aussi un russe ordinaire. Il a un tatou d'ancre sur ses doigts, il est mineur en province, il parle avec l'accent ouvrier. Très important – il boit le thé à la manière ouvrière russe – il ne verse pas du thé dans une tasse, mais dans l'assiette.

Pour mieux comprendre le fonctionnement de la personne ordinaire sur le marché juridique, il faut analyser cet élément-clé sous l'angle de deux questions :

- Quelle est cette personne ordinaire ? Cette question nous donne 14 variantes.
- Quelle est la connexion de la personne ordinaire à l'affirmation publicitaire ? Cette question produit 2 variantes.

I. Lumière : Quelle est cette personne ordinaire ?

La question « Quelle est cette personne ordinaire ? » décrit les qualités de la personne ordinaire, ses rapports aux autres personnes ordinaires et le niveau de sa médiocrité.

1) Simple.

La variante simple est l'utilisation d'une personne ordinaire dans le spectacle publicitaire sans préciser le niveau de sa médiocrité.

Par exemple, Finnis parle de droit naturel et de rationalité pratique qui favorisent le bien-être de « chaque personne ».¹⁴³ Dworkin dit qu'il faut créer un compte analytique des convictions, des croyances et des considérations dont la personne ordinaire a besoin pour l'entreprise interprétative.¹⁴⁴ Hart insiste sur ce que ni la juge, ni les « autres » ne regardent pas sur les règles comme des positions indiquant qu'il y a une grande probabilité que les fonctionnaires punissent les violatrices,¹⁴⁵ afin de dire que les règles sont adressées aux citoyennes ordinaires.

2) Moyenne.

La variante de la personne moyenne est la précision que la personne ordinaire engagée dans le spectacle publicitaire est « ordinaire », « moyenne », « représentative » ou « normale ».

Joseph Raz parle du « point de vue d'un homme ordinaire » afin de justifier la position que le droit s'adresse aux citoyennes séparées et non uniquement aux fonctionnaires.¹⁴⁶ Dworkin parle de la « personne représentative » dans ses exemples d'interprétations juridiques de situations factuelles.¹⁴⁷ Hart dit que les « citoyennes ordinaires » acceptent la règle de reconnaissance en acquiesçant aux résultats d'opérations officielles, parfois sans en savoir plus sur ces « lois », si ce n'est partie du « droit ».¹⁴⁸

¹⁴³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 406 et 407. Voyez également *ibid.* pp. 32, 40, 68, 152 et 153, 155, 272, 375, 385.

¹⁴⁴ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 67. Voyez également *ibid.* p. 406.

¹⁴⁵ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 10 et 11. Voyez également *ibid.* pp. 14, 20 et 21, 102 et 103, 108, 112, 124 et 125, 137 et 138, 140, 144 et 145, 154, 162.

¹⁴⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

¹⁴⁷ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 406 et 407.

¹⁴⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 61. Voyez également *ibid.* pp. 102 et 103, 108, 116, 171.

3) Renforcée.

La variante de la personne renforcée est la précision que la personne ordinaire engagée dans le spectacle publicitaire est vraiment humaine. Par exemple, John Finnis parle de la « personne humaine ».¹⁴⁹ Cette précision renforce la nature humaine de l'homme.

4) Chaque.

La variante de « chaque personne » est la précision que la fréquence avec laquelle on peut rencontrer la personne ordinaire engagée dans le spectacle publicitaire englobe chaque membre de la société.

Par exemple, il est souligné dans la publicité de Finnis que c'est la « vérité » que « chaque être humain » est un locus de l'épanouissement humain en sa faveur ainsi qu'en faveur de n'importe qui d'autre.¹⁵⁰ Dworkin dit que la « langue d'objectivité » est faite de propositions valables « impersonnellement pour chacune », contrairement à des propositions qui ne seraient valables que pour des personnes avec des croyances ou des connexions ou des besoins ou des intérêts particuliers.¹⁵¹ Hart dit que « les obligations morales, comme la majorité des obligations juridiques » sont compréhensibles pour « chaque adulte normale ».¹⁵²

5) « Chaque chaque ».

La variante de « chaque chaque personne » est la précision que la fréquence avec laquelle on peut rencontrer la personne ordinaire engagée dans le spectacle publicitaire englobe chaque membre de la société sans aucune exception. Par exemple, Finnis utilise des concepts comme :

¹⁴⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 2. Voyez également *ibid.* pp. 406 et 407.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 221. Voyez également *ibid.* pp. 13, 32, 106. Voyez également 2 exemples sur p. 212, pp. 373, 394, 395, 398, 406 et 407.

¹⁵¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 81. Voyez également *ibid.* pp. 4, 340 et 341.

¹⁵² Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 171. Voyez également *ibid.* pp. 4, 124 et 125.

- ❑ « any and every » (« la vie, la connaissance, le jeu, l'expérience esthétique, l'amitié, la religion et la liberté, dans la rationalité pratique, constitue un bien pour n'importe qui et pour chaque personne »)¹⁵³ ;
- ❑ « each et every » (le bien commun exprimé par la Déclaration universelle des droits de l'homme est « le bien-être de chaque (each) et chacune (every) »)¹⁵⁴;
- ❑ « any et each »¹⁵⁵.

6) Honorable.

La variante de « personne honorable » est la précision que la personne engagée dans le spectacle publicitaire, bien qu'elle soit ordinaire, est quand même bonne dans son cœur. La personne honorable se rapproche un peu de la personne intelligente, sauf qu'auparavant, l'accent était mis sur l'intelligence alors qu'ici, il est plutôt sur la bonté de la personne. Par exemple, les « gens qui croient en la validité des normes et qui les suivent » chez Joseph Raz.¹⁵⁶ Hart invite dans son clip publicitaire la « citoyenne idéale, respectueuse des lois ».¹⁵⁷ Finnis parle des individus qui ne peuvent être « soi-même », c'est-à-dire avoir la « dignité » d'une « agente responsable », que si on leur permet et si on les assiste dans la création d'une identité pendant toute leur vie.¹⁵⁸

7) D'un certain niveau.

La variante de « personne d'un certain niveau » est la précision que la personne engagée dans le spectacle publicitaire peut être rencontrée très souvent, mais qu'avec la différence que celle-ci est quand même de un niveau un peu plus élevé que simplement ordinaire. Cette personne se rapproche un peu de la personne intelligente, mais pas complètement.

¹⁵³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 192. Voyez également *ibid.* pp. 155.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 214.

¹⁵⁵ *Ibid.* p. 373.

¹⁵⁶ *Ibid.* pp. 12 et 13.

¹⁵⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 198. Voyez également *ibid.* pp. 111, 226.

¹⁵⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 272. Voyez également *ibid.* p. 361.

Finnis dit que « n'importe quelle personne qui a toute sa tête » est capable de voir que la vie, la connaissance, la camaraderie, etc. sont bonnes en soi.¹⁵⁹

8) Réelle.

La variante de « personne réelle » est la précision que la personne engagée dans le spectacle publicitaire est vraiment réelle. Par exemple, Finnis dit que les « valeurs de base » ne sont pas de simple abstractions, mais des « aspects du bien-être réel » des « individus faits de viande et de sang ».¹⁶⁰

9) Majoritaire.

La variante de « personne majoritaire » est la précision que la personne engagée dans le spectacle publicitaire représente la majorité des gens.

Par exemple, Dworkin fait la fable, selon laquelle, « la majorité des philosophes de justice », contrairement à Nietzsche et à Marx, respecte et emploie le paradigme de leur temps. C'est pour cette raison que ce que Nietzsche et Marks ont écrit n'a pas du tout été considéré comme une théorie de justice.¹⁶¹ Hart écrit que la règle de reconnaissance exige que les juges acceptent les lois du Parlement en tant que droit et que la déviation serait un objet de « criticisme sérieux » de la part de la « majorité prépondérante ».¹⁶²

10) Universalisée.

¹⁵⁹ *Ibid.* pp. 29 et 30.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 225.

¹⁶¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 75 et 76. Voyez également *ibid.* pp. 207, 306 et 307, 340 et 341.

¹⁶² Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 146. Voyez également *ibid.* pp. 2, 116, 197, 233 et 234.

La variante de « personne universalisée » est la personnalisation de grandes groupes de gens. Par exemple, Finnis parle des « citoyennes camarades » pour englober toute la société.¹⁶³ Hart parle des « citoyennes ordinaires » qui acceptent la règle de reconnaissance en tant que position interne et laissent inexprimé beaucoup de ce qui devrait être exprimé dans une position externe. Ce fait signifie, selon cette universalisation des « citoyennes ordinaires » et des fonctionnaires, que la règle de reconnaissance est acceptée et employée dans l' « opération générale du système ».¹⁶⁴

11) « Tous ».

La variante de « tous » est la précision qu'une certaine affirmation publicitaire est partagée par tout le monde. Par exemple, TRUST montre dans sa publicité que « tous » apprécient utiliser ces préservatifs.¹⁶⁵



Episode 1 du clip des préservatifs TRUST sur le parapluie : après

¹⁶³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 363. Voyez également *ibid.* p. 324.

¹⁶⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 108. Voyez également *ibid.* pp. 20 et 21, 101.

¹⁶⁵ Trust (Umbrella), http://www.youtube.com/watch?v=C8MN9F6_Mk4, 12 12 2009.

la fin de la pluie, une fille n'a pas de sac pour y mettre son parapluie.



Episode 2 du clip des préservatifs TRUST sur le parapluie : un garçon se rapproche



Episode 3 du clip des préservatifs TRUST sur le parapluie : le garçon ouvre un préservatif



*Episode 4 du clip des préservatifs TRUST sur le parapluie :
le garçon enfle le préservatif sur le parapluie*



Episode 5 du clip des préservatifs TRUST sur le parapluie : le garçon laisse la fille avec le préservatif sur le parapluie et s'en va



Episode 6 du clip des préservatifs TRUST sur le parapluie : tous les gens autour de la fille commencent à applaudir



*Episode 7 du clip des préservatifs TRUST sur le parapluie :
le policier commence à applaudir*



Episode 8 du clip des préservatifs TRUST sur le parapluie :



*Episode 9 du clip des préservatifs TRUST sur le parapluie :
tout le monde autour de la fille applaudit très vivement*

Sur le marché juridique, nous avons Finnis parlant de la Déclaration *Dignitatis Humanae* du 2^e Conseil du Vatican qui établit que le droit à la liberté de croyance religieuse, de profession et de pratique doit être respecté afin de protéger les droits de « toutes citoyennes » et leur coexistence pacifique.¹⁶⁶ Dworkin écrit que les membres d'un groupe social doivent supposer que les pratiques du groupe se préoccupent de « tous ses membres ».¹⁶⁷

12) De n'importe quelle nationalité.

La variante « personne de n'importe quelle nationalité » est la précision qu'une certaine affirmation publicitaire est partagée par toutes les nations.

¹⁶⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 216. Voyez également encore deux exemples sur p. 216 et sur p. 217.

¹⁶⁷ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 200.

John Finnis énumère également les cultures qui partagent certaines affirmations de l'école du droit naturel¹⁶⁸, il énumère la manière dont le mot « obligation » est exprimée dans des différentes langues : *have to do, must do, duty to do* en anglais, *oporlet facere* en latin, *il faut faire* et *devoir* en français, *lo deon* en grec d'Aristote et d'Euripide, *swanelo* en barotse du Sud d'Afrique.¹⁶⁹

13) De n'importe quelle génération.

La variante de « personne de n'importe quelle génération » est la précision qu'une certaine affirmation publicitaire est partagée par toutes les générations.

Un bon exemple de cette variante est la campagne publicitaire « For Those Who Think Young » de Pepsi Cola.¹⁷⁰ L'idée principale est de dire que toutes les générations ont été jeunes, ont bu du Pepsi et c'est pourquoi, jeunes d'aujourd'hui, vous devez faire la même chose.

¹⁶⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 107. Voyez également *ibid.* p. 108.

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 297.

¹⁷⁰ Britney Spears, *For those who think young*, <http://www.youtube.com/watch?v=zzYODWYftwQ>, 22 Mar. 08.



*Episode 1 du clip « For those who think young » de Britney Spears :
la génération de Marilyn Monroe (1926-1962) en 1958 boit du Pepsi*



*Episode 2 du clip « For those who think young » de Britney Spears :
la génération de 1963 boit du Pepsi*



*Episode 3 du clip « For those who think young » de Britney Spears :
la génération de 1966 boit du Pepsi*



*Episode 4 du clip « For those who think young » de Britney Spears :
la génération des hippies de 1970 boit du Pepsi*



*Episode 5 du clip « For those who think young » de Britney Spears :
la génération de 1989 représentée par Robert Palmer (1949-2003) boit du Pepsi*



*Episode 6 du clip « For those who think young » de Britney Spears :
la génération actuelle représentée par Britney Spears elle-même
et influencée par Michael Jackson (1958-2009) boit du Pepsi*

14) De n'importe quelle profession.

La variante de « personne de n'importe quelle profession » est la précision qu'une certaine affirmation publicitaire est partagée par toutes les professions.

Nous nous souvenons, par exemple, de la campagne publicitaire « The Joy of Pepsi » de Pepsi Cola¹⁷¹ : « The world goes round et round, but some things never change... The Joy of Pepsi ! ». Les gens de professions différentes boivent du Pepsi. Un autre excellent exemple peut être trouvé

¹⁷¹ Britney Spears, *The Joy of Pepsi*, <http://www.youtube.com/watch?v=Jt8uNG02ixA>, 22 Mar. 08.

dans la campagne électorale de Silvio Berlusconi – regardons son clip « Menomale che Silvio c'è » (« Grâce à Dieu, Silvio existe »).¹⁷²



Episode 1 du clip « Menomale che Silvio c'è » : les vendeurs de glaces et leurs clientes chantent : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».

¹⁷² Menomale che Silvio c'è, <http://www.youtube.com/watch?v=WXf-YbsSh0Y>, 12 12 2008.



Episode 2 du clip « Menomale che Silvio c'è » : le professeur à l'université chante : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».



Episode 3 du clip « Menomale che Silvio c'è » : les étudiantes chantent : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».



Episode 4 du clip « Menomale che Silvio c'è » : les boulangères chantent : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».



Episode 5 du clip « Menomale che Silvio c'è » : les constructeurs chantent : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».



Episode 6 du clip « Menomale che Silvio c'è » : les étudiantes chantent : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».



Episode 7 du clip « Menomale che Silvio c'è » : le taxi et ses clientes chantent : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».



Episode 8 du clip « Menomale che Silvio c'è » : la mère avec son enfant à l'école maternelle chante : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».



Episode 9 du clip « Menomale che Silvio c'è » : le conducteur de la grue chante : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».



Episode 10 du clip « Menomale che Silvio c'è » : les femmes chantent en faisant du sport : « Grâce à Dieu, Silvio existe ».

Ronald Dworkin également utilise cet élément-clé. Il commence son clip publicitaire en montrant que « [le droit] fait de nous ce que nous sommes : des citoyennes et des salariées, et des docteurs, et des épouses, et des gens qui possèdent des choses. »¹⁷³ Hart dit que la règles de reconnaissance des dispositions diverses en tant que droit, existe en tant que pratique complexe mais concordante avec « les cours, les fonctionnaires et les personnes privées ».¹⁷⁴

II. Lumière : Quelle est la connexion de la personne ordinaire à l'affirmation publicitaire ?

¹⁷³ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. vii.

¹⁷⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 110.

La perspective « Quelle est la connexion de la personne ordinaire à l'affirmation publicitaire ? » est la question qui identifie le mode d'intégration de la personne ordinaire dans le spectacle publicitaire.

Il y a deux manières de l'intégrer : « pour » et « de ».

1) « Pour ».

La variante « pour » est la précision que certaine technique d'interprétation est commercialisée « pour » bénéficier à la personne ordinaire. Par exemple, Finnis parle des « biens basiques » et des « biens humains » qui sont « pour » « n'importe quel être humain ». ¹⁷⁵ Dworkin dit que le dieu Héraclès en tant que juge respectera le choix du « peuple » même s'il était lui-même en désaccord avec ce choix. ¹⁷⁶ Hart écrit que la justice et la non-discrimination sont créées « pour » satisfaire l'« homme moderne ». ¹⁷⁷

2) « De ».

La variante « de » est la précision que certaines affirmations publicitaires viennent « de » la personne ordinaire. Par exemple, Finnis cite Cicero qui écrit que les dieux et les hommes ont créé la *cosmopolis*, la communauté universelle. L'ensemble a toujours le pouvoir sur ses parties. Ce qui signifie que le pouvoir de la communauté vient des gens ordinaires eux-mêmes. Donc l'image « des dieux et des hommes » ordinaires est créé afin de dire qu'« ils » confirment la légitimité de l'autorité de l'ensemble à l'égard de leurs parts. ¹⁷⁸

Dworkin introduit les personnes ordinaires – les « citoyennes de la communauté des principes » – afin de dire qu'elles veulent être gouvernées par trois principes : la justice, la transparence et le

¹⁷⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 106. Voyez également *ibid.* pp. 2, 155. Voyez également 2 exemples sur p. 212, pp. 221, 225, 272, 406 et 407, 214. Voyez également 2 exemples sur p. 216, pp. 217.

¹⁷⁶ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 340 et 341. Voyez également *ibid.* pp. vii, 200.

¹⁷⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 162. Voyez également *ibid.* pp. 20 et 21, 171.

¹⁷⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 375. Voyez également *ibid.* pp. 12 et 13, 13, 29 et 30, 32, 101, 107, 108, 152 et 153, 297, 361, 373, 394, 395, 398.

procès équitable. Après cette introduction, il présente sa vision de comment mettre ces idéaux en accord.¹⁷⁹

Hart introduit la « majorité des gens » pour dire qu'elle est capable de voir les règles et de les respecter en sacrifiant son intérêt immédiat à court terme, mais que « tous » préfèrent parfois donner la priorité aux intérêts immédiats. Cela justifie le truisme de Hart que la connaissance et la puissance de la volonté humaine sont limitées. C'est un des truismes destinés à décrire le « contenu minimal du droit naturel dans le droit positif ».¹⁸⁰

3. « TOI AUSSI »

L'élément-clé « Toi aussi » est l'affirmation publicitaire que vous consommez également le produit commercialisable. Le but subconscient de cette affirmation est de vous mettre dans le contexte virtuel que vous êtes déjà une consommatrice pour qu'en réalité vous la deveniez.

Cet élément-clé publicitaire doit être analysé sous l'angle de deux questions :

- Quel est le mode d'introduction de « toi » ? Cette perspective nous donne 5 variantes.
- Qu'est-ce que vous faites ? Cette question produit 3 variantes.

I. Lumière : Quel est le mode d'introduction de « toi » ?

La question « Quel est le mode d'introduction de « toi » ? » est l'identification de la forme grammaticale qui introduit le sentiment « toi » ou, autrement dit, intègre la lectrice (la consommatrice) dans le spectacle publicitaire.

1) « Je ».

¹⁷⁹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 406. Voyez également *ibid.* pp. 4, 41 et 42, 67, 75 et 76, 81, 251 et 252, 340 et 341.

¹⁸⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 197. Voyez également *ibid.* pp. 2, 4, 10 et 11, 14, 61, 101, 102 et 103, 108, 112, 118, 124 et 125, 137 et 138, 140, 144 et 145, 146, 154, 233 et 234, 240.

La variante « je » est la situation où la créatrice de publicité utilise le mot « je » afin de créer le sentiment « toi aussi ». Ce sentiment est créé par des affirmations innocentes avec lesquelles la consommatrice, par définition même, est d'accord.

Par exemple, Finnis dit que le « programme politique paternaliste » peut se baser sur une conception de ce qui est exigé pour le concerne égal et pour le respect de tous. Il donne deux exemples empiriques : l'aide forcée dispensée à une toxicomane ou l'interdiction faite à une enseignante de s'attacher sexuellement à son élève. Le « programme politique paternaliste » peut être considéré comme une attitude des parents envers leur enfant et peut être décrit par l'intérêt de la subordonnée : « Je veux que quelqu'un m'empêche de le faire ». Donc la variante publicitaire « toi aussi » est exprimée par la formule de la victime du paternalisme : « Je veux que quelqu'un m'empêche de le faire » qui est attribuable, selon le projet de Finnis, à l'observatrice de ce clip publicitaire.¹⁸¹

2) « Vous ».

La variante « vous » est la situation où le créateur de publicité utilise le mot « vous » afin de créer le sentiment « toi aussi ».

Dworkin décrit la technique d'interprétation juridique qu'il veut vendre en utilisant la formule « vous » et en s'adressant à la lectrice. Il faut remarquer que les pas intellectuels décrit après l'introduction par « vous » sont vraiment innocents, positifs et acceptables. Les formules « vous » sont, par exemple, les suivantes : « supposez que vous n'avez que plusieurs premières sections de *A Christmas Carol* », « vous trouvez qu'aucune de deux interprétations que vous avez, n'est pas réglée suffisamment par quelque chose dans le texte », « votre objectif est de rendre le texte le meilleur possible et, donc, vous choisissez l'interprétation qui, selon vous, fait que le travail est le plus significatif ou autrement le meilleur ».¹⁸²

3) « Nous ».

¹⁸¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 222 et 223. Voyez également *ibid.* p. 63.

¹⁸² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 233. Voyez également *ibid.* pp. 41 et 42, 237.

La variante « nous » est la situation où le créateur de publicité utilise le mot « nous » afin de créer le sentiment « toi aussi ».

Chez Finnis, le sentiment « toi aussi » dans la variante « nous » est introduit par les formules « nous pouvons dire » : nous pouvons dire que quelqu'une est motivée pour poursuivre son projet, car elle agit sur la base de conviction que « la connaissance est un bien qu'il est méritant d'avoir », nous pouvons dire qu'elle a « participé dans ce bien ».¹⁸³

Dworkin introduit ce sentiment, par exemple, par des affirmations subconscientes sur ce que nous faisons et imaginons : « Nous partageons un sens préinterprétatif portant sur les frontières approximatives de la pratique sur laquelle notre imagination doit être entraînée. »¹⁸⁴ Hart joue avec ce que « nous assumons » : dire que la validité de la règle de reconnaissance des dispositions en tant que droit est assumée, mais ne peut jamais être démontrée, revient à dire que nous assumons, sans pouvoir le démontrer, que le standard du mètre à Paris est correct.¹⁸⁵

En fait, j'utilise également cette technique assez souvent pour renforcer une proposition. Cet élément est enraciné dans notre culture, dans notre façon de parler et dans la politesse.

4) « Elle/il »

La variante « elle/il » est la situation où la créatrice de publicité utilise le mot « elle/il » afin de créer le sentiment « toi aussi ». L'identification entre « elle/il » et « toi aussi » peut être atteinte par une description précise, au moyen de « elle », de ce que la lectrice de la publicité fait.

Par exemple, Finnis veut montrer la problématique du choix entre des « aspects basiques du bien-être humain » en donnant l'illustration suivante : elle peut choisir « entre un projet intelligent et

¹⁸³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 64. Voyez également *ibid.* pp. 59, 72, 187 et 188, 332 et 333, 236 et 237, 267, 375, 396, 398, 400, 401 et 402, 404, 406 et 407.

¹⁸⁴ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 75. Voyez également *ibid.* pp. vii, 11, 32, 40, 41 et 42, 68, 79, 83, 91, 92, 119 et 111, 154 et 155, 160, 200, 204 et 205, 208-211, 214 et 215, 217, 255 et 256, 262 et 263, 271-273, 302 et 303, 413.

¹⁸⁵ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 109. Voyez également *ibid.* pp. 7 et 8, 9, 10 et 11, 14, 27 et 28, 52, 107, 108, 112, 116, 124 et 125, 139, 140, 144 et 145, 157, 229, 233 et 234.

raisonnable (disons, comprendre ce livre) et d'autres projets éligibles ». La référence à « comprendre ce livre » lie « elle » à « toi » pour produire « toi aussi ».¹⁸⁶

Hart commence à décrire des questions que se pose un « petit garçon » sur la manière dont il doit lever son chapeau en entrant dans l'église afin de l'associer à la lectrice de la publicité positiviste qui cherche également à trouver une méthode interprétative afin de savoir quel est le régime régulateur en vigueur : quel niveau de performance doit être imité ? Avec quelle main faut-il le lever ? Faut-il le faire vite ou lentement ?¹⁸⁷

5) « Vous et moi ».

La variante « vous et moi » est la situation où le créateur de publicité utilise les mots « vous et moi » afin de créer le sentiment « toi aussi ».

Par exemple, Finnis fait sa publicité du droit naturel en disant que « Il est également vrai que le bien commun est le bien-être de vous et de moi, considérés comme des individus avec des opportunités et des vulnérabilités partagées [...] ».¹⁸⁸ Dworkin veut montrer comment le dieu Héraclès en tant que juge peut solutionner un conflit entre « vous et moi » : moi, je veux apprendre la trompette, et vous – vous voulez étudier l'algèbre.¹⁸⁹ Hart utilise la variante « vous et moi » pour décrire la variété des criticisms, des demandes et des reconnaissances qui peuvent être employés pour analyser une situation normative. Le dialogue « vous et moi » est mis dans le contexte du jeu d'échecs.¹⁹⁰

II. Lumière : Qu'est-ce que vous faites ?

¹⁸⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 100. Voyez également *ibid.* pp. 139.

¹⁸⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 125.

¹⁸⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 372.

¹⁸⁹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 302 et 303.

¹⁹⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 56 et 57.

La perspective « Qu'est-ce que vous faites ? » est le message indiquant ce que vous devez faire dans le cadre du spectacle publicitaire. Il y a trois formes d'activité où vous êtes toujours les bienvenues.

- 1) Se joindre à la position juridique présentée.

La variante d'invitation de se joindre à la position juridique présentée est la situation où la créatrice de publicité essaie d'associer le sentiment « toi aussi » à cette position commune juridique.

Par exemple, en expliquant ce qui est compris par « D » ou par « Dieu », Finnis dit que « D » est « notre habilité à reconnaître les biens, à comprendre les valeurs et leurs principes pratiques équivalents ». ¹⁹¹ Donc « notre » est le sentiment « toi aussi » et « l'habilité de reconnaître les biens, de comprendre les valeurs et leurs principes pratiques équivalents » est la position juridique présentée à laquelle ce sentiment est rattachable.

Dworkin dit que « nous n'avons pas de difficulté à identifier collectivement les pratiques considérées comme pratiques juridiques dans notre propre culture. Nous avons des législatures et des cours, et des agences, et des corps administratifs, et les décisions faites par ces institutions sont reportées d'une manière canonique. » ¹⁹² Le sentiment « toi aussi » est introduit par « nous n'avons pas », par « notre propre culture » et par « nous avons ». La position juridique en question consiste à voir comment identifier les « pratiques juridiques » et leurs concepts.

Hart dit que « si notre comportement est mis en doute, nous sommes disposées à le justifier par une référence à la règle : et l'authenticité de notre acceptation de la règle peut être manifestée non uniquement dans le passé, par la reconnaissance générale postérieure de cette règle et par la conformité à celle-ci, mais aussi par notre criticisme de la déviation de cette règle par nous-mêmes et par les autres ». ¹⁹³ Le sentiment « toi aussi » est créé par les mots « notre comportement », « nous sommes disposées à le justifier », « notre acceptation », « notre criticisme » et « par nous-mêmes ».

¹⁹¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 404. Voyez également *ibid.* pp. 63, 64, 100, 139, 222 et 223, 267, 372, 375, 396, 398, 400, 401 et 402, 406 et 407.

¹⁹² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 91. Voyez également *ibid.* pp. vii, 11, 32, 40, 68, 75, 110 et 111, 200, 204 et 205, 208-211, 214 et 215, 217, 233, 237, 262 et 263.

¹⁹³ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 140. Voyez également *ibid.* pp. 125, 157, 233 et 234.

La position juridique que Hart veut vendre est l'existence de la « règle de reconnaissance » et son application dans la vie quotidienne de chaque consommatrice.

2) Se joindre à la défense commune.

La variante d'invitation à se joindre à la défense d'une position juridique est la situation où la créatrice de publicité essaie d'associer le sentiment « toi aussi » à cette défense.

Finnis écrit que « nous ne devons pas être perturbées » par les affirmations de sceptiques juridiques qui relativisent la valeur de la connaissance rationnelle. Il montre un clip avec deux personnages : un « homme bien informé » et un « homme embrouillé, dupé et ignorant », afin de dire que le premier est meilleur et le deuxième est victime des sceptiques comme les écd.¹⁹⁴ Donc, la « nous ne devons pas » est l'introduction de « toi aussi » et la comparaison de « deux hommes » est la défense de la position du droit naturel.

Dworkin défend les pratiques chamaniques en tant qu'« objectives » contre les écd en attachant « toi aussi » à ces pratiques : « notre pratique juridique », « notre culture juridique ». Ensuite, il passe à la stratégie de l'hyperbolisation aspectuelle.¹⁹⁵

Hart également accompagne son hyperbolisation aspectuelle des écd et sa défense du positivisme juridique de l'élément-clé « toi aussi ». Il dit qu'« une règle qui se termine par le mot « sauf... » est toujours une règle » et il attache à cette position « nous ». Si « nous promettons » de visiter une amie, mais après découvrons qu'il faut rester avec une personne qui s'avère être dangereusement malade, cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de règle qu'il faut tenir les promesses et que le suivi d'une promesse n'est qu'une certaine régularité.¹⁹⁶

3) Se joindre à l'attaque commune.

¹⁹⁴ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 72. Voyez également *ibid.* pp. 59, 236 et 237, 332 et 333.

¹⁹⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 271-273. Voyez également *ibid.* pp. 79, 83, 160.

¹⁹⁶ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 139. Voyez également *ibid.* pp. 144 et 145.

La variante d'invitation de se joindre à l'attaque contre un concurrente est la situation où le créateur de publicité essaie d'associer le sentiment « toi aussi » à cette attaque.

Finnis attaque la position de Robert Nozick consistant à dire que l'intervention distributive de l'État est une violation du droit de propriété. L'hyperbolisation aspectuelle est accompagnée de l'élément publicitaire « toi aussi » : « supposez que nous abandonnons » l'État en tant qu'intervenant dans la redistribution ; de cette manière « nous découvrons » que Nozick a peu à dire en faveur de l'assomption que ce qu'une personne a acquis à juste titre, elle peut le maintenir sans prendre en compte des besoins d'autres ; « si nous ne voyons pas de raison pour adopter son assomption » et « si nous préférons » le principe, selon lequel, certains biens doivent être traités par toutes pour le bénéfice de toutes, la question de la coercition étatique devient très secondaire.¹⁹⁷

Dworkin attaque John Chipman Gray, le réaliste qui soutient que le droit se réduit aux règles posées par la juge et que tout le reste – législation, statuts, précédents – n'est que « sources » du droit.¹⁹⁸ Le sentiment « toi aussi » joue un rôle important dans cette hyperbolisation aspectuelle : « nous comprenons » très bien ce qu'il dit quand il nie que le code du trafic est droit ; « nous ne pouvons pas être sûr » que cette vision est vraiment un non-sense comme « nous supposons » sans lui écouter et sans découvrir « si nous partageons cette conviction » ; « si nous restons convaincues » que ces visions ne sont pas qu'erronées, mais fondamentalement erronées, que cette interprétation radicale a perdu le sens principal, « ça sera suffisant pour nous pour dire que » ces visions sont absurdes.¹⁹⁹

Hart attaque le droit naturel en disant qu' « il est possible, bien que difficile, d'imaginer que » les gens avec des croyances générales « très différentes des nôtres » puissent attacher de l' « importance *morale* » à la conduite sur le côté gauche, et non sur le côté droit, de la route.²⁰⁰ Donc il y a un élément « toi aussi » destiné à intégrer la consommatrice à cette attaque.

¹⁹⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 187 et 188.

¹⁹⁸ John Chipman Gray, *The Nature and the Sources of the Law*, 2e éd., Boston : Beacon, 1963 (1909).

¹⁹⁹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 92. Voyez également *ibid.* pp. 154 et 155, 255 et 256.

²⁰⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 229. Voyez également *ibid.* pp. 109.

4. LA CRÉATION DU DÉMON

La création du démon est l'affirmation publicitaire indiquant que si une technique particulière d'interprétation juridique n'est pas utilisée (si vous n'achetez pas cette marchandise), il y aura des conséquences mauvaises (le démon viendra²⁰¹. L'élément-clé « la création du démon » a quatre variantes.

1) Le tyran.

La variante du tyran est l'affirmation publicitaire indiquant qu'une certaine technique d'interprétation juridique doit être utilisée (cette marchandise doit être achetée) puisque ceci vous protège contre un tyran (contre un démon. Par exemple, Finnis parle du « chef despotique de la tribu nègre ».²⁰²

2) L'énumération des types de Mal.

La variante de l'énumération des types de Mal est l'affirmation publicitaire indiquant qu'une certaine technique d'interprétation juridique doit être utilisée (cette marchandise doit être achetée) puisque ceci donne la protection contre une série de types de Mal (contre plusieurs démons différents).

Par exemple, en expliquant la nécessité de poursuivre le bien humain consistant en l'absence de préférence arbitraire parmi les personnes, Finnis admet qu'il y a un champ raisonnable pour la préférence de soi-même, mais il énumère les maux liés à l'abus de cette préférence : la présomption, les standards doubles, l'hypocrisie, l'indifférence par rapport au bien d'autres auquel celle pourrait facilement contribuer, l'égoïsme et l'opinion préconçue.²⁰³

²⁰¹ Erich Fromm, "Avtoritarnaya lichnost" dans D. Raygorodsky (dir.), *Psikhologiya I psikhoanaliz vlasti: Khrestomatiya*, vol. 2, Samara: Bakhrakh, 1999, p. 85.

²⁰² Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 5 et 6. Voyez également *ibid.* pp. 13, 246, 265, 272 et 273, 274.

²⁰³ *Ibid.* pp. 107, 106, 112, 220, 233.

3) Le groupe de démons.

La variante de l'identification du groupe de démons est la déclaration publicitaire indiquant qu'une certaine technique d'interprétation juridique doit être utilisée (cette marchandise doit être achetée) puisqu'elle aide à combattre un groupe de démons. Par exemple, Hart emploie des concepts tels que les « diables »²⁰⁴, le « mal »²⁰⁵ et les « gens qui désobéissent à la loi »²⁰⁶. Finnis invite le groupe des démons « sadistes » afin de dire qu'en maximisant la satisfaction humaine nous pouvons exclure les sadistes.²⁰⁷

4) La forme dégradée.

La variante de l'identification de la forme dégradée est la déclaration publicitaire indiquant qu'une certaine vision juridique doit être utilisée (cette marchandise doit être achetée) parce qu'autrement certains arrangements positifs se dégraderont (seront détruits par le démon de la dégradation).

Par exemple, Finnis veut justifier l'existence de l'autorité en montrant la forme dégradée de la prise de décisions par l'unanimité : ce régime est pratiquement impossible car les gens sont motivés par l'égoïsme et par l'imprudence.²⁰⁸ Dworkin crée la forme dégradée de la consistance dans la jurisprudence : la perverse consistance consiste, par exemple, à refuser de sauver plusieurs prisonnières puisqu'il est impossible de les sauver toutes. L'intégrité juridique est différente de la perverse consistance.²⁰⁹

²⁰⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 196.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 210.

²⁰⁶ *Ibid.* p. 198.

²⁰⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 112. Voyez également *ibid.* p. 390.

²⁰⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 223. Voyez également *ibid.* pp. 108, 138, 173 et 174, 220, 234 et 235, 260.

²⁰⁹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 184. Voyez également *ibid.* pp. 142 et 143, 148, 235 et 236, 378.

5. UNE HISTOIRE DE SUCCÈS

Une histoire de succès est une histoire qui doit démontrer le fonctionnement réussi²¹⁰ d'une certaine vision juridique.

1) Simple.

Une histoire simple de succès est la situation où le créateur de publicité présente sa vision théorique et donne tout de suite un petit exemple pour l'illustrer.

Par exemple, Finnis présente la vision théorique suivante : une partie de notre unité dans la communauté humaine est l'unité de l'intelligence dans ses capacités, dans ses performances et dans son produit – dans la connaissance. Cette vision est accompagnée d'une petite illustration : nous pouvons parler de « ce que la science a établi », bien que personne ne connaisse toutes les sciences (et même une seule science dans son entièreté).²¹¹

Dworkin présente sa vision théorique que « le droit ne peut pas s'épanouir en tant qu'entreprise interprétative dans n'importe quelle société sauf s'il y a un accord initial suffisant pour définir quelles pratiques sont des pratiques juridiques ». Cette position est accompagnée d'un exemple : cela ne fait pas sens de discuter sur la meilleure interprétation du poème si l'un a dans sa tête le texte de « *Sailing to Byzantium* » et l'autre le texte de « *Mathilda Who Told Lies* ». ²¹²

Hart, à son tour, présente la position que les règles ne sont pas seulement des prédictions, mais aussi des attitudes internes. Il illustre cela par le feu rouge : les personnes ne regardent pas le feu rouge comme le signe que les autres vont s'arrêter ; elles le comprennent comme un signal leur imposant elles-mêmes de s'arrêter.²¹³

²¹⁰ Evgeny Pesotskiy, *Reklama I psikhologiya potrebitelia*, Postov-na-Donu: Fenix, 2004, p. 114-115.

²¹¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 137. Voyez également *ibid.* pp. 107, 119, 152, 168, 180 et 181, 188 et 189, 198 et 199, 216 et 217, 281, 282, 282 et 283, 284 et 285, 285, 287, 332 et 333, 333 et 334, 334, 336.

²¹² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 90 et 91. Voyez également *ibid.* pp. 3, 4, 36, 47, 55, 81, 204 et 205, 229-231, 276-278 et 280, 286-288.

²¹³ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 90 et 91. Voyez également *ibid.* pp. 18, 25, 30 et 31, 39, 42, 44 et 45, 57, 69, 82, 84, 103 et 104, 107, 109, 112, 124 et 125, 133, 134, 139, 140 et 141, 147, 157 et 158, 163, 171, 2 exemples sur p. 195, pp. 211, 217-220, 257.

2) Deux exemples extrêmes.

La variante de l'invocation des deux exemples extrêmes est la présentation publicitaire de deux situations totalement opposées afin de : soit montrer une solution dans le tampon, soit glorifier l'un des deux pôles.

Par exemple, John Finnis compare l'ordre social de « la tribu nègre sous l'autorité du chef despotique » et « la constitution de la République suisse » afin de glorifier l'existence du « droit ». ²¹⁴ Les « suisses » constituent l'histoire de succès.

Dworkin crée deux pôles extrême : le scepticisme qui ignore le point de vue interne sur le droit et qui nie le droit, d'un côté, et ce que le scepticisme attaque, d'un autre côté, – la considération que l'interprétation juridique est comme physique et que les valeurs morales sont « en dehors ». Dworkin montre le chemin du centre : sa théorie ne fait pas de déclarations tellement radicales. Elle se limite à soutenir que *Hamlet* est sur le délai et que l'esclavage est mauvais. ²¹⁵ *Hamlet* et l'esclavage sont, donc, des petites histoires de succès publicitaires.

3) Un exemple extrême négatif.

La variante de l'invocation d'un exemple extrême négatif est la présentation publicitaire d'une situation clairement négative afin de pousser la consommatrice vers sa marchandise.

Par exemple, Finnis donne un exemple négatif en provenance de l'Évangile selon Luc : un homme qui a investi toute son énergie afin d'accroître ses richesses en ne poursuivant que le but de boire et manger, est appelé un « sot ». Cette petite histoire pousse vers la conclusion du droit naturel que l'argent n'est pas la chose la plus importante. ²¹⁶ Dworkin donne l'histoire du succès de notre société où il est devenu paradigmatique que punir des gens innocents est injuste, que l'esclavage est injuste

²¹⁴ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 5 et 6. Voyez également *ibid.* pp. 11, 32, 59, 108, 173 et 174, 176.

²¹⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 83.

²¹⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 105. Voyez également *ibid.* pp. 112, 189, 217, 275.

et que voler chez les pauvres au bénéfice des riches est injuste.²¹⁷ Hart donne l'exemple négatif du traitement inégal des assassines à la seule raison de la couleur rouge de leurs chevaux. La petite histoire du succès consiste en ce qu'elles soient traitées actuellement de manière équivalente. Par contre, la personne qui a toute sa tête et la folle doivent être traitées différemment.²¹⁸

4) L'expérience immédiate.

La variante de l'expérience immédiate est l'invocation publicitaire d'un exemple très proche de ce que la consommatrice fait pendant la lecture du texte publicitaire ou ce qu'elle fait chaque jour pour se distinguer d'autres gens.

Par exemple, Finnis dit que « la connaissance est quelque chose de bien à avoir », « être bien informée et avoir une tête claire est une bonne manière d'être », « désarroi et ignorance doivent être évités » - ce sont des « principes de rationalité pratique ». Il donne une histoire de succès d'application de ces principes laquelle est liée directement à ce que la consommatrice fait de manière immédiate :

- i. « Il serait bien de trouver la vérité sur les principes allégués du droit naturel ;
- ii. la lecture critique de ce livre semble m'aider à trouver ce que je veux trouver sur ces matières ;
- iii. donc, malgré son ennui, je le lirai profondément et penserai aux arguments principaux. »²¹⁹

Dworkin critique l'image de la société idéale basée sur l'amour en disant que « Si nous ne sentions rien de plus pour les amantes ou pour les amies, ou pour les collègues que le souci le plus intense que nous pourrions sentir de toutes citoyennes amicales, cela ne signifierait pas l'universalité de l'amour, mais son extinction ».²²⁰ Par cette histoire de succès où la société commence, finalement, à fonctionner proprement sans le devoir d'aimer tout le monde, Dworkin emploie la variante de

²¹⁷ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 75. Voyez également *ibid.* pp. 80 et 81, 172.

²¹⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 160. Voyez également *ibid.* pp. 159, 162, 164, 165, 200, 205, 210, 257.

²¹⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 63. Voyez également *ibid.* pp. 59, 64, 100, 120, 136. Voyez également 2 exemples sur p. 137, sur pp. 139, 152.

²²⁰ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 215.

l'expérience immédiate car il met l'accent sur les sentiments immédiats d'une consommatrice envers ses amantes, ses amies, ses collègues et les personnes qu'elle ne connaît pas.

5) Un exemple imaginaire.

La variante d'un exemple imaginaire est la présentation publicitaire d'une illustration imaginaire qui est placée parfaitement dans la vision juridique de la créatrice de publicité.

Par exemple, Robert Nozick et John Finnis parlent de la « machine d'expérience » qui stimule le cerveau et permet de choisir n'importe quelle expérience à condition de passer toute sa vie avec cette expérience : la découverte d'un théorème important, la victoire d'un jeu excitant, le partage d'amitié satisfaisante, la lecture ou l'écriture d'une nouvelle magnifique, ou même l'expérience de voir le Dieu. Par contre, Finnis ne mentionne pas l'expérience de l'orgasme, qui serait proposée par Gilles Deleuze. Cette machine d'expérience lui est nécessaire pour créer l'histoire de succès montrant que la routine physique doit exister pour la poursuite et pour la réalisation des valeurs basiques.²²¹

Dworkin crée l'exemple imaginaire du sauvetage des prisonnières de la tyrannie. Cette histoire de succès montre qu'il est mieux de sauver plusieurs prisonnières choisies arbitrairement et laisser les autres à la torture, plutôt qu'aucune en s'assurant de l'égalité au niveau du principe.²²²

Hart traduit le dilemme sur le pouvoir du Parlement en un exemple imaginaire sur Dieu : est-il capable de créer une pierre qu'il ne pourra pas lui-même soulever ?²²³

6) Un exemple parodique.

La variante de l'exemple parodique est la présentation publicitaire d'une vision juridique (de la marchandise) de la concurrente comme absurde.

²²¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 95 et 96.

²²² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 181 et 184. Voyez également *ibid.* pp. 68-70.

²²³ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 149 et 150. Voyez également *ibid.* pp. 52 et 53, 92 et 93.

Finnis attaque l'école utilitariste qui cherche à choisir l'interprétation juridique maximisant l'utilité de ses conséquences. Il dit qu'une telle conjugaison de biens pour les maximiser est « sans sens ». C'est la même chose qu'essayer de calculer la somme de la taille de cette page, du nombre six et de la masse de ce livre.²²⁴

Dworkin attaque celles qui critiquent les juges pour l'absence de prévisibilité. Il pense que le rejet des prédictions même basées sur la balance des probabilités n'est pas injuste, car ce n'est pas injuste si mon cheval perd malgré le fait que j'étais convaincu, pour une bonne raison, qu'il serait le vainqueur.²²⁵

Hart fait une affirmation réaliste en critiquant l'attitude selon laquelle les juges doivent « obéir » aux ordonnances des « Fondatrices de la Constitution » ou à une « commande dépsychologisée ». Il donne un exemple parodiant en disant qu'une commande dépsychologisée ou sans commandant n'est pas plus sérieuse que la notion d'un neveu sans un oncle.²²⁶

7) La série d'exemples indépendants.

La variante de la série d'exemples indépendants est la situation où la créatrice de publicité présente sa vision théorique et donne tout de suite après plusieurs petits exemples se trouvant au même niveau pour illustrer cette vision.

Par exemple, Finnis dit que les normes morales ne remplacent pas le droit positif, mais le justifient. Elles justifient les institutions principales réglées et maintenues par le droit : le gouvernement, le contrat, la propriété, le mariage et la responsabilité criminelle²²⁷ (série d'exemples indépendants – l'histoire de succès).

²²⁴ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 113.

²²⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 141. Voyez également *ibid.* pp. 92, 223, 337 et 338, 350-354.

²²⁶ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 113. Voyez également *ibid.* pp. 33 et 34, 188-190, 191, 215, 229.

²²⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 290. Voyez également *ibid.* pp. 86, 137, 163, 218, 220, 222 et 223, 289.

Quand Dworkin décrit sa théorie de la « vraie communauté », il dit que l'appartenance à une communauté n'est pas toujours involontaire et que parfois il faut que la volonté de s'y intégrer soit présente. Il donne une petite série d'exemples : Dworkin ne peut pas devenir un citoyen de Fidji au seul motif que les gens décident de le considérer en tant que tel ; Dworkin ne peut pas devenir un ami de son voisin dans l'avion au seul motif que ce dernier a décidé de se considérer comme ami de Dworkin.²²⁸

Hart fait l'hyperbolisation aspectuelle avec la position que les « règles » ne constituent qu'une certaine régularité du comportement en donnant une série des exemples : il y a une différence entre la règle qu'en Angleterre un homme ne peut pas porter un chapeau à l'Église ou la règle qu'il faut se lever quand la chanson nationale « *God Save the Queen* » est jouée, d'un côté, et l'habitude de boire un thé le matin ou d'aller au cinéma chaque semaine, d'un autre côté.²²⁹

8) La série d'exemples subordonnés.

La variante de la série d'exemples subordonnés est la situation où la créatrice de publicité présente sa vision théorique et donne immédiatement un petit exemple divisé en plusieurs parties pour illustrer cette vision.

Par exemple, la publicité de Finnis annonce qu'il y a une « hiérarchie sociale des normes pratiques » créée par la société au moyen du « choix raisonnable des engagements » afin de permettre à la personne de « mesurer raisonnablement les bénéfices et les coûts des alternatives ». Il donne une série d'exemples indépendants : « un homme qui a décidé de devenir académicien » et la société qui a décidé de commencer une guerre. Ensuite, il donne un exemple d'un autre niveau, lui-même partagé en deux exemples subordonnés : « la hiérarchie sociale des normes pratiques » permettant de « mesurer raisonnablement les bénéfices et les coûts des alternatives » est nécessaire par analogie au marché (exemple d'un autre niveau) où il y a les devises (premier exemple subordonné) permettant la comparaison (deuxième exemple subordonné) des prix, des coûts et des

²²⁸ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 201 et 202. Voyez également *ibid.* pp. vii, 48, 152 et 153, 172, 235 et 236, 281, 282, 250-354.

²²⁹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 9. Voyez également *ibid.* pp. 2, 4, 14, 27 et 28, 32, 72, 73 et 74, 140, 263.

bénéfices (série d'exemples indépendants).²³⁰ Le bon fonctionnement de ces exemples dans nos cerveaux est l'histoire du succès publicitaire.

Hart fait une hyperbolisation aspectuelle de la conclusion des réalistes affirmant que « le droit est ce que les juges font » en introduisant l'exemple du jeu de basket-ball ou de cricket (série de deux exemples indépendants). Le créateur de publicité dit que si la marqueuse viole de manière permanente ce que les joueuses considèrent comme des « règles », soit les joueuses changeront de marqueuse (premier exemple subordonné), soit cela deviendra un nouveau jeu qui ne sera plus le basketball ni le cricket mais une « discrétion de la marqueuse » (deuxième exemple subordonné).²³¹

9) Un exemple empirique.

La variante d'un exemple empirique est la situation où la créatrice de publicité choisit un cas judiciaire réel et le présente comme étroitement lié avec sa vision juridique.

Par exemple, Dworkin montre comment le dieu Héraclès agirait dans l'affaire empirique *Université de Californie c. Bakke* devant la Cour Suprême états-unienne. Là, la Cour Suprême a maintenu que les quotas raciaux pour l'admission à l'université, introduits dans le cadre de l'action affirmative pour les Noires, sont inconstitutionnels. Le blanc Bakke faisait valoir que s'il était Noir, il serait admis à l'université, car il y avait des Noires qui, au sein du quota noir, avaient réussi avec des résultats inférieurs. Les exigences au sein du quota blanc étaient supérieures à celles chez les Noires. Dworkin dit que le dieu Héraclès mettrait l'accent non sur la catégorie (autrement dit, sur l'exclusion de Bakke en raison de son appartenance à la catégorie blanche), comme il est fait par les juges étatsuniennes, mais sur les sources, sur le but socialement positif d'augmenter le nombre de personnes instruites parmi les Noires. Le dieu Héraclès dirait également que la division pleine en catégories, sans prendre en considération les autres facteurs, est inconstitutionnelle et incompatible avec le principe d'intégrité, mais qu'il garderait les quotas pour son objectif positif et pour l'état

²³⁰ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 111. Voyez également *ibid.* pp. 136, 147.

²³¹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 144 et 145.

actuel de la population noire en raison de sa vision que cet objectif et cet état peuvent être réconciliés avec la Constitution.²³²

Le positivisme de Hart déclare que les obligations d'un État peuvent, dans certains cas, être engagées sans son consentement ou, autrement dit, sans qu'il signe un traité international. Il donne deux exemples empiriques : en premier lieu, il est considéré que lorsqu'un nouvel État indépendant voit le jour, il est tenu de respecter les obligations générales du droit international, comme les traités internationaux qu'il signe (l'Irak en 1932 et l'Israël en 1948). En second lieu, un État sans accès à la mer qui reçoit un tel accès est obligé de respecter le droit international maritime même s'il ne fait pas partie aux traités respectifs. Ceci est la règle de reconnaissance au niveau du droit international.²³³

6. LA PERSONNE MALCHANCEUSE

La personne malchanceuse est la personne invitée pour participer au spectacle publicitaire pour partager son expérience négative et raconter toutes ses difficultés qui lui sont arrivées comme une conséquence du non-usage d'une certaine technique juridique (il n'a pas acheté notre marchandise.

Par exemple, selon la créatrice de publicité de l'IKEA, les gens qui n'utilisent pas les meubles d'IKEA sont des personnes malchanceuses.²³⁴

²³² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 394 et 396. Voyez également *ibid.* pp. 2, 15, 20 et 21, 23 et 24, 29, 34, 36, 39, 177, 219, 219 et 220, 240-245, 240, 241 et 246, 240, 241, 249 et 250, 321-324, 326, 337 et 338, 340 et 341, 350-354, 360 et 361, 387 et 388, 389-391, 401.

²³³ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 226. Voyez également *ibid.* pp. 27 et 28, 72, 73 et 74, 106, 120 et 121, 125, 131, 228, 232 et 233, 250, 262.

²³⁴ Besoin de neuf ? IKEA. <http://www.youtube.com/watch?v=w8bqPFp2hD8>. 12 12 2009.



Episode 1 du clip « Besoin de neuf? IKEA » : le garçon emploie la serviette qui couvre ses organes génitaux après la douche pour essuyer l'eau qui s'écoule de la casserole bouillante, mais voit que le pied de la table se casse et cette table tombe.



Episode 2 du clip « Besoin de neuf? IKEA » : le garçon saisit la table tombante



Episode 3 du clip « Besoin de neuf? IKEA » : le garçon a saisi sa table tombante, mais le buffet tombe également – donc il faut le saisir aussi



Episode 4 du clip « Besoin de neuf? IKEA » : en même temps la serviette qu'il a utilisé

pour essayer l'eau qui s'écoule de la casserole bouillante, commence à brûler.



Episode 5 du clip « Besoin de neuf? IKEA » : avec une main le garçon retient le buffet tombant, avec l'autre – la table tombante et il essaie de souffler le feu.



Episode 6 du clip « Besoin de neuf? IKEA » : le garçon prend le lait en dents pour le jeter au feu et pour l'étendre, mais il voit par la fenêtre que sa voiture est en train d'être évacuée par des services responsables.



Episode 7 du clip « Besoin de neuf? IKEA » : le garçon voit par la fenêtre que sa voiture est en train d'être évacuée par des services responsables.



Episode 8 du clip « Besoin de neuf? IKEA » : le garçon laisse tout tomber et court nu pour empêcher le départ de sa voiture. Il est trop tard et un vrai feu démarre dans sa maison.

Dans la publicité juridique, il faut distinguer 5 variantes de la personne malchanceuse.

1) Un groupe malchanceux.

Une des variantes pour présenter la personne malchanceuse est d'intituler un groupe entier en tant que malchanceux. Par exemple, Dworkin nous montre l'image des juristes qui n'ont pas des « essentiels de l'appareil convenant pour un criticisme intelligent et constructif de ce que nos juges font ».²³⁵ Finnis nous montre la mise en scène de la « tribu nègre » qui n'a pas de « droit ».²³⁶

2) Un héros.

Une des variantes pour présenter la personne malchanceuse est de montrer un héros positif malchanceux en raison du non-usage d'une certaine technique juridique (il n'a pas acheté notre

²³⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 11. Voyez également *ibid.* pp. 110 et 111.

²³⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 5 et 6. Voyez également *ibid.* p. 147.

marchandise). Par exemple, le dieu Hermès de Dworkin est un juge moins idéal que le dieu Héraclès, qui construit une intégrité moins cohérente et a moins du temps pour analyser les cas.²³⁷

Dans la publicité de Hart, le héros malchanceux est le monarque Rex qui ne peut gouverner sa population qu'en donnant des ordres directs et personnels à chaque personne, car il n'y a pas de « droit » dans cette société et car les gens n'obéissent que par « habitude », l'habitude de même niveau que celle consistant à aller à la taverne le samedi soir. Ensuite, Rex aura des problèmes, selon Hart, pour passer le pouvoir à son fils Rex II car il n'y aura alors pas d'habitude établie d'obéir au nouveau monarque. De cette manière Hart cherche à démontrer que les règles sociales ne sont pas simples « habitudes ».²³⁸

3) Un bébé, une étrangère.

La personne malchanceuse peut être montrée comme un enfant ou comme une étrangère. L'image du bébé malchanceux touche plus profondément les sentiments de la consommatrice.

Cette variante est utilisée par H.L.A. Hart quand il dit que l'attitude interne envers la reconnaissance du droit, ignorée par les sceptiques se limitant à l'observation externe, est exactement ce qui distingue les mouvements d'une joueuse d'échec adulte par rapport aux mouvements d'un bébé.²³⁹ John Finnis hyperbolise également ce que nous, les sceptiques, disons. Il pense que nous ne reconnaissons pas la « valeur de la connaissance » et il dit que « la valeur de la vérité devient évidente seulement à celle qui a eu l'expérience du désir ardent de la question (*experienced the urge to*), qui a saisi la connexion entre la question et la réponse, qui comprend que la connaissance est constituée par des réponses correctes à des questions particulières, et qui est consciente de la possibilité de questions supplémentaires, et d'autres personnes qui comme elle-même se questionnent et qui sont susceptibles de bénéficier de l'avantage d'aboutir à des réponses correctes ». Par contre, un « bébé nouveau-né » n'a pas d'un tel ensemble d'inclinations, de mémoires, de compréhensions et d'expériences.²⁴⁰

²³⁷ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 318 et 319. Voyez également *ibid.* pp. 320, 321-334, 321-324, 336.

²³⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 52.

²³⁹ *Ibid.* p. 140. Voyez également *ibid.* p. 2.

²⁴⁰ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 65.

4) Une femme simple.

La personne malchanceuse peut être présentée comme un homme ou une femme simple.

Par exemple, Finnis dit qu'une « académicienne » peut avoir peu de goût ou de capacité pour l'amitié, mais il serait irraisonnable pour elle de nier qu'objectivement la vie humaine et l'amitié sont des « valeurs en elles-mêmes ».²⁴¹ Hart remplace l' « homme mauvais » proposé par les réalistes par un « homme perplexe », par un « homme ignorant » qui veut faire ce qui est exigé, et par un « homme qui veut arranger ses affaires ».²⁴²

5) La concurrente.

Finalement, il est toujours bien de montrer votre concurrente en tant que malchanceuse.

Par exemple, John Finnis dit que John Rawls est « irrationnel et limitant sa croissance » ou se mutilant ou, autrement dit, malchanceux, puisqu'il n'ajoute pas « la vérité, le jeu, l'art et l'amitié » à sa « théorie mince du bien ». La théorie de la justice de Rawls se limite au choix des principes de liberté, d'opportunité, de richesse et de respect de soi.²⁴³

Dworkin appelle les positivistes « les juristes sentimentales » pour l'attitude que le droit pur peut fonctionner lui-même sans interprétations. Il déclare qu'il n'y a pas de droit plus pur que l'intégrité.²⁴⁴

Hart reconnaît la lutte permanente entre le besoin de définir des règles claires pour qu'un individu puisse les appliquer sans conseil professionnel et le besoin de laisser le système juridique ouvert. Ensuite, il dit que « la théorie du droit a une histoire curieuse en la matière, puisqu'elle est capable

²⁴¹ *Ibid.* p. 105. Voyez également *ibid.* pp. 72, 105 (encore un exemple).

²⁴² Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 40.

²⁴³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 106. Voyez également *ibid.* pp. 5 et 6.

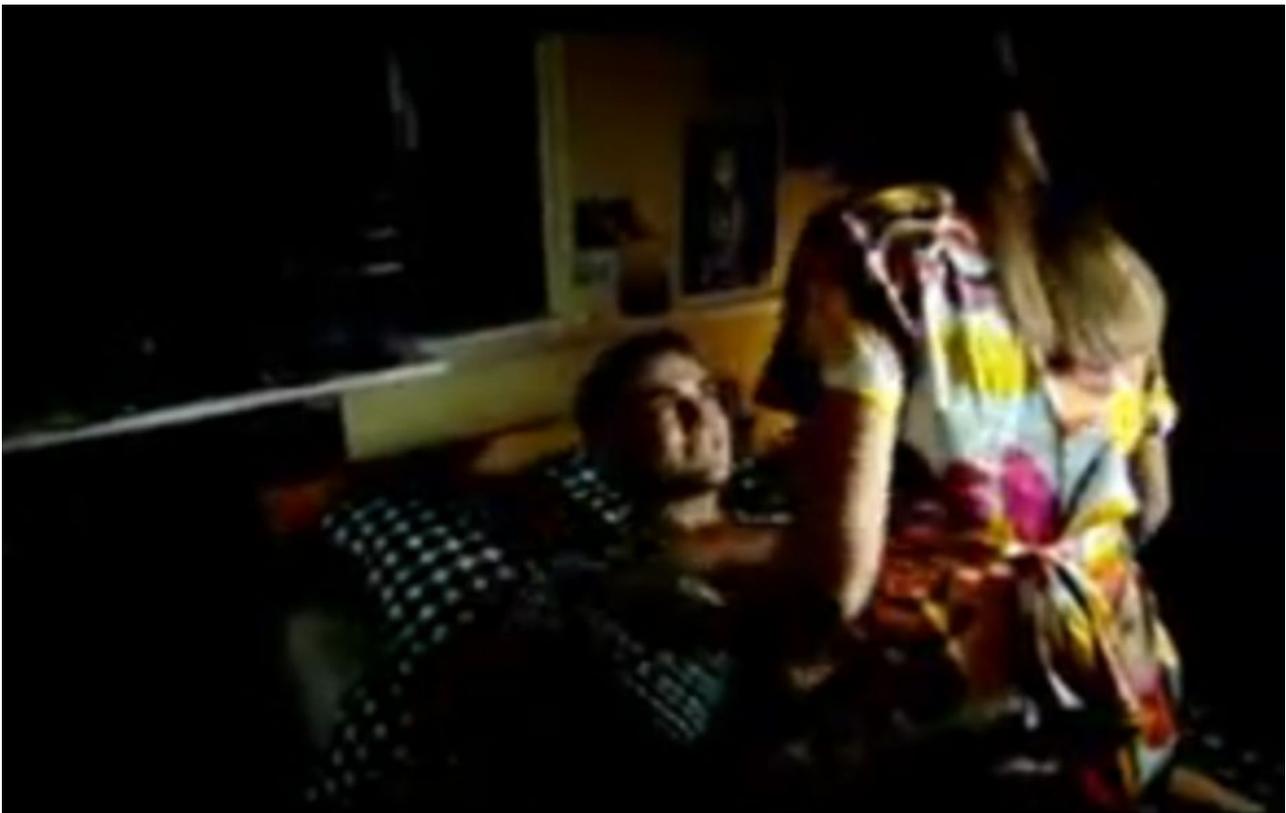
²⁴⁴ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 400.

soit d'ignorer, soit d'exagérer les indéterminations des règles juridiques ». Autrement dit, les concurrentes, les positivistes et les réalistes, sont malchanceuses.²⁴⁵

7. LA FAMILLE

La famille est un élément-clé très important. L'image de la famille doit attacher la confiance, placée par la consommatrice dans la famille, à la marchandise.²⁴⁶

Cette technique publicitaire est utilisée, par exemple, dans le clip des préservatifs *Jonny's*.²⁴⁷



Episode 1 du clip des préservatifs Jonny's : un garçon rentre chez lui avec une fille pour faire l'amour

²⁴⁵ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 130. Voyez également *ibid.* pp. 89, 90 et 91, 138 et 139, 147, 229

²⁴⁶ Nina Lygina, Tatyana Makarova, *Povedenie potrebiteley*, Moscou : Forum, 2005, p.21.

²⁴⁷ Jonny's Condoms, <http://www.youtube.com/watch?v=xHagIVGGdOo>, 12 12 2009.



Episode 2 du clip des préservatifs Jonny's : la maman déboule pendant qu'ils font l'amour



Episode 3 du clip des préservatifs Jonny's : la maman qui est venue pendant qu'ils font l'amour demande si son fils utilise les préservatifs Jonny's et le fils répond que « oui »



*Episode 4 du clip des préservatifs Jonny's : la maman revient encore une fois pendant qu'ils font l'amour pour
Conseiler
à son fils de faire le cunnilingus à sa copine. Le garçon demande qu'elle sorte, puis suit le conseil*

Sur le marché juridique, cette technique publicitaire (élément-clé) doit être vue à la lumière de deux perspectives :

- Quel est le rôle stratégique de la famille dans le spectacle publicitaire ? Nous obtenons deux réponses.
- La famille, par qui et comment est-elle représentée ? Cette question produit 11 variantes.

I. Lumière : Quel est le rôle stratégique de la famille dans le spectacle publicitaire ?

Le rôle stratégique de la famille tient au rôle qu'elle dans le spectacle publicitaire.

1) L'expression du principe.

La variante de l'expression du principe est le spectacle publicitaire où la famille est jouée afin d'exprimer un sentiment positif qui renforce la nécessité de consommer la marchandise. Un tel sentiment peut être, par exemple, la sécurité, la fraternité, l'amour, etc.

Cette méthode a été découverte déjà dans les campagnes publicitaires de Joseph Staline (1929-1939). L'image à droite montre la mère, le père et l'enfant heureux. Dans l'arrière-plan nous voyons les livres écrits par Staline et en dessous il y a une citation du chef de l'État soviétique : « Chaque paysan, chaque kolkhozien ou chaque fermier a aujourd'hui la possibilité de vivre comme une personne humaine à la seule condition qu'il travaille honnêtement, qu'il ne batte pas sa flemme, qu'il ne vagabonde pas et qu'il ne dilapide pas les biens du kolkhoz ». En haut, on voit la lampe électrique ; devant, sur la table est placé un tourne-disque: le symbole du progrès scientifique et de la prospérité de votre famille.

L'image de la famille est également manipulée dans la publicité de John Finnis, de H.L.A. Hart et de Ronald Dworkin.

Finnis montre le clip publicitaire où « la valeur basique de la vie » englobe « la transmission de la vie par la procréation des enfants ».²⁴⁸ L'image de la famille renforce la légitimité de « la valeur basique de la vie » et améliore la réputation du droit naturel en général.

Hart dit que la « commande dépsychologisée », avancée par certaines juges qui sont en faveur de la technique chamanique « la voix des ancêtres », est équivalente au « neveu sans oncle ». Cette référence aux relations familiales a pour le but d'exprimer l'absurdité de la vision téléologique et de rapprocher cette critique des sentiments de la consommatrice car les associations liées à la famille sont, en principe, plus intimes.²⁴⁹

Dworkin donne l'exemple des obligations associatives interprétatives liées à l'amitié : il est possible sans un partage d'une conception détaillée de l'amitié, elle n'est pas contractuelle, délibérative et

²⁴⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 86. Voyez également encore des exemples sur pp. 86, 87, 104, 108, 136, 216 et 217, 220, 222 et 223, 232, 372, 374, 406 et 407, 410.

²⁴⁹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 113. Voyez également *ibid.* pp. 139, 157 et 158.

automatique. Ici, par la famille élargie en amitié, Dworkin exprime le sentiment qu'il ne faut pas avoir peur du caractère interprétatif de certaines obligations.²⁵⁰

2) L'expression du sous-développement.

L'élément-clé de la famille peut également avoir la variante de l'expression du sous-développement qui consiste à souligner la nécessité de sortir des limites imposées par la famille.

Par exemple, Finnis oppose un « bébé nouveau-né » à celle « qui a eu l'expérience du désir ardent de la question (*experienced the urge to*), qui a saisi la connexion entre la question et la réponse, qui comprend que la connaissance est constituée par des réponses correctes à des questions particulières, et qui est consciente de la possibilité de questions supplémentaires, et d'autres personnes qui comme elle-même se questionnent et qui sont susceptibles de bénéficier de l'avantage d'aboutir à des réponses correctes ». ²⁵¹ Le « bébé nouveau-né » est sans doute un symbole du sous-développement, mais son appartenance et son association à la famille rendent ce sous-développement moins insultant, et lui donne une perspective de futur.

H.L.A. Hart joue également avec le sous-développement au sein de la famille – il dit seulement que l'enfant n'est pas capable de citer des exemples de « droit » au sens positiviste.²⁵²

Dworkin choisit la famille pour démontrer la complexité de la structure des obligations associatives. Est-ce qu'une fille doit se soumettre au pouvoir de son père de lui choisir un époux dans une culture où les parents choisissent les conjoints pour les filles, mais non pour les fils ? Est-il présumé que les femmes ont une valeur inférieure aux hommes ? Qu'est-ce que l'on doit dire si cette culture reconnaît l'égalité des sexes, mais considère de bonne foi que l'égalité exige la protection paternaliste pour les femmes ? L'intégrité est destinée à résoudre ce genre de complexité.²⁵³

²⁵⁰ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 198. Voyez également *ibid.* pp. viii, 200, 201 et 202, 204 et 205, 207, 208, 262 et 263, 413.

²⁵¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 65. Voyez également *ibid.* pp. 106, 108, 147, 189.

²⁵² Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 2. Voyez également *ibid.* pp. 124 et 125, 125, 140, 163, 194.

²⁵³ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 204 et 205. Voyez également *ibid.* pp. 208-211, 214, 215 et 217.

II. Lumière : La famille, par qui et comment est-elle représentée ?

La question « par qui et comment est-elle représentée ? » a pour but de montrer par quel principe spécifique, ou par quel personnage concret, l'image de la famille est introduite dans le spectacle publicitaire. Chaque personnage est un principe, un sentiment.

1) La famille.

L'image de la famille peut être introduite par l'image de la famille elle-même en employant le mot « famille ». Dworkin choisit l'image de la famille pour illustrer la structure complexe des obligations qu'on a dans une communauté.²⁵⁴ Finnis emploie l'image de la famille quand il parle de la préférence raisonnable de soi et des limites de cette préférence.²⁵⁵

2) Un enfant.

Le sentiment de la famille peut être représenté par un enfant. Par exemple, Finnis parle de la procréation et de la formation des enfants quand il décrit « la vie en tant que la forme basique du bien ».²⁵⁶ Dworkin fait des références à l'enfance en décrivant notre appartenance à une communauté politique – la majorité des gens grandit dans une communauté sans avoir un choix véritable.²⁵⁷ Hart parle de l'enfant qui a des doutes à propos de la manière dont il faut lever son chapeau à l'entrée de l'Église.²⁵⁸

3) L'amitié.

²⁵⁴ *Ibid.* pp. 204 et 205. Voyez également *ibid.* p. 200.

²⁵⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 108. Voyez également *ibid.* pp. 136, 147, 189, 372.

²⁵⁶ *Ibid.* p. 86. Voyez également *ibid.* pp. 65, 86 (encore un exemple), 87, 104, 106, 136, 189, 216 et 217, 220, 222 et 223, 232, 374.

²⁵⁷ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 207.

²⁵⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 125. Voyez également *ibid.* pp. 2, 113, 124 et 125, 140, 157 et 158, 163, 194.

L'image de la famille peut être introduite par un ami ou par le mot « amitié ». Finnis parle de l'« amitié avec Dieu » qui se construit sur toutes les exigences de la rationalité pratique dans la poursuite et dans le respect de formes basiques du bien humain.²⁵⁹ Dworkin parle des exigences de l'amitié qui sont interprétatives et qui ne sont pas contractuelles, ni automatiques ni délibératives.²⁶⁰ Hart crée l'image de l'« amie » pour illustrer comment la règle qui se termine par « sauf... » fonctionne selon lui.²⁶¹

4) Le frère.

Le sentiment de la famille peut être soulevé par un frère ou par le mot « fraternité ». Par exemple, Dworkin pose la question de savoir quelle doit être la politique à mener pour que la société devienne « un mode d'association véritablement fraternelle » et, ensuite, présente ses trois modèles publicitaires de communauté²⁶², ce qui fait la promotion, finalement, pour l'interprétation cohérente du droit.

5) La mère.

Le sentiment de la famille peut être représenté par l'image de la mère. Par exemple, Finnis veut vendre la marchandise « bien commun » et pour cette raison commence à parler dans sa publicité des « types des relations unissant », de l'unité de la race humaine. Dans le cadre de ce clip, il place sur la scène la mère qui nourrit son enfant non encore né avec les ressources de son propre corps.²⁶³

6) Les parents.

²⁵⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 410. Voyez également *ibid.* pp. 96, 108, 406 et 407.

²⁶⁰ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 198. Voyez également *ibid.* pp. 201 et 202, 208-211, 214 et 215.

²⁶¹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 139.

²⁶² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 208. Voyez également *ibid.* pp. viii, 200, 201 et 202, 208, 262 et 263, 413.

²⁶³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 136.

Le sentiment de la famille peut être soulevé par l'image des parents. Par exemple, Finnis vend la marchandise – la vision selon laquelle une situation où quelque chose doit être fait n'est pas seulement une matière d'avantage optionnelle, mais « une matière du droit, une exigence de justice ». « Les parents » doivent prendre la décision de savoir quelle formation leurs enfants doivent suivre et le gouvernement doit décider comment gérer les ressources naturelles.²⁶⁴

7) L'épouse.

Le principe de la famille peut être incarné dans l'image de l'épouse. Par exemple, Finnis dit que le droit de banqueroute applique plusieurs principes de la justice distributive pour un entrepreneur endetté : en divisant sa propriété parmi les créditrices, le besoin de nourrir son épouse doit être pris en considération.²⁶⁵

8) Le mariage.

Le sentiment de la famille peut être représenté par l'image du mariage. Par exemple, en présentant son « plan cohérent pour la vie », Finnis dit que « le mariage (créé pour l'amitié et pour les enfants) », « les activités académiques (commencées pour la vérité) », etc. exigent « la direction et le contrôle des impulsions »²⁶⁶

9) Les ancêtres.

Le principe de la famille peut être incarné par l'image des ancêtres. Par exemple, en considérant « l'existence humaine », Finnis parle des ancêtres qui travaillaient pour préparer le bonheur des générations ultérieures.²⁶⁷

²⁶⁴ *Ibid.* p. 232. Voyez également *ibid.* p. 136.

²⁶⁵ *Ibid.* p. 189.

²⁶⁶ *Ibid.* p. 104. Voyez également *ibid.* pp. 216 et 217.

²⁶⁷ *Ibid.* p. 374.

10) La fille.

Le sentiment de la famille peut être renforcé par l'image d'une fille. Par exemple, Dworkin explique la structure complexe des obligations dans la communauté par des relations d'une fille avec ses père et frère dans une famille.²⁶⁸

11) L'amour.

Le sentiment de la famille peut également être créé par le mot « amour ». Dworkin considère la question de savoir si les membres d'une communauté politique doivent ressentir les uns envers les autres une émotion qui s'appelle « amour » et fait une conclusion que non.²⁶⁹

8. LE SEXE

L'image du sexe est un élément-clé majeur dans la publicité en général.²⁷⁰ Un exemple classique est la publicité des boissons rafraîchissantes.

Dans la publicité des arguments juridiques, l'image du sexe est beaucoup moins présente que dans la publicité des ordinateurs ou des boissons. Pour augmenter les ventes, il faut lier le sexe à votre marchandise. De plus, ce qu'on remarque clairement en comparant la publicité des arguments relatifs au droit du sexe et celle des préservatifs, c'est que Durex et Finnis associent toujours le sexe au sentiment de sécurité renforcée.

²⁶⁸ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 204 et 205.

²⁶⁹ D208-211, 214, 215, 217.

²⁷⁰ Aleksandr Matantsev, *Effektivnost reklamy*, Moscou : Finpress, 2002, p. 60-68.

Finnis dit que les relations sexuelles, comme une action poursuivant et réalisant une valeur, peut être un jeu, une expression de l'amour ou d'amitié et/ou un effort de procréation.²⁷¹

9. « LE PERSONNEL DE COCA COLA NE BOIT QUE DU PEPSI »

« Le personnel de Coca-Cola ne boit que du Pepsi » est un élément-clé publicitaire qui met l'accent sur ce que la marchandise de la créatrice de publicité est largement consommée même par les concurrentes, ce qui signifie, par conséquent, que les consommatrices ordinaires doivent faire la même chose sans trop réfléchir.

Cette méthode est assez souvent employée par Pepsi. Regardons encore une fois le clip « The Joy of Pepsi ».²⁷²



Épisode 1 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney est une employée de Pepsi

²⁷¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 86. Voyez également *ibid.* pp. 65, 83, 136, 216 et 217, 220, 222 et 223.

²⁷² Britney Spears, *The Joy of Pepsi*, <http://www.youtube.com/watch?v=Jt8uNG02ixA>, 1e minute, 10 sec.; 23 Mar. 08.



Épisode 2 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney chante sur Pepsi



Épisode 3 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney et les autres employés dansent en chantant sur Pepsi



Épisode 4 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : un garçon qui travaille dans un petit restaurant est impressionné par la manière dont Britney chante, danse et prépare Pepsi



Épisode 5 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : les employées d'une salle de billard sont impressionnées par la manière dont Britney chante, danse et prépare Pepsi et commencent à répéter ces mouvements.



Épisode 6 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : le personnel de Coca Cola est impressionné

En ce qui concerne la publicité des arguments juridiques (des pratiques chamaniques), il faut distinguer deux variations de cet élément-clé.

1) « Si la concurrente développe un peu ce qu'elle dit, elle rejoindra notre vision ».

La variante « si la concurrente développe un peu ce qu'il dit, elle rejoindra notre vision » est le développement de certaines idées de la concurrente afin de démontrer que ce qu'elle affirme n'est qu'une forme sous-développée de la technique (de la marchandise) de créatrice de publicité.

Par exemple, Finnis décrit la position de Hart que le droit doit avoir un contenu minimal de règles primaires et de sanctions afin d'assurer la survie de la société et, il migre la pensée positiviste vers les conclusions du droit naturel : il faut donner aux membres de cette société une « raison pratique » pour suivre les règles. Ensuite, la « raison pratique » deviendra le cœur de l'iusnaturalisme.²⁷³

Dworkin crée le dieu Hermès utilisant la technique téléologique (ou plus précisément « l'intention de la législatrice ») qui est un juge un peu moins intelligent que le dieu Héraclès utilisant la technique d'intégrité. L'emploi de la téléologie est une tâche moins difficile que la considération de tous les facteurs juridiques ensemble (intégrité). Le dieu Hermès se demande comment il doit appliquer la technique téléologique. Il y a deux manières de le faire : interpréter les intentions des législatrices individuelles puis les combiner en une conviction institutionnelle ; ou interpréter les documents de la législature elle-même. Le dieu Hermès choisit la deuxième voie, car s'il choisit la première il a besoin d'une formule pour la combinaison des intentions individuelles en une intention du groupe. De plus, cette formule doit respecter sa raison pour regarder plutôt la structure générale des convictions de la législatrice que les espérances, les expectations ou les opinions de la législatrice. Donc, Dworkin conclue, qu'en fait, le dieu Hermès suit les raisons d'intégrité.²⁷⁴

2) « La concurrente a dit elle-même... »

²⁷³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 7. Voyez également *ibid.* pp. 105, 205, 356.

²⁷⁴ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 336. Voyez également *ibid.* pp. 127 et 218, 321-324.

La variante « la concurrente a dit lui-même... » est l'affirmation publicitaire indiquant que la concurrente a déjà admis les avantages de la technique (de la marchandise) de la créatrice de publicité par rapport à ce qui est proposé par cette concurrente.

Par exemple, Finnis dit que Hart, le représentant de la théorie de la « volonté » ou du « choix » des droits, a reconnu que le positivisme juridique est inadéquat quant à l'explication de la façon dont le langage des droits est déployé par ce qui, en évaluant la justice ou la constitutionnalité des lois, traitent « certaines libertés et bénéfiques... comme essentiels pour la maintenance de la vie, de la sécurité, du développement et de la dignité de l'individu ». Autrement dit, selon Finnis, ces libertés et bénéfiques sont des « droits », des « principes basiques » ou des « exigences de la rationalité pratique ».²⁷⁵

10. « CECI EST LA RÉALITÉ »

« Ceci est la réalité » est un élément-clé publicitaire qui consiste à affirmer que ce qui est montré dans le spectacle publicitaire est la « réalité ».²⁷⁶

Cet élément-clé doit être vu à la lumière de trois questions :

- Au moyen de quelle expression verbale concrète l'insistance sur la réalité du spectacle est-elle introduite ?
- Quelle est la base d'attachement de la « réalité » ?
- Comment est-ce que l'emploi multiple du renforcement du sentiment de réalité est organisé au niveau technique ?

I. Lumière : Au moyen de quelle expression verbale concrète l'insistance sur la réalité du spectacle est-elle introduite ?

²⁷⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 205. Voyez également 2 exemple sur p. 7, pp. 9 et 10, 234 et 235,

²⁷⁶Tatyana Stekolnikova, „Reklama: dobro i zlo v odnom flakone“, 5 *Prikladnaya ekonomika* 106 (1999).

La question « Au moyen de quelle expression verbale concrète l'insistance sur la réalité du spectacle est-elle introduite ? » a pour but de montrer quels mots sont employés afin de renforcer le sentiment que tout ce qui est décrit dans la publicité est réel. Dans les travaux publicitaires de Finnis, Hart et Dworkin, nous trouvons 15 variantes de telles expressions verbales.

1) La « réalité ».

Le sentiment de réalité peut être introduit par le mot même de « réalité ». Par exemple, Finnis dit que les « valeurs basiques » du droit naturel ne sont pas des abstractions simples, mais des aspects du bien-être « réel ».²⁷⁷ Dworkin dit que son argument (son hyperbolisation aspectuelle) sur les théories sémantiques et sur ses limites est « réel ».²⁷⁸ Hart écrit que la « réalité » de la situation est telle que la « majorité des citoyennes ordinaires » n'a pas de conception générale sur la structure juridique ou sur ses critères de validité. Cette « réalité » est présentée comme regrettable puisque il y a une marchandise de Hart, il y a des critères de validité des normes juridiques définis par Hart.²⁷⁹

2) La « pratique ».

Le sentiment de réalité peut être renforcé par l'indication que tout ce qu'on voit dans le spectacle publicitaire ne découle que de la « pratique ». Par exemple, Finnis dit que « pratique » signifie « fonctionnant » comme opposé au non-fonctionnant, efficace comme opposé à l'inefficace. « La philosophie pratique » est une réflexion disciplinée et critique sur les biens pouvant être réalisés dans l'action humaine et sur les « exigences de la rationalité pratique ».²⁸⁰ Dworkin dit que le droit est une « pratique florissante » et même s'il peut être fondamentalement contesté, il n'est pas une blague grotesque.²⁸¹ Hart dit que la règle de reconnaissance est « une pratique complexe, mais

²⁷⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 225. Voyez également *ibid.* pp. 2, 126 et 127, 220, 221, 252, 277 et 278, 290, 306 et 307, 371, 297.

²⁷⁸ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 43. Voyez également *ibid.* pp. 17, 18 et 19, 65 et 66, 70 et 71, 81, 85 et 86, 264 et 265, 389-391.

²⁷⁹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 114. Voyez également *ibid.* pp. 42 et 43, 111 et 112.

²⁸⁰ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 12. Voyez également 2 exemples sur p. 2, pp. 3, 7, 13, 2 exemples sur p. 15, pp. 16, 17, 18, 28 et 29, 68, 70, 109, 110, 116, 117, 126 et 127, 173 et 175, 198, 105, 215, 221, 225, 233, 239 et 240, 240 et 241, 2 exemples sur p. 246, pp. 248, 251, 252, 275, 277 et 278, 278 et 279, 281, 282, 285, 289, 290, 302, 305, 306, 306 et 307, 308, 312, 315, 324, 351, 355 et 356, 356, 358, 376 et 377, 378 et 379, 379 et 380, 385, 396, 397, 404, 410.

²⁸¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 44. Voyez également *ibid.* pp. 11, 47, 65, 65 et 66, 68-70, 75, 85 et 86, 90, 91, 142 et 143, 153, 167, 175, 225, 226, 271-273, 286-288, 293, 317 et 318, 377, 389-391, 411.

normalement concordante, des cours, des fonctionnaires et des personnes privées en identifiant le droit par référence à certains critères ». ²⁸²

3) Le « fait », « de facto », « en fait ».

Le sentiment de réalité peut être renforcé par l'usage des expressions le « fait », « de facto » et « en fait ». Par exemple, Finnis fait référence aux « faits » en répondant à la critique que le droit naturel est inévitablement ce qu'une théoricienne juge comme « bien » ou « pratiquement raisonnable » sur la base de ses propres conceptions et préjugés. Le créateur de la publicité iusnaturaliste dit que « oui », qu'un jugement sur la « signifiante » et sur l'« importance » doit être effectué là où la théorie ne représente que « vast rubbish heap of miscellaneous facts ». ²⁸³ Dworkin dit que l'« interprétation constructive » est l'effort de montrer les « faits » juridiques dans leur intégrité, à la meilleure lumière, de trouver l'équilibre entre les faits juridiques trouvés et la meilleure justification. ²⁸⁴ Hart dit que l'existence de la règle de reconnaissance est une « matière du fait ». ²⁸⁵

4) L'« expérience ».

Le sentiment de réalité peut être approfondi par une référence à l'« expérience », concept qui englobe, bien évidemment, toute une série de sentiments similaires à la « réalité ». Finnis essaie de lier sa métaphysique au sentiment d'« expérience » et écrit que « la valeur basique de la vérité » est essentielle si le raisonnement mène des « questions sur l'état des affaires que nous avons dans notre expérience » à la « connaissance de l'existence d'un état des affaires que nous n'avons pas dans notre expérience ». ²⁸⁶ Dworkin attaque Hart et sa règle de reconnaissance en disant que l'affirmation que les juristes suivent des règles communes en utilisant le « droit » n'est pas confirmée par l'« expérience » et est même contraire. À partir de là, ce sentiment de l'

²⁸² Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 110. Voyez également *ibid.* pp. 111, 210, 231, 240, 256, 258 et 259.

²⁸³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 17. Voyez également *ibid.* pp. 187, 188, 198, 252, 306 et 307, 307, 357.

²⁸⁴ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 90. Voyez également *ibid.* pp. 43, 68-70, 153, 192, 208-211, 214, 215, 286-288.

²⁸⁵ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 110. Voyez également *ibid.* pp. 61, 64, 69, 108, 111, 111, 112, 118, 138, 139, 139, 195, 258, 259.

²⁸⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 387. Voyez également *ibid.* pp. 388.

« expérience » devra renforcer l'acceptation de la technique de l'intégrité (« la Terre est vive et elle parle avec moi ») que Dworkin veut vendre.²⁸⁷

5) « Empirique ».

Le sentiment de réalité peut être intensifié par l'usage du mot « empirique ». Par exemple, Finnis dit que quelqu'un qui utilise son « opportunité empirique » pour promouvoir quelque chose de contraire à la rationalité pratique, ne peut pas soutenir raisonnablement qu'il a déchargé ses responsabilités à la raison.²⁸⁸ Donc la phrase « opportunité empirique » cherche à dire que la « rationalité pratique » et les « responsabilités à la raison » ont une dimension empirique.

6) La « vérification ».

Le sentiment de réalité peut être relancé par l'usage du mot « vérification ». Finnis admet que les spéculations sur le « Droit Eternel » et sur la causalité créative établie par D ne peuvent être prouvées par l'argumentation philosophique, mais il insiste en ce que la « vérification » de ces spéculations est possible sur la base d'autres modes d'accès à D. Il montre dans sa publicité que, par exemple, la spéculation que D *agit* et *sait* implique tout simplement que l'existence de D peut être comprise par le modèle de la *vie personnelle*.²⁸⁹

7) « Actuel ».

Le sentiment de réalité peut être approfondi par la déclaration soulignant que le message publicitaire est « actuel ». Par exemple, Hart écrit que la règle de reconnaissance (« ce que la Reine a promulgué au Parlement est le droit ») est différente d'une convention ou d'une coutume car les cours la suivent très précisément et identifient sur sa base les lois. Cette règle n'est pas non plus une loi formelle même si elle est inscrite dans une loi, car les lois sont identifiées par référence à cette

²⁸⁷ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 43.

²⁸⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 246. Voyez également *ibid.* pp. 68, 239, F240, 240, F241, 277, F278, 278, F279.

²⁸⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 392. Voyez également *ibid.* pp. 390, 397.

règle – elle existait avant l’identification de la loi où elle est inscrite – cette dernière loi a été identifiée par rapport à la règle de reconnaissance. Ceci est la « pratique actuelle ».²⁹⁰

8) « Authentique ».

Pour intensifier le sentiment de la réalité, la créatrice de publicité peut attacher le mot « authentique » à sa marchandise. Par exemple, Finnis parle du « gouvernement constitutionnel authentique » et de la « Règle du Droit authentique » (*genuine*), qui peuvent parfois mieux être servis par un départ du droit et de la constitution.²⁹¹

9) « Fonctionner ».

Pour relancer le sentiment de la réalité, la créatrice de publicité peut déclarer que ce qu’elle dit au niveau de la technique juridique « fonctionne » ou qu’elle ne parle que de ce qui « fonctionne ». Par exemple, Hart dit que les « règles juridiques » fonctionnent comme des « règles » et non comme des descriptions d’habitudes ou des prédictions dans la vie sociale.²⁹²

10) « *Business At Hand* ».

Afin de renforcer le sentiment de la réalité, la créatrice de publicité peut déclarer qu’elle parle de « *business at hand* ». Par exemple, Dworkin écrit que le scepticisme juridique n’apporte rien à et ne dérive rien du « *business at hand* ». Selon sa présentation publicitaire, les sceptiques disent que n’importe quelle thèse sur le droit n’est que « votre opinion ». Elles demandent toujours « comment pouvez-vous le savoir ? » ou « d’où vient cette vision ? » en demandant de faire une présentation métaphysique.²⁹³

²⁹⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 111. Voyez également *ibid.* pp. 111 (encore un exemple), 112, 207, 209.

²⁹¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 275.

²⁹² Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 138. Voyez également *ibid.* pp. 231.

²⁹³ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 85. Voyez également *ibid.* p. 86

11) La « vie quotidienne » / La « vie réelle ».

Afin d'immédiatiser le sentiment de la réalité, la créatrice de publicité peut déclarer qu'elle analyse la « vie quotidienne » ou la « vie réelle ». Par exemple, Hart parle de la « vie quotidienne d'un système juridique » où la règle de reconnaissance fonctionne.²⁹⁴

12) Les « événements physiques ».

Afin de donner plus de poids au sentiment de la réalité, la créatrice de publicité peut déclarer qu'elle présente aux consommatrices les « événements physiques ». Il est bien évident qu'un « événement physique » est plus réel qu'un événement simple. Dworkin définit le mot « cause » comme une relation entre des « événements physiques » laquelle n'a pas de critères clairs préétablis, afin de montrer que la technique d'intégrité est meilleure que la technique positiviste.²⁹⁵

13) La composition « de la chair et du sang ».

Pour donner plus d'énergie au sentiment de la réalité, la créatrice de publicité peut déclarer qu'elle présente aux consommatrices exactement ce qui est composé « de chair et de sang ». Par exemple, le clip de Finnis annonce que les valeurs basiques ne sont pas des abstractions, mais le bien-être réel des « individus de chair et de sang ».²⁹⁶

II. Lumière : Quelle est la base d'attachement de la « réalité » ?

La base à laquelle doit être rattachée le sentiment de réalité est la chose qui doit être renforcée aux yeux des gens sympathisants des approches plus réalistes. Sous cet angle, nous distinguons quatre variantes.

²⁹⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 101. Voyez également *ibid.* pp. 42 et 43, 108, 139.

²⁹⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 31.

²⁹⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 225.

1) Le titre.

La variante d'attachement verbal du sentiment de réalité au titre de sa marchandise est l'affirmation publicitaire indiquant que tout ce qui se cache sous ce titre est réel.

Par exemple, la société Trust utilise le mot même de « trust » (« confiance ») en tant que titre pour ses préservatifs. La vision de Finnis, sa philosophie du droit, est appelée « la théorie de la rationalité pratique »²⁹⁷, Dworkin écrit que la théorie de l'intégrité est un « principe pratique »²⁹⁸, Hart affirme qu'il a créé la « théorie de la pratique »²⁹⁹ (positivisme juridique.

2) L'accompagnement synonymique du titre.

La variante d'attachement verbal du sentiment de réalité à l'accompagnement synonymique du titre de sa marchandise est l'affirmation publicitaire indiquant que tout ce qui se cache sous cet accompagnement synonymique est réel.

Par exemple, John Finnis produit plusieurs concepts qui accompagnent de manière synonymique la rationalité pratique : la « pensée pratique » et la « philosophie pratique ».³⁰⁰ De même chez Dworkin, l'« intégrité » est accompagnée de manière synonymique par « pratique juridique dans son ensemble » (« *legal practice as a whole* »).³⁰¹

3) Un concept.

²⁹⁷ F2. Voyez également *ibid.* pp. 2, 7, 12, 2 exemples sur p. 15, pp. 16, 17, 18, 109, 110, 116, 117, 126 et 127, 173 et 175, 198, 205, 215, 221, 225, 2 exemples sur p. 246, pp. 251, 252, 275, 278 et 279, 281, 282, 285, 289, 290, 302, 305, 312, 315, 351, 355 et 356, 356, 358, 376 et 377, 385, 396, 397, 410.

²⁹⁸ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 167. Voyez également *ibid.* pp. 175.

²⁹⁹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 256.

³⁰⁰ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 12. Voyez également *ibid.* pp. 16, 17, 28 et 29, 68, 70, 225, 239 et 240, 246, 248, 252, 290, 308, 279 et 380, 404.

³⁰¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 411. Voyez également *ibid.* pp. 226.

La variante d'attachement verbal du sentiment de réalité à un concept est comprise comme l'affirmation publicitaire indiquant que tout ce qui se cache sous ce concept autre que le titre ou l'accompagnement du titre est réel.

Par exemple, Hart écrit que la conception d'explication du caractère obligatoire des règles créées par la législature pour elle-même, consistant en la division de cette législature en deux, à savoir une entité agissant dans sa « capacité officielle » qui ordonne des lois et une entité agissant dans sa « capacité privée » qui se soumet aux lois, est « réellement » inutile. Ce qui signifie, à son tour, que la conception de Hart est « réellement utile ». Cette dernière explique ce caractère obligatoire par l'obligation d'observer ses « promesses » : la législature est obligée de suivre les lois qu'elle crée car elle a promis de le faire. Donc, la « réalité » est attachée au concept de promesse en tant que raison pour donner le caractère obligatoire aux règles créées par la législature pour elle-même.³⁰²

Finnis accomplit également la tâche d'attachement de la « réalité » à ses concepts. Notamment, aux concepts « bien pour les personnes humaines » et « exigé par la rationalité pratique », ce qui donne « réellement bien pour les personnes humaines » et « réellement exigé par la rationalité pratique ». Il soutient qu'une théoricienne ne peut pas donner une description théorique et une analyse des faits sociaux à moins qu'elle participe au travail d'évaluation et de compréhension de ce qui est « réellement bien pour les personnes humaines » et « réellement exigé par la rationalité pratique ».³⁰³

Dworkin présente trois stades d'interprétation : préinterprétatif, interprétatif et postinterprétatif. Au niveau post-interprétatif ou réformant, la personne ajoute ce qui est « réellement » exigé par la pratique afin de mieux justifier ce qu'elle a accepté au stade interprétatif.³⁰⁴

4) L'expression verbale réalistisante elle-même.

³⁰² Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 42-43. Voyez également *ibid.* pp. 111 et 112, 207 et 209, 210, 258, 259.

³⁰³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 2. Voyez également *ibid.* pp. 7, 13, 17, 59, 68, 100, 126 et 127, 216, 220, 225, 233, 240 et 241, 251, 252, 275, 277 et 278, 278 et 279, 289, 371, 378 et 379, 388, 390, 397, 406 et 407.

³⁰⁴ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 65 et 66. Voyez également *ibid.* pp. 17-19, 27 et 28, 43, 68-70, 70 et 71, 81, 85 et 86, 208, 208-211, 214, 215, 225, 264 et 265, 271-273, 286-288, 317 et 318, 289-291.

La variante d'attachement verbal du sentiment de réalité à l'expression verbale réalistisante elle-même est l'usage de cette expression verbale sous la forme grammaticale d'un nom et non d'adjectif. Par exemple, la « pratique » au lieu de « quelque chose de pratique ».

Finnis déclare qu'il cherche à expliquer la possibilité d'une théorie générale descriptive malgré la variété des « pratiques »³⁰⁵ (le mot « pratique » en tant que mot réalisant, en tant que mot renforçant la présence de la réalité). Dworkin parle de la « pratique » en tant que « pratique » en général quand il dit que la « pratique juridique dans son ensemble dans sa meilleure lumière » est l'interprétation avec le but de trouver un équilibre entre la « pratique juridique comme nous la trouvons » et la « meilleure justification de cette pratique ».³⁰⁶ Hart dit que la « pratique » est telle que les États respectent certaines règles du droit international même au coût de certains sacrifices, les demandes en réparation sont formulées par référence à ces règles, les violations exposent un criticisme sérieux et sont jugées comme justifiant une réparation. Ce qui montre qu'il y a des règles imposant des obligations aux États.³⁰⁷

III. Lumière : Comment est-ce que l'emploi multiple du renforcement du sentiment de réalité est organisé au niveau technique ?

Pour comprendre l'objet de cette perspective, il faut clarifier les mots « emploi multiple » et « organisé au niveau technique ». L'emploi multiple est l'épisode étroit du spectacle publicitaire où le créateur utilise plusieurs fois les mots spécifiques renforçant ce que nous avons déjà décrit en considérant la première question sur l'élément-clé « ceci est la réalité ». Le mode d'organisation au niveau technique est la relation structurelle entre ces mots spécifiques renforçant le sentiment de réalité. Sous cet angle, il faut distinguer trois variantes.

1) Synonymiques.

³⁰⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 3. Voyez également *ibid.* pp. 16, 17, 59, 187 et 188, 198, 221, 233, 240 et 241, 251, 252, 278 et 279, 302, 305, 306, 306 et 307, 307, 308, 312, 357, 387 et 388, 392, 397.

³⁰⁶ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 90. Voyez également *ibid.* pp. 11, 43, 44, 47, 65 et 66, 68-70, 75, 85 et 86, 91, 142 et 143, 225, 226, 271-273, 286-288, 293, 377, 411.

³⁰⁷ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 231. Voyez également *ibid.* pp. 42 et 43, 61 et 64, 108, 110, 111, 114, 157, 240, 256, 258 et 259.

L'emploi multiple synonymique est l'épisode où la créatrice de publicité utilise plusieurs fois les expressions renforçant le sentiment de réalité de manière à ce que ces expressions soient synonymiques et indépendantes l'une de l'autre. Les expressions consécutives synonymiques n'apportent aucun sens nouveau après ce qui est déjà exprimé par la première expression.

Par exemple, Finnis renforce le mot « vérité » exprimant la réalité de la publicité de manière synonymique par le concept « vrai jugement ». Selon lui, la « vérité » n'est pas une entité abstraite mystérieuse – nous voulons avoir la vérité dans les jugements où nous affirmons ou nions que certaines propositions sont des « vrais jugements ».³⁰⁸

Dworkin emploie de manière synonymique les « faits » et la « pratique juridique » pour dire que le réalisme juridique est une exagération des « faits » et de la « pratique juridique ».³⁰⁹ Hart dit que la règle de reconnaissance est une « pratique des cours, des fonctionnaires et des personnes privées » et que son existence est une « matière du fait ».³¹⁰

2) Approfondissant.

L'emploi multiple approfondissant est l'épisode où la créatrice de publicité utilise plusieurs fois les expressions renforçant le sentiment de réalité de façon à ce que les expressions consécutives approfondissent la première expression. Les expressions consécutives approfondissant expliquent et précisent le sens de la première expression.

Par exemple, Finnis dit que le « réalisme moral » des juges anglaises s'exprime par le refus de relier l'origine de l'autorité à la fiction de transmission, au contrat social ou à quelque chose autre que la « rationalité pratique ». Donc le sentiment de réalité créé par le « réalisme moral » est renforcé par

³⁰⁸ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 59. Voyez également *ibid.* pp. 12, 220, 233, 397.

³⁰⁹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 153.

³¹⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 110.

l'approfondissement de ce dernier en disant qu'il trace l'origine de l'autorité à la « rationalité pratique ». ³¹¹

Dworkin crée une communauté imaginaire de la courtoisie qui engage une philosophe pour préparer une théorie plus conceptuelle sur la nature de la courtoisie. D'abord il lui est demandé de donner une vision objective de ce que la « courtoisie exige vraiment » (« *courtesy actually requires* ». Cette théorie doit être neutre et sur des « controverses quotidiennes ». La philosophe vient avec la réponse que cette tâche est trop difficile et, ensuite, la communauté lui donne un objectif plus facile : distinguer les traits communs entre les « pratiques » de ces gens et les pratiques antérieures ainsi que les pratiques étrangères. Donc, les phrases avec le mot « pratique » lié à cette communauté, au passé et à l'étranger de la deuxième question renforcent le sentiment de réalité qu'on commence à sentir déjà après les mots « courtoisie exige vraiment » et « controverses quotidiennes », en approfondissant ces derniers. ³¹² Par ce clip, Dworkin veut montrer que le positivisme avec son ambition d'avoir un sens concret des mots est une technique inférieure à l'intégrité.

Hart attaque le scepticisme vis-à-vis des règles en disant que « les règles sont, en fait, dans n'importe quelle sphère de la vie réelle ». La précision « en fait » approfondit le concept de « vie réelle ». ³¹³

3) Elargissant.

L'emploi multiple élargissant est l'épisode où le créateur de publicité utilise plusieurs fois les expressions renforçant le sentiment de réalité de telle sorte à ce que les expressions consécutives élargissent la première expression. Les expressions consécutives élargissant apportent une information nouvelle et indépendante de la première expression.

³¹¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 252. Voyez également *ibid.* pp. 15, 68, 221, 225, 251, 275, 281, 290, 305, 306 et 307, 355 et 356, 397.

³¹² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 68-70. Voyez également *ibid.* p. 31.

³¹³ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 139. Voyez également *ibid.* pp. 111 et 112, 258 et 259.

Par exemple, Finnis parle de « pratique » et de « doctrine pratique » selon laquelle une obligation entre en vigueur quand un individu fait certains signes. Le concept de « doctrine pratique » renforce le sentiment de réalité exprimé par le concept de « pratique » en l'élargissant.³¹⁴

Dworkin parle de la « pratique juridique comme elle est trouvée » et de la « pratique juridique comme ensemble à sa meilleure lumière ». La « pratique juridique comme elle est trouvée » doit être mise avec sa meilleure justification.³¹⁵ Donc la « pratique juridique comme elle est trouvée » renforce le sentiment de réalité qu'il veut attacher à la « pratique juridique comme ensemble à sa meilleure lumière ». Cette dernière forme de pratique est créée en élargissant la « pratique juridique comme elle est trouvée ».

11. LE RÉFLEXE DE PAVLOV

Une grande partie de la publicité est consacrée aux manipulations propre au réflexe de Pavlov. Ce réflexe a été découvert par le physiologiste russe Ivan Pavlov en 1889. En 2007, deux chercheurs japonais ont prouvé que ce phénomène existe même chez la blatte³¹⁶. Le réflexe de Pavlov est le suivant : quand une personne voit un stimulus, elle commence à faire certaines choses automatiquement. Le stimulus est un signe purement psychologique qui provoque une réaction réelle. Par exemple, après un stimulus sonore, le chien de Pavlov commence à sécréter de la salive puisque ce chien est habitué à ce que la nourriture soit toujours accompagnée par ce stimulus.

Le réflexe de Pavlov appliqué au marché publicitaire signifie que si la personne voit le début, elle imaginera la fin. Le secret publicitaire consiste à ce que si cette personne arrive à la conclusion elle-même après un petit stimulus externe, elle croira que cette conclusion vient d'elle-même. Donc le créateur de publicité doit trouver un stimulus qui est déjà dans la tête de la consommatrice pour lancer le mécanisme. Le stimulus donne une commande au subconscient sans communiquer

³¹⁴ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 308. Voyez également *ibid.* pp. 16, 17, 277 et 278, 302, 312, 387 et 388.

³¹⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 90. Voyez également *ibid.* pp. 43, 65 et 66.

³¹⁶ « Drôles de bêtes », *Science et Vie* - N°1079 - Août 2007, p. 88.

directement avec la conscience.³¹⁷ En fait, les manipulations avec ce réflexe sont présentes également dans les racines d'autres techniques publicitaires.

On trouve quatre variantes du réflexe de Pavlov dans les travaux publicitaires de Finnis, Hart et Dworkin.

1) Le stimulus simple.

Le stimulus simple est un stimulus conditionnel qui provoque le lancement du mécanisme subconscient de la consommatrice afin d'arriver à la réaction nécessaire sans communiquer directement avec sa conscience.

Par exemple, regardons la critique de Hart faite sur Austin. Il y a le stimulus suivant : « Avant que nous commençons à considérer ces défauts, il doit être observé que... ». Après suit tout un passage sur ce qui « doit être observé », mais qui n'est pas lié de façon immédiate aux défauts à considérer.

La phrase « Avant que nous ne commençons à considérer ces défauts, il doit être observé que... » divise le travail en deux parties entre la conscience et la subconscience. La conscience continue d'analyser ce qui se passe après le mot « que » et les points de suspension que je viens de mettre, tandis que le stimulus « Avant que nous commençons à considérer ces défauts » met dans la subconscience l'information que, premièrement, nous commençons à considérer les défauts ; deuxièmement, la conscience est occupée, donc le subconscient ne doit pas oublier qu'il y a des défauts puisque la conscience veut revenir à ce point un peu plus tard ; troisièmement, le subconscient doit déjà commencer l'analyse des défauts pour faciliter le travail de la conscience quand elle reviendra.³¹⁸

Finnis fait une manœuvre similaire avec Robert Nozick. Ce dernier crée la publicité pour l'argument (marchandise) que l'État n'a pas le droit de poursuivre la politique coercitive de la redistribution fiscale, car (la publicité commence) cette politique viole le droit absolu de propriété. Finnis propose d'abandonner temporairement la question sur le rôle coercitif de l'État restreignant

³¹⁷ Dontsov, Ovcharenko, *Ekonomicheskie rezultaty reklamnoy vospriimchivosti*, op. cit., pp. 16, 23, 101-102.

³¹⁸ Voyez, par exemple, Hart *The Concept...*, op. cit., pp. 17, 37 et 38.

la liberté de qui parle Nozick en tant que « secondaire » (le mécanisme de rejet au niveau subconscient est lancé) et de discuter si un individu a le devoir de justice redistributive).³¹⁹

Dworkin présente deux arguments sur la photographie : la photographie est un exemple central de l'art et la photographie est hors l'art, ses techniques sont profondément contraires aux objectifs de l'art. Ensuite, il dit : « Vous pouvez penser que le second argument que je viens de décrire est ridicule, est une corruption de la science. Mais quoi que vous pensiez, les arguments de ce genre apparaissent et ils sont différents de la première sorte. »³²⁰ Autrement dit, « Vous pouvez penser que le second argument [...] est ridicule, est une corruption de la science » lance le mécanisme subconscient de considérer que le deuxième argument est vraiment ridicule et une corruption de la science, tandis que la conscience va vers la conclusion que les contradictions juridiques concernent plus des cas centraux que des marginaux. Cette démarche est utile pour la publicité de Dworkin car elle rejette l'attitude sur l'exclusion de la photographie hors l'art en tant que ridicule et corruption de la science, ce qui est en ligne avec la perspective d'intégrité qui, en principe, essaie d'intégrer les principes en concurrence au lieu de les ignorer.

2) Laisser à la consommatrice faire la conclusion.

« Laisser à la consommatrice faire la conclusion » est le stimulus, dans la situation où la conclusion proposée par la créatrice de publicité, eu égard à l'arrière-plan, est inévitable, adressé à la conscience de la consommatrice avec le message « c'est à vous de faire la conclusion » afin de lancer le mécanisme subconscient qui amènera la consommatrice à la conclusion programmée.

Par exemple, Dworkin écrit qu'on ne peut pas rejeter les arguments des réalistes juridiques concernant leur affirmation que le code de trafic n'est pas du droit sans les écouter préalablement.³²¹ Finnis n'exprime aussi parfois pas directement ces conclusions à partir de l'axe *blanc contre noir*. D'abord il dit qu'il est inapproprié de conclure sur base de la logique juridique que le devoir est logiquement primaire par rapport au droit (c'est à vous de faire la conclusion). Ensuite, il dit que le concept du devoir a un rôle stratégique plus explicatif que le concept des droits subjectifs, eu égard

³¹⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 187 et 188.

³²⁰ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 41 et 42.

³²¹ *Ibid.* p. 92. Voyez également *ibid.* p. 217.

au besoin d'expliquer les exigences de la justice (la conclusion est programmée). Finalement, il ajoute que le concept des droits subjectifs n'est pas moins important.³²²

3) « Je cherche... ».

La phrase « je cherche... » est le stimulus qui lance la recherche de la réponse via la subconscience de la consommatrice. Bien évidemment, la créatrice de publicité impose de telles conditions à cette recherche afin qu'il n'y ait qu'une seule réponse possible.

Par exemple, Dworkin dit qu'il cherche quel régime, le conventionnalisme ou le pragmatisme, produit la meilleure balance entre la prévisibilité et la souplesse. Bien évidemment, comme la prévisibilité est liée très étroitement au conventionnalisme et la souplesse – au pragmatisme, la conclusion sera que c'est l'intégrité.³²³

4) La conclusion-arrière-plan.

La conclusion-arrière-plan est l'utilisation du background en tant que conclusion indirecte et comme stimulus pour que la subconscience construise la déduction vers ce background.

Par exemple, pour clarifier la différence entre l'habitude (vision des réalistes juridiques) et la règle (vision positiviste) dans la vie juridique (le droit), Hart se réfère au jeu d'échecs (le background où la distinction entre l'habitude et la règle est illustrée). Cette référence est le stimulus qui donne l'ordre à la subconscience de construire la comparaison déductive entre le droit et le jeu d'échecs (background). Autrement dit, Hart a trouvé une façon de mettre dans la subconscience de la consommatrice l'affirmation que le droit est le jeu d'échecs.³²⁴

³²² Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 210. Voyez également *ibid.* pp. 18, 67.

³²³ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 149.

³²⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 56 et 57. Voyez également *ibid.* pp. 124 et 125, 125.

Dworkin en discutant de l'interprétation juridique, de l'importance du suivi de l'intention de la législatrice, fait référence au film *La Strada* de Federico Fellini.³²⁵ *La Strada* et Federico Fellini en tant que background supposent que le droit est comme un bon film et la législatrice est talentueuse comme Fellini.

12. LE LANGAGE SEXY

Le langage sexy est l'élément-clé publicitaire qui remplace le langage classique juridique sec et ennuyeux par une expression plus vivante, plus informelle et un peu plus comique afin d'améliorer la perception du message par la consommatrice. Dans les travaux publicitaires de Finnis, de Hart et de Dworkin, on trouve six variantes du langage sexy qu'on classifie selon le critère d'organisation technique.

1) Le niveau simplifié.

Le passage au niveau simplifié est le mode de construction du langage sexy où le créateur de publicité donne un exemple simplifié d'une idée plus complexe, laquelle est plus vivante, plus informelle et un peu plus drôle.

Par exemple, Hart critique l'approche téléologique en simplifiant qu'on ne dit jamais que le but des cellules du cancer est de provoquer la mort.³²⁶ Finnis dit que la constitution écrite n'est pas un « pacte de suicide ».³²⁷ Dworkin donne en exemple des situations comme, par exemple, une musicienne qui veut jouer du rock quand sa voisine veut étudier l'algèbre afin de dire que souvent des activités tout à fait licites se retrouvent en conflit et qu'on a besoin du législateur Hercule pour les éviter.³²⁸

³²⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 56 et 57.

³²⁶ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 191. Voyez également *ibid.* pp. 33 et 34, 113, 125, 188-190.

³²⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 275. Voyez également *ibid.* pp. 114.

³²⁸ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 281. Voyez également *ibid.* pp. 4, 8, 201 et 202, 208-211, 214 et 215.

2) Le chauffage.

Le chauffage est la situation où le créateur de publicité ne remplace pas tout le niveau complexe par un niveau simplifié mais laisse la phrase complexe en ne remplaçant que certains mots afin de rendre le langage plus vivant, plus amical, plus informel et un peu plus comique.

Par exemple, la phrase de Hart : « ...nor can the rule itself step forward to claim its own instances ». Ensuite, il dit que les canons d'interprétation ne peuvent que réduire les incertitudes dans les cas lourds, mais ne les éliminent pas.³²⁹ Finnis parle de la nécessité de la révélation de D pour accéder au Droit Eternel et pour le comprendre. Il ajoute le chauffage quand il dit que cette révélation doit être « plus révélatrice que n'importe quelle révélation de Platon ou d'Aristote ».³³⁰ Dworkin introduit chauffage, par exemple, quand il explique deux sens du mot « loi » : une entité physique ou « un document avec des mots imprimés sur lui » et le droit créé par ce document.³³¹

3) Le mixage des espaces.

Le mixage des espaces est le mode de construction du langage sexy où la créatrice de publicité mélange ensemble plusieurs homonymes afin de rendre absurde l'affirmation de la concurrente.

Par exemple, Dworkin affirme dans sa publicité que les réalistes pensent que la pensée juridique classique n'est pas capable de distinguer les « saving banks » et les « river banks ». Les « saving banks » et les « river banks » sont deux niveaux simplifiés et dans des espaces différents.³³² Finnis dit que la technique conséquentialiste n'est pas seulement inexploitable, mais aussi dénué du sens. L'idée de maximisation du bien est absurde comme « l'essai d'additionner ensemble les dimensions de cette page, le nombre six et la masse de ce livre ».³³³

³²⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 126. Voyez également *ibid.* pp. 122, 228.

³³⁰ *Ibid.* p. 398. Voyez également *ibid.* pp. 9 et 10, 84, 206, 357.

³³¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 16. Voyez également *ibid.* pp. 40, 114, 161, 317 et 318, 407.

³³² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 44.

³³³ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 113.

4) Le word-building.

Le word-building est la construction d'un mot nouveau, plus vivant et plus attirant pour la consommatrice et pour mieux s'exprimer ainsi que pour mieux transmettre l'idée. Par exemple, le mot de Finnis « ce-que-B-veut-pour-lui-même » (« *that-which-B-wants-for-himself* »). Ce mot est employé pour mieux décrire la valeur basique de l'amitié.³³⁴

Cette variante est assez souvent employée également par les écd.

5) L'immédiatisation.

L'immédiatisation est la référence à ce que la consommatrice fait pendant la perception du message publicitaire. Cette variante du langage sexy a pour but de rendre la perception plus vivante et un peu plus drôle puisque l'affiche publicitaire montre à la consommatrice que cette affiche sait ce qu'elle fait.

Par exemple, Finnis introduit l'immédiatisation en montrant comment la lectrice de son livre doit penser pendant la lecture et en lui programmant de le faire comme il veut. D'abord il dit qu'il est bien d'être bien informée et lucide et puis il continue :

- « (i) Il serait bien de trouver la vérité sur les principes allégués du droit naturel ;
- (ii) la lecture critique de ce livre semble m'aider à trouver ce que je veux trouver sur ces matières ;
- (iii) donc, malgré son ennui, je le lirai profondément et penserai aux arguments principaux. »³³⁵

Dworkin donne des exemples de « cas faciles » en rapprochant ce concept à l'expérience immédiate de la lectrice : aucune disposition de la loi sur le testament de New York ne prévoit que les gens

³³⁴ *Ibid.* p. 141. Voyez également *ibid.* pp. 45, 122, 244, 303, 375.

³³⁵ *Ibid.* p. 63. Voyez également *ibid.* pp. 59, 64, 387 et 388.

avec des yeux bleus puissent hériter, mais ils le peuvent sans aucun doute. Dworkin dit qu'il y a le devoir juridique de payer pour la nourriture au restaurant en grande Bretagne.³³⁶

6) Le cinéma.

Le « cinéma » est la référence à un épisode cinématographique qui renforce le sentiment de la vivacité du langage publicitaire. Par exemple, Finnis montre que certaines positivistes juridiques insistent que la législature impose des obligations aux citoyennes et les autres pensent qu'elle n'impose des obligations qu'aux fonctionnaires, afin de dire que le positivisme ressemble une « comédie de fiction ».³³⁷ Dworkin compare l'interprétation du droit à l'interprétation des films de Federico Fellini. Hart fait des références à Huckleberry Finn afin de démontrer que le droit suit normalement la moralité de la société, mais qu'il est parfois en avance. Quand Huckleberry Finn est questionné sur le fait de savoir si une explosion n'a pas blessé quelqu'un, il répond : « Non, Madame : un nègre est tué ». La tante Sally continue : « Bon, c'est la de chance, car parfois les gens sont blessés ».³³⁸

13. LA MATHÉMATIQUE

La mathématique est une technique publicitaire puisque les références aux chiffres renforcent le sentiment de progrès scientifique, de précision, de confiance durable et approfondissent le sentiment d'excellence professionnelle.³³⁹ Il y a quatre variantes de cet élément-clé.

1) La formule juridique.

³³⁶ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 350-354.

³³⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 331. Voyez également encore un exemple sur f331.

³³⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 200.

³³⁹ Gaponenko, Pankrukhin, *Strategicheskoe upravlenie*, *op. cit.*, pp. 41-44.

La formule juridique est le remplacement publicitaire des exigences régulatrices (des esprits chamaniques) par des signes mathématiques. Finnis emploie le signe ϕ pour désigner des situations particulières, par exemple, le passage des navires militaires par les eaux continentales, où il dit qu'il est intéressant d'avoir des modèles du comportement déterminé, stable et commun.³⁴⁰ Les positivistes ont la formule juridique suivante : « si quelque chose de type X est fait ou omis ou arrive, appliquez la sanction de type Y ».³⁴¹

2) La formule juridique avec un signe opérationnalisant.

La formule juridique avec un signe opérationnalisant est le remplacement publicitaire d'exigences régulatrices (des esprits chamaniques) par des signes mathématiques accompagnés d'un signe d'opération qui explique les interactions entre les signes mathématiques.

Par exemple, Finnis a des formules juridiques comme « Si p, q, r , alors $XO\phi$: la peine pour la non-conformité est P » où O est un opérateur déontique modal qui signifie que ϕ dans les circonstances p, q, r , est obligatoire pour X.³⁴²

3) La mathématique.

La variante de la mathématique est la référence publicitaire à la mathématique afin de dire que les pratiques régulatrices fonctionnent de manière similaire. Par exemple, Finnis dit que la curiosité trouve sa satisfaction dans les cathédrales de la science, « dans la mathématique » et dans la philosophie, en les ramenant au point où leurs sophistications sont déjà en dehors de ce qui peut être compris par un individu instruit.³⁴³ Hart dit que l'opinion que la règle de reconnaissance peut être assumée comme valide, mais que cette validité ne peut pas être démontrée, est incorrecte au même

³⁴⁰ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 239-240. Voyez également *ibid.* pp. 45, 126 et 127, 199, 242, 244, 268, 308, 316, 334.

³⁴¹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 35 et 36.

³⁴² Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 326. Voyez également *ibid.* pp. 314, 315.

³⁴³ *Ibid.* p. 84. Voyez également *ibid.* pp. 24, 67, 68, 136, 162 et 163, 190, 385.

titre que l'opinion qu'on ne peut pas démontrer que le standard du mètre à Paris est lui-même correct.³⁴⁴

4) La formule sociale.

La formule sociale est la présentation publicitaire des régularités supposées du comportement des actrices sociales sur le marché régulateur en employant la structure d'une loi naturelle découverte. Par exemple, Finnis dit que l'engagement qui se trouve entre le fanatisme et l'apathie en tant que cinquième exigence de rationalité pratique crée un type particulier de membre du groupe. Le membre dévoué du groupe qui cherchera toujours des voies nouvelles et meilleures pour arriver au bien commun. Si ce membre est intelligent il trouvera la voie.³⁴⁵

14. LA CRÉATION DU PARADIS

La création du paradis est un élément-clé dans la publicité en général³⁴⁶ et, particulièrement, dans la publicité d'arguments juridiques qui consiste en la désignation d'une terre ou d'une société qui suit la vision juridique du créateur de publicité (achète la marchandise) et qui, pour cette raison, vit dans le bonheur.

La créatrice de la publicité de Coca Cola crée un paradis sur l'île volante dans le ciel au moyen de 4 ballons où les personnages magiques font la fête tout le temps et où la préparation du Coca Cola se termine.³⁴⁷

³⁴⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 109.

³⁴⁵ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 231. Voyez également *ibid.* pp. 234 et 235.

³⁴⁶ Alexandra Slavyanskaya, « Сколько стоит планировка зала », 11 *Рекламодатель: теория и практика* 193 (2003).

³⁴⁷ Happiness Factory 1, <http://www.youtube.com/watch?v=CAuXhJYEbho>, 12 12 2009.



Episode du clip « Happiness Factory 1 » : l'île volante

La créatrice de la publicité des préservatifs nervurés *Hansaplast*, afin de souligner les avantages de ce type particulier, crée également son paradis qui se trouve dans la chambre à coucher de parents et dans la vie de leur enfant.³⁴⁸

³⁴⁸ Hansaplast Ribbed Condoms, <http://www.youtube.com/watch?v=8NvgyYHeY4o>, 12 12 2009.



Episode 1 du clip des préservatifs nervurés Hansaplast : un garçon mange beaucoup des glaces sans partager avec une fille en disant : « Ma maman m'a dit que je peux »



Episode 2 du clip des préservatifs nervurés Hansaplast : le garçon veut jouer avec un serpent en disant : « Ma maman m'a dit que je peux »



Episode 3 du clip des préservatifs nervurés Hansaplast : le garçon fait un tatou en disant : « Ma maman m'a dit que je peux »



Episode 4 du clip des préservatifs nervurés Hansaplast : le garçon apporte une scie mécanique à l'école et commence à scier la chaise de l'enseignante en disant : « Ma maman m'a dit que je peux »



Episode 5 du clip des préservatifs nervurés Hansaplast : le garçon est arrêté par la police en conduisant la voiture sur l'autoroute et il s'explique par : « Ma maman m'a dit que je peux »



Episode 6 du clip des préservatifs nervurés Hansaplast : un garçon va sauter avec un parachute en disant : « Ma maman m'a dit que je peux »



*Episode 7 du clip des préservatifs nervurés Hansaplast : un garçon approche la porte de la chambre à coucher des parents et demande : « Maman, je peux mettre le chat dans la machine à laver ? »
La maman répond : « Oui ! »*

Les deux paradis – l’île volante de Coca Cola et la chambre à coucher d’Hansaplast – sont des créations imaginaires.

Sur le marché juridique, selon les caractéristiques de cette société du bonheur, nous distinguons neuf variantes du paradis. Toutes ces variantes proposent des avantages assez différents et, par conséquent, adaptés aux besoins de la consommatrice.

1) La société future.

La société future est l’état dont notre société actuelle se rapprochera si nous commençons à pratiquer une certaine vision juridique (achetons une certaine marchandise). On trouve l’usage de cette variante du paradis chez Dworkin quand il parle de « la communauté que nous visons d’avoir ». Pour arriver à cette communauté il faut avoir une attitude juridique constructive qui se décline en « esprit interprétatif » qui cherche à montrer « la route vers le meilleur futur », et en « une attitude fraternelle » nous permettant de fonctionner ensemble dans la communauté malgré les divisions quant au projet, à l’intérêt et à la conviction.³⁴⁹

³⁴⁹ Dworkin, *Law’s...*, *op. cit.*, p. 413.

2) La société des anges.

La société des anges est le paradis dont notre société actuelle ne se rapprochera jamais, mais nous devons le considérer quand même en tant qu'idéal. Cette variante du paradis est présente dans les campagnes publicitaires de Finnis et de Hart.

Finnis dit qu'il faut éviter que toute la richesse se concentre dans les mains d'une classe de propriétaires privées par succession, grâce à des mécanismes tels que le partage de profit, les conditions compétitives sur le marché, l'imposition redistributive, le plein emploi achevable par l'investissement productif, etc. Afin de renforcer ce qu'il veut dire, Finnis crée un « monde idéal » où les membres actifs de la communauté sont plus détachés des considérations d'avantage privé, de l'amour de « leur propres » choses, où la propriété commune et l'entreprise sont plus productives pour le bénéfice de tous.³⁵⁰

Hart crée le « ciel formaliste » pour dire que si les règles actuelles ne font pas partie du « ciel formaliste », cela ne signifie pas qu'elles n'existent pas comme les sceptiques le soutiennent.³⁵¹

3) La société du bien-être.

La société du bien-être est l'état dont notre société actuelle se rapprochera si nous commençons à pratiquer une certaine vision juridique (achetons une certaine marchandise). On trouve l'usage de cette variante du paradis chez Finnis et Hart. Pour conserver l'intrigue, le créateur de publicité ne doit pas préciser quelle est la distance entre notre société actuelle et cette variante du paradis.

Dans le clip publicitaire de Finnis, nous voyons « les sociétés qui au niveau du bien-être total de leurs membres ont devenues complexes et qui reconnaissent la valeur de l'autonomie individuelle à la fois comme aspect de l'épanouissement humaine et comme cause de l'avancement économique ». Dans ces sociétés, l'augmentation des inégalités *de facto* est contrôlée et limitée par

³⁵⁰ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 170. Voyez également *ibid.* pp. 7 et 8, 375, 380.

³⁵¹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 139. Voyez également *ibid.* pp. 138 et 139.

la justice distributive qui englobe les schèmes de jouissance de la propriété, de l'héritage, du contrat, de l'imposition, etc.³⁵²

Hart crée les « systèmes sociales avancés » qui se distinguent par la présence de la règle de reconnaissance qui n'est pas une nécessité, mais le luxe. Cette règle signifie que le système social avancé est prêt à accepter non seulement des règles ordinaires et des ordonnances, mais aussi, en avance, les classes générales de règles définissables par des critères généraux de validité.³⁵³

4) La société techniquement avancée.

La société techniquement avancée est une variante du paradis où nous commencerons à vivre si nous pratiquons une certaine vision juridique (achetons une certaine marchandise). Pour conserver l'intrigue, le créateur de publicité ne doit pas préciser les caractéristiques concrètes de ce paradis.

Finnis crée le « développement de la jurisprudence moderne » (ou une société techniquement avancée) qui « confirme », après des réflexions sur la méthodologie de n'importe quelle science sociale, qu'une théoricienne ne peut pas produire une description ou une analyse des faits sociaux sans qu'elle participe à l'évaluation à ce qui est bien pour les personnes humaines et à ce qui est exigé par la rationalité pratique.³⁵⁴

Hart montre que la « société moderne » et l'« État moderne », contrairement à une « petite tribu » ou à une « société simple tribale », exigent un niveau plus élevé de formalisation des pratiques régulatrices et l'existence de la classe des juristes et des institutions juridiques.³⁵⁵

5) La société démocratique.

³⁵² Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 192. Voyez également *ibid.* pp. 184, 306 et 307.

³⁵³ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 235.

³⁵⁴ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 2. Voyez également *ibid.* pp. 5 et 6.

³⁵⁵ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 60. Voyez également *ibid.* pp. 162, 233 et 234.

La société démocratique est une variante du paradis où nous arriverons ou nous resterons si nous pratiquons une certaine vision juridique (achetons une certaine marchandise. Finnis montre que c'est le « pouvoir gouvernant ayant son origine sous et en vertu de la rationalité pratique » qui est à l'origine de l'Etat nation.³⁵⁶ C'est une des raisons pour lesquelles la rationalité pratique doit être considérée comme une marchandise à acheter.

6) La société juridique.

La société juridique est une variante du paradis où nous arriverons ou nous resterons si nous pratiquons une certaine vision juridique (achetons une certaine marchandise).

Finnis crée l'image de la « communauté internationale bien ordonnée » (une forme de la société juridique) où la désirabilité (y compris celle d'une interprétation judiciaire) est évaluée par référence primaire au bien commun de la communauté entière et de ses membres, ce qui englobe les considérations de la justice et des droits. Les intérêts de la personne ou de l'État sont mis en deuxième lieu.³⁵⁷

Hart parle du « monde juridique » qui se distingue du « monde pré-juridique » par la découverte de la roue, c'est-à-dire par l'introduction des législatrices qui changent et ajoutent les règles de devoir et par l'introduction des juges qui déterminent quand les règles de devoir sont violées.³⁵⁸

7) La société juridique avancée.

La variante de la société juridique avancée est créée pour attirer les consommatrices qui s'ennuient avec la société simplement juridique et pour battre les concurrentes qui proposent un grand assortiment de sociétés juridiques simples. Cette variante intensifie les sentiments positifs de la consommatrice liés au mot « juridique » et promet de lui donner quelque chose de meilleur encore.

³⁵⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 251. Voyez également *ibid.* pp. 5 et 6, 11.

³⁵⁷ *Ibid.* p. 240. Voyez également *ibid.* pp. 7 et 8,

³⁵⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 42. Voyez également *ibid.* pp. 54, 79, 94, 110, 116, 170

Dworkin donne trois exemples de société juridique et politique : (1) la communauté *de facto* où les gens n'ont pas trop d'affinités, (2) la communauté du livre des règles où les gens sont égoïstes mais suivent les règles positivistes, (3) la communauté de principe qui adhère à l'intégrité. Donc la « communauté de principe » est une communauté juridique avancée.³⁵⁹

Hart a également sa société juridique avancée : les « systèmes juridiques modernes ». Il répond à la critique de Dworkin en disant que la règle de reconnaissance ne détermine pas toujours de manière claire quel résultat sera dans une affaire particulière ; souvent elle détermine uniquement les conditions générales qu'une décision juridique correcte doit satisfaire dans les « systèmes juridiques modernes ».³⁶⁰

8) La société unifiée comme une personne.

Cette variante du paradis est créée pour les personnes qui gardent des idéaux de fraternité et d'unité.

Finnis montre « la vie coopérative dans la communauté politique large » qui est basée sur les principes de rationalité pratique. Selon lui, seule l'autorité peut rendre cette vie possible dans la pratique.³⁶¹

Dworkin introduit l'image de la « communauté personnifiée ». La juge qui interprète la pratique régulatrice en suivant l'« intégrité pure » ne regarde pas les principes de justice dans la perspective d'une institution particulière, mais « parle directement à la communauté personnifiée ».³⁶²

Hart montre le « système juridique unique » qui ne peut exister que si les juges appliquent la même « règle ultime de reconnaissance », les « standards communs de décision judiciaire correcte ».³⁶³

³⁵⁹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 208-211. Voyez également *ibid.* pp. 214, 215 et 217, 262 et 263, 406, 413.

³⁶⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 258-259. Voyez également *ibid.* pp. 100 et 101.

³⁶¹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 251.

³⁶² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 405 et 407. Voyez également *ibid.* pp. 208, 225, 240, 241, 247 et 248.

³⁶³ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 116. Voyez également *ibid.* pp. 233 et 234.

9) Neptune (la société future, techniquement avancée et juridique).

La planète Neptune est le symbole du paradis créé par Dworkin ; elle unifie tous les sentiments positifs relatifs à la société future, techniquement avancée et à la société juridique. Il montre Neptune qui a été d'abord découvert par la formulation d'hypothèses, par le calcul du comportement des autres planètes, et, ensuite, a été trouvé par télescope, afin de dire que l'intégrité sera prouvée de la même façon.

15. LA CRÉATION DE L'ENFER

La création de l'enfer est un élément-clé dans la publicité en général³⁶⁴ et particulièrement des arguments juridiques qui consiste en la désignation d'une terre ou d'une société qui ne suit pas la vision juridique du créateur de publicité et qui pour cette raison vit dans le malheur.

Sur le marché juridique, les créatrices de publicité emploient dans leurs travaux sept variantes de l'enfer afin de mieux s'adapter aux besoins et aux valeurs de la consommatrice. Notre lumière : Comment s'appelle l'enfer ?

1) Le chaos.

Le chaos est une société violente sans règles où chacun se sent en danger. Les créatrices de publicité, comme Hart,³⁶⁵ utilisent souvent le mot « anarchie » pour décrire le chaos, la destruction de l'ordre juridique, mais l'utilisation de ce mot est ambiguë puisque les anarchistes ont une vision très positive de l'anarchie et ne l'associent jamais au chaos. En même temps nous devons comprendre la position des créatrices de la publicité : il y a déjà un bon travail effectué pour renforcer les sentiments négatifs liés au mot « anarchie », la consommatrice avec une instruction moyenne n'a rien lu de sérieux sur la théorie anarchiste et c'est pour cette raison que ce mot reste toujours efficace pour provoquer la peur dans le cœur de la consommatrice.

³⁶⁴ Dontsov, A Ovcharenko, *Ekonomicheskie rezultaty reklamnoy vospriimchivosti*, op. cit., p. 222.

³⁶⁵ Hart, *The Concept...*, op. cit., p. 118. Voyez également *ibid.* pp. 32, 42, 52 et 53, 84, 116, 131, 136, 139, 211,

Finnis dit que le droit doit avoir un contenu minimal de règles primaires et de sanctions « afin d'assurer la survie de la société ou de ses membres et de leur donner la raison pratique » pour respect de droit.³⁶⁶ Donc, la raison pratique est nécessaire pour la survie même de la société, tel l'enfer filmé par l'école du droit naturel.

2) La société technologiquement retardée.

Dans la publicité des arguments juridiques (des pratiques chamaniques), la société technologiquement retardée est souvent associée au non-usage d'une certaine vision juridique, mais elle peut être également présentée dans le sens « regardez, même ces idiots font comme ça ». La présentation de cette variante de l'enfer n'est pas adressée à cette société retardée, mais à notre société pour lui faire peur, et, par ce moyen, provoquer la croissance dans la consommation d'une vision juridique particulière.

Finnis montre dans son clip publicitaire que les principes du droit naturel fonctionnent partout comme les principes mathématiques de comptabilité fonctionnent également dans la « banque médiévale ».³⁶⁷

3) La société préjuridique.

La société préjuridique est une forme de la société du malheur qui n'a pas de « droit », mais qui peut faire un progrès en achetant la marchandise de la créatrice de publicité. Évidemment la société juridique doit également consommer cette marchandise pour ne pas se dégrader.

Hart introduit le concept de « société préjuridique » pour décrire la société où il y a des règles-ordonnances (règles primaires) mais les règles de reconnaissance (règles secondaires) décrivant

³⁶⁶ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 7. Voyez également *ibid.* pp. 220, 380.

³⁶⁷ *Ibid.* p. 24. Voyez également *ibid.* pp. 5 et 6.

comment de nouvelles règles-ordonnances peuvent être créées sont absentes.³⁶⁸ Finnis reprend cette variante de l'enfer et l'intègre chez lui en tant que « régime préjuridique ».³⁶⁹

4) La société despotique.

La société despotique est l'enfer pur gouverné par un despote violent et irresponsable. Même si dans cette variante de l'enfer il y a quelque chose comme du « droit », son état est vraiment critiquable.

Finnis montre les avantages du droit naturel par rapport au droit positif en introduisant l'image de la tyrannie. Il dit que la règle autorisant le tyran à faire ce qu'il veut est « une règle de droit » mais elle est contraire à « la Règle de Droit ». Cette règle tyrannique est une « constitution » mais elle n'établit pas le « gouvernement constitutionnel ».³⁷⁰

Hart crée « la situation du bandit armé » (enfer) afin de mieux décrire l'attitude interne vis-à-vis du droit. Un bandit armé A peut demander qu'une citoyenne B lui donne de l'argent et nous dirons que B « a été obligée » d'obéir. Il serait bizarre de dire que B « a eu une obligation ».³⁷¹

5) La société des inconnues.

La « société des inconnues » est un enfer où les citoyennes agressives vivent sans aucune confiance, etc., mais où il y a quand même des « règles juridiques ». Les gens sont très différents et considèrent cette cohabitation comme une simple communauté *de facto*. Dworkin crée cette variante de l'enfer pour mieux souligner les avantages de son paradis – de la société de principe adhérant à l'interprétation d'intégrité.³⁷²

³⁶⁸ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 117. Voyez également *ibid.* pp. 42, 52, 86, 92 et 93, 94, 100 et 101, 170.

³⁶⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 7.

³⁷⁰ *Ibid.* p. 272 et 273. Voyez également *ibid.* pp. 11, 189, 251.

³⁷¹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 82.

³⁷² Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 208-211. Voyez également *ibid.* pp. 214 et 215.

6) La société d'absurde.

La société d'absurde est la société gouvernée par des « règles absurdes ». La définition concrète de ces règles est ouverte à la créativité de chaque créatrice spécifique de publicité. Par exemple, Hart dit qu'on ne peut pas expliquer les règles de modification et de création des règles en termes de règles et de sanction. Ces règles de modification et de création doivent être appelées « règles de reconnaissance » des nouvelles règles. Il serait absurde de dire que le rejet d'un projet de loi par le Parlement est une sanction. Il serait absurde de considérer que, dans le football, tous les mouvements sont interdits sauf marquer un but.³⁷³

7) La « tribu nègre ».

La tribu nègre est l'enfer créé par Finnis et Hart et qui unifie tous les sentiments négatifs relatifs à la société techniquement retardée, préjuridique et despotique. Finnis fait référence à la « tribu nègre » pour dire qu'il n'y a pas du « Droit » et que c'est mauvais.³⁷⁴ Hart fait également une référence à la « tribu » pour dire que c'est seulement une tribu qui pourrait vivre sans la règle de reconnaissance.³⁷⁵

16. LA RÉVOLTE SPECTACULAIRE

La notion de révolte spectaculaire a été introduite par Guy Debord³⁷⁶ et elle se réfère à la protestation artificielle qui substitue la critique réelle. Comme le dit le théoricien du spectacle :

³⁷³ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, pp. 33 et 34.

³⁷⁴ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 5 et 6.

³⁷⁵ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 92. Voyez également *ibid.* pp. 60, 91.

³⁷⁶ Guy Debord, *La société du spectacle* (filme), 23 min. 20 sec.

« L'insatisfaction elle-même est devenue une marchandise ». Ce chemin est suivi par Pepsi. Regardons quelques épisodes de son clip « The Joy of Pepsi ».³⁷⁷



Épisode 1 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : le style des cheveux de Britney ressemble à celui de Che Guevara



Épisode 2 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney en lutte

³⁷⁷ Britney Spears, „The Joy of Pepsi“, <http://www.youtube.com/watch?v=Jt8uNG02ixA>, 12 12 2008.



Épisode 3 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney fait un cahot de sa frange – le symbole de la révolte

Le message visuel est accompagné du texte :

« The look...

Look into the vibe

The taste is on my mind

And I won't be denied... »



Épisode 4 du clip de Britney Spears « The Joy of Pepsi » : Britney fait un cahot de sa frange – le symbole de la révolte

Avec les mot « The look... Look into the vibe. The taste is on my mind. And I won't be denied... » et l'expression du visage d'une personne qui veut sincèrement prouver la vérité, Britney organise une révolte contre celles qui ne croient pas au goût de Pepsi.

On voit encore un bon exemple de la révolte spectaculaire dans le clip de Pepsi sur les gladiatrices Britney, Beyoncé et Pink.³⁷⁸



Épisode 1 du clip « We will Rock You » : la lutte des gladiatrices est organisée dans la Colisée antique

³⁷⁸ Britney Spears, Beyoncé, Pink, „We Will Rock You“, <http://www.youtube.com/watch?v=CfxwXneCtEM>, 12 12 2008.



Épisode 2 du clip « We will Rock You » : l'empereur boit de Pepsi – la boisson élitiste



Épisode 3 du clip « We will Rock You » : Britney Spears se trouve dans la cellule pour esclaves-gладиatrices



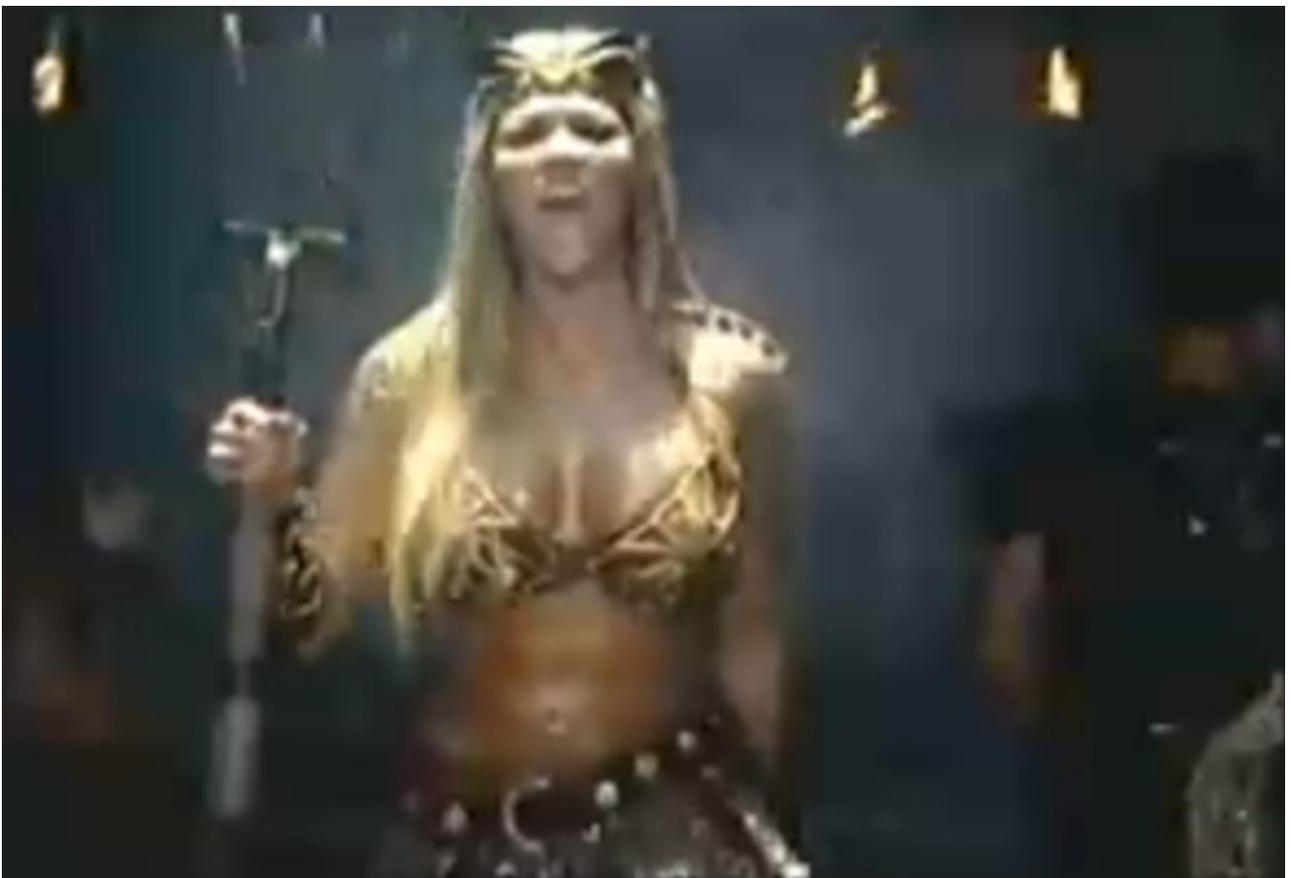
Épisode 4 du clip « We will Rock You » : Britney Spears voit par la fenêtre de sa cellule comment l'empereur boit du Pepsi



Épisode 5 du clip « We will Rock You » : P!nk se trouve également dans une cellule pour esclaves-gладиatrices



Épisode 6 du clip « We will Rock You » : Britney Spears frappe la porte et les barreaux avec son bouclier



Épisode 7 du clip « We will Rock You » : Beyoncé est aussi dans la cellule pour esclaves-gladatrices mais veut sortir



Épisode 8 du clip « We will Rock You » : Britney Spears sort sur l'arène du Colisée



Épisode 9 du clip « We will Rock You » : les gladiatrices Britney Spears, Beyoncé et P!nk décident de ne pas lutter entre elles, mais de se réunir pour renverser l'empereur



Épisode 10 du clip « We will Rock You » : la gladiatrice P!nk chante sur la révolte

Britney Spears, Beyoncé et P!nk chantent :

« Buddy you're a boy make a big noise
Playin' in the street gonna be a big man some day
You got mud on your face
You big disgrace
Kickin' your can all over the place
Sing it! »



Épisode 11 du clip « We will Rock You » : la gladiatrice Beyoncé chante sur la révolte

Britney Spears, Beyoncé et P!nk chantent :

« We will, we will rock you!
We will, we will rock you! »



Épisode 12 du clip « We will Rock You » : la gladiatrice Britney Spears chante sur la révolte

Britney Spears, Beyoncé et P!nk chantent :

« Buddy you're a young man hard man
Shoutin' in the street gonna take on the world some day
You got blood on your face
You big disgrace
Wavin' your banner all over the place »



Épisode 13 du clip « We will Rock You » : l'empereur buvant de Pepsi a peur de la révolte

Britney Spears, Beyoncé et P!nk chantent :

« We will we will rock you

Sing it!

We will we will rock you »



Épisode 14 du clip « We will Rock You » : les spectatrices réunies sur le Colisée commencent également à chanter sur la révolte

Britney Spears, Beyoncé et P!nk chantent :

« Buddy you're an old man poor man
Pleadin' with your eyes gonna make you some peace some day
You got mud on your face
Big disgrace-
Somebody better put you back into your place »



Épisode 15 du clip « We will Rock You » : Pepsi de l'empereur tombe dans l'arène du Colisée

Britney Spears, Beyoncé et P!nk chantent :

« We will we will rock you
Sing it
We will we will rock you
Everybody
We will we will rock you
We will we will rock you
Alright »



Épisode 16 du clip « We will Rock You » : l'empereur est également jeté dans l'arène



Épisode 17 du clip « We will Rock You » : les trois gladiatrices Britney, Beyoncé et P!nk boivent du Pepsi après la victoire contre l'empereur



Épisode 18 du clip « We will Rock You » : l'empereur est jeté au lion

Autrement dit, il faut dire que votre marchandise est « critique » pour la vendre sur le marché des boissons rafraîchissantes ainsi que sur le marché académique. C'est exactement un des éléments-clés publicitaires qui est employé dans les travaux de Finnis, Hart et Dworkin. Dans la présente thèse, pour définir les standards d'application du mot « critique », je me baserai sur le patrimoine des études critiques du droit. Nous allons décrire six variantes de la révolte spectaculaire.

1) « Ma théorie est critique ».

« Ma théorie est critique » est la déclaration publicitaire soulignant que la théorie juridique (la marchandise) du créateur de publicité est « critique » (la révolte spectaculaire).

Par exemple, Finnis dit dans son clip publicitaire que la « philosophie pratique » est une « réflexion critique » sur les biens qui peut être réalisé par l'action humaine et par les exigences de la rationalité pratique. Donc il présente sa marchandise comme « critique ».³⁷⁹

³⁷⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. pp. 12.

2) « Vous êtes critique ».

« Vous êtes critique » est la déclaration publicitaire rassurant la consommatrice qu'en utilisant la vision juridique (la marchandise) de la créatrice de publicité elle renforcera son identité « critique » (la révolte spectaculaire).

Finnis dit que la jurisprudence descriptive n'est pas inévitablement subjective ni basée sur des clichés personnels. Il vous appelle « théoricienne critique » qui a besoin de ce genre d'aide pour convertir vos « opinions préconçues » pratiques en jugements véritablement raisonnables sur ce qui est bien et pratiquement raisonnable.³⁸⁰

Dworkin dit que le « scepticisme externe » ou la « métaphysique empirique » (écd) qui répond toujours « cela est votre opinion » aux écoles juridiques conventionnelles n'apporte rien à l'« affaire en mains ». Le sceptique externe demande une démonstration métaphysique que personne ne peut produire. Dworkin se réfère à vous comme à un « sceptique interne » qui fait des contre-arguments au même niveau où l'argument attaqué est produit. Il dit que vous « devez » d'abord entendre l'opinion que cette sceptique externe soutient et, ensuite, réfléchir et voir si cette opinion est également votre, si vous la partagez.³⁸¹ Je place cet épisode publicitaire dans la variante « vous êtes critique » au lieu de « je veux que vous soyez critique » car Dworkin fait une distinction entre « eux » (écd, sceptiques externes inutiles) et « vous » (sceptiques internes utiles).

3) « Je veux que vous soyez critique ».

« Je veux que vous soyez critique » est l'épisode publicitaire où la créatrice de publicité conseille à la consommatrice d'être « critique » (la révolte spectaculaire).

Finnis donne un exemple de rationalité pratique que votre pensée pourrait suivre :

³⁸⁰ *Ibid.* p. 17.

³⁸¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 85 et 86.

- i. il serait bien de trouver la vérité sur les principes déclarés du droit naturel ;
- ii. « la lecture critique de ce livre »,³⁸² probablement, m'aidera à trouver ce que je cherche sur ces matières.

1) « Nous sommes critiques ».

« Nous sommes critiques » est la déclaration publicitaire programmant la consommatrice par la conviction que le créateur de publicité est aussi « critique » (la révolte spectaculaire) que la consommatrice et c'est pour ça que cette dernière ne doit pas résister à la publicité.

Dworkin dit dans son clip publicitaire que « nous » manquons les « essentiels d'un bon appareil pour un criticisme intelligent et constructif » de ce que les juges font.³⁸³ Dworkin emploie la formule « nous comme critiques » quand il répète les arguments positivistes pour légitimer la façon dont il les simplifie et présente. L'argument des positivistes indique que les désaccords sur le droit sont plutôt des désaccords verbaux que des désaccords sur l'état du droit. « Nous comme critiques » signifie ici que « nous » comprenons cet argument comme une thèse que le « droit » décrit toujours le « cœur » du concept.³⁸⁴

Hart dit que « l'authenticité de notre acceptation de la règle » se manifeste dans « notre criticisme de la déviation allant à l'encontre de cette règle de notre propre part ou de la part d'autres ».³⁸⁵

2) L'attitude ouverte à la critique à l'égard de soi sous le *probatio diabolica*.

L'attitude ouverte à la critique à l'égard de soi sous le *probatio diabolica* est la déclaration publicitaire qui consiste en deux étapes. D'abord, la créatrice de publicité crée une situation qu'on ne peut aucunement critiquer et qui ne mène la victime (la consommatrice) qu'à la seule réponse possible. Ensuite, il dit qu'il n'a pas de réponse à cette situation et qu'il est ouvert à la critique.

³⁸² Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 63.

³⁸³ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 11.

³⁸⁴ *Ibid.* p. 40. Voyez également *ibid.* pp. 255 et 256.

³⁸⁵ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 140. Voyez également *ibid.* pp. 140.

Dworkin dit que les écd veulent dire que le Code de trafic n'est pas le droit. C'est l'affirmation qu'une lectrice moyenne (consommatrice) considère comme *probatio diabolica*, comme quelque chose d'impossible à prouver. Après, Dworkin, considérant que le Code de trafic est le droit, montre son attitude ouverte à la critique à l'égard de lui-même. Il dit que « nous » ne devons pas rejeter cette affirmation sans écouter au préalable les arguments des écd.³⁸⁶

3) Le vocabulaire des crites.

Le « vocabulaire des crites » est la situation où la créatrice de publicité commence à employer dans son discours le vocabulaire des études critiques du droit ou des postmodernistes parisiens pour attirer les consommatrices et mieux vendre sa marchandise.

Par exemple, Finnis en décrivant la connaissance en tant que valeur basique du bien répète l'attitude réaliste que la « description complète des données » est préférable aux descriptions partielles.³⁸⁷ Je remarquerais que c'est l'école du droit naturel qui est d'habitude accusée de description partielle excluant, par exemple, le positivisme, etc.

Dworkin emploie le concept « théories classiques » tout à fait comme Duncan Kennedy pour délégitimer le positivisme et les idées similaires. Ces « théories classiques » sont paralysées par la piqure sémantique.³⁸⁸ Cela malgré le fait que Dworkin lui-même crée une théorie classique

17. LE TAMPONNEMENT

³⁸⁶ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 92.

³⁸⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 67. Voyez également *ibid.* pp. 17, 148.

³⁸⁸ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 68. Voyez également *ibid.* pp. 11, 85 et 86, 400, 407.

Le tamponnement est la création de la vision régulatrice (de la marchandise) qui se place entre deux extrêmes opposés. Cet élément publicitaire donne plus de légitimité à la présentation générale de la marchandise juridique. Trois variantes de cet élément-clé publicitaire sont distinguables.

1) Le tampon spirituel.

Le tampon spirituel est la vision modérée et abstraite, sans exemple empirique, qui se trouve entre deux visions extrêmes et concrètes.

Par exemple, Finnis dit que la pratique ou l'institution de promettre-et-pour-ça-effectuer-ou-accepter-la-justice-des-reproches-etc. n'est pas faite pour apporter un bénéfice à celle qui promet ni à celle qui reçoit la promesse, mais pour l'avantage de toute la « communauté ». ³⁸⁹

Hart montre dans son clip les besoins sociaux extrêmes : la nécessité d'avoir des règles certaines qui peuvent être appliquées en toute sécurité par des individus privés et la nécessité de laisser certaines questions ouvertes. Selon lui, les théoriciens soit ignorent, soit exagèrent l'indétermination des règles juridiques. Pour cette raison, le positivisme doux de Hart est un compromis (tampon spirituel). ³⁹⁰

Dworkin présente deux extrêmes interprétatifs ou deux « tyrannies » comme il les nomme : le passivisme judiciaire et l'activisme. Il dit qu'il faut avoir une approche « plus dense et faisant une distinction cas par cas », ce qui est exprimé par l'intégrité (tampon spirituel). ³⁹¹

2) Le tampon avec un exemple.

Le tampon avec un exemple est la vision modérée et abstraite qui se trouve entre deux visions extrêmes et concrètes, accompagnée d'un exemple empirique. Dans la majorité des cas, cet exemple empirique sera inutile face aux situations empiriques nouvelles.

³⁸⁹ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 303. Voyez également *ibid.* pp. 108, 110, 171 et 172, 356.

³⁹⁰ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 130. Voyez également *ibid.* pp. 130 (encore un exemple), 132, 132 et 133, 147, 166 et 167, 193, 196 (2 exemples), 197.

³⁹¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 378. Voyez également *ibid.* pp. 75 et 76, 225, 399.

Par exemple, dans le cas de la frustration du contrat où ce contrat est partiellement exécuté, il y a deux parties qui ont deux interprétations complètement opposées de ce qu'il faudrait faire quant à leurs obligations mutuelles. Le tampon est de faire « comme la cour considère qu'il est juste » (« *as the court considers just* »). Finnis ajoute un exemple de « comme la cour considère qu'il est juste » : la partie qui a encouru des dépenses peut être autorisée à les récupérer.³⁹²

Le dieu Héraclès rejette l'extrême du passivisme, car il n'accepte pas l'idée que les juges doivent s'incliner devant les fonctionnaires élus, ainsi que l'extrême de l'activisme puisqu'il refuse de substituer son jugement à celui de la législature quand la question porte sur la politique et non sur le principe. Le juge idéal de Dworkin choisit la « balance juste entre l'économie et la conservation » (tampon). Ce tampon est accompagné d'un exemple : le dieu Héraclès refuse de joindre la majorité des juges à la Cour suprême étatsunienne dans l'affaire *Lochner*. Dans ce procès, les juges ont annulé une loi du Peuple de l'État de New York qui a établi que le temps de travail d'une boulangère doit être limité à 10 h par jour et 60 h par semaine. Selon elles, cette mesure était contraire à la liberté de contrat.³⁹³

Hart reconnaît l'existence des « maisons sur le mi-chemin » (tampon) entre le « droit clair » et la « moralité claire » dans le droit international. Il donne l'exemple de la courtoisie accordée aux envois diplomatiques qui ont le privilège d'acquérir des biens pour l'usage personnel hors taxes.³⁹⁴

3) Le tampon poussant.

Une autre façon d'engager le tampon dans la lutte publicitaire est de créer un tel tampon qui ne soit pas acceptable en lui-même, mais poussera la consommatrice de l'extrême négatif vers l'extrême présenté comme positif par la créatrice de publicité. Pour effectuer cette opération, le tampon doit contenir des défauts, plus proche de la vision contraire à la vision de la créatrice, mais mieux que celle-ci.

³⁹² Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 182-184.

³⁹³ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 398. Voyez également *ibid.* pp. 389-391.

³⁹⁴ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 228. Voyez également *ibid.* pp. 139.

Dworkin crée trois modèles de la communauté³⁹⁵ :

- ❑ la communauté des inconnues où les gens n'ont rien en commun mais où ces inconnues refreinent la lutte directe et coopèrent pour leur propre bénéfice individuel et égoïsme (extrême négatif);
- ❑ la communauté du livre des règles où les gens ne cherche rien sauf leurs intérêts individuels mais suivent honnêtement les règles du livre (tampon poussant) ;
- ❑ la communauté de principe qui veut être gouvernée par des principes communs et qui adhère à l'interprétation cohérente des pratiques régulatrices, à l'intégrité (extrême positif).

18. LA MODERNISATION

L'élément-clé de la modernisation est l'accentuation que la vision juridique (la marchandise) de la créatrice de publicité est « moderne » ou « contemporaine ».³⁹⁶

Finnis, cherchant à lier sa « rationalité pratique » (droit naturel et moralité) au droit positif et à le dominer, présente cette technique interprétative qu'il vend comme « moderne » par rapport, par exemple, à la vision de Hans Kelsen qui est contre une telle liaison. Finnis montre que la distinction univoque entre droit et moralité, droit et force, droit et coutume, droit et politique, droit et discrétion absolue, droit et n'importe quoi autre a été attaquée par Aristote, puis, rejetée consciemment par Hart et Raz, ce qui représente un développement moderne.³⁹⁷

Dworkin parle de la différence de perception d'une juive par l'audience de l'époque de Shakespeare et par l'« audience contemporaine » – la question se posant en montrant la pièce de théâtre *Le*

³⁹⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, pp. 208-211. Voyez également *ibid.* pp. 214, 215.

³⁹⁶ Valery Khashenko, Anna Baranova, « Vzaimosviaz otsenki kachestva zhizni i ekonomiko-psikhologicheskogo statusa lichnosti » dans A. Zhuravleva, A. Kupeichenko (dir.), *Problemy ekonomicheskoy psikhologii*, Moscou : Institut de psychologie de l'Académie des sciences de Russie, 2004, p. 183.

³⁹⁷ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, pp. 9 et 10. Voyez également *ibid.* pp. 2, 5 et 6, 67, 95, 209, 214, 312.

Marchet de Venise. L'intégrité unifie la conscience de l'époque de Shakespeare et la conscience contemporaine,³⁹⁸ ce qui est nécessaire pour les besoins contemporains.

Hart crée sa propre histoire pour renforcer le sentiment de modernisation représentée par le positivisme et par sa règle de reconnaissance (règles secondaires) : d'abord, il décrit la société sous le gouvernement de Rex I où il n'y a pas de règles secondaires, puis sous Rex II. Ces épisodes montrent le développement du droit et sa nécessité, le développement de la règle de reconnaissance.³⁹⁹

19. L'IDIOTISATION

L'élément-clé publicitaire de l'idiotisation consiste en ce que la créatrice de publicité déclare, en fait, que la concurrente est une idiote sans employer le mot « idiote ». Par exemple, Richard Posner, de l'école de l'analyse économique du droit, écrit que les représentantes du juridisme sont « *naïve to the point of almost total cluelessness* ». Finnis, Hart et Dworkin travaillent également dans la direction de l'idiotisation tournée contre ses concurrentes.

Par exemple, Kelsen pense que le droit naturel n'a qu'un seul critère de validité juridique – la validité morale. Une loi est soit moralement valide et juste, soit moralement invalide et erronée. Les théoriciennes du droit naturel ne peuvent jamais dire qu'une loi est juridiquement valide, mais moralement erronée. Finnis idiotise Kelsen en répondant : « Je ne connais aucune philosophe qui entre ou entrerait dans une telle description ».⁴⁰⁰

³⁹⁸ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 55. Voyez également *ibid.* pp. 34, 153.

³⁹⁹ Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 54. Voyez également *ibid.* pp. 60, 100 et 101, 162, 229, 232, 233 et 234, 240, 275 et 276.

⁴⁰⁰ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 26. Voyez également *ibid.* pp. 27, 28, 29, 31, 105, 113, 354 et 355, 358.

Dworkin idiotise les crites en disant qu'elles sont des « nihilistes » qui soutiennent erronément que les décisions judiciaires antérieures ne donnent pas droit aux décisions similaires dans l'avenir, que le droit n'existe pas, que le droit est une illusion.⁴⁰¹

Hart idiotise le droit naturel en disant qu'à la lumière de la « connaissance moderne » il est « absurde » de lier trop la moralité aux pratiques régulatrices. Il est absurde d'attacher de l'importance morale à la conduite sur le côté gauche au lieu de droit, ou de ressentir de la culpabilité morale en violant une promesse témoignée par deux témoins mais ne la pas ressentir s'il n'y a qu'un seul témoin.⁴⁰²

20. LA SUBSTITUTION DES TITRES

L'élément-clé de la substitution des titres est le remplacement des titres des visions juridiques dans la concurrence qu'elles se donnent elles-mêmes par des titres nouveaux et les délégitimer. Par exemple, Hart écrit qu'il a créé la « théorie pratique du droit », mais Dworkin change ce titre en « théorie sémantique ».

21. LES QUESTIONS RHÉTORIQUES

La formulation des questions rhétoriques est une technique publicitaire qui a pour le but de clarifier le message pour la consommatrice et d'imposer les limites nécessaires afin d'éviter toute compréhension alternative.⁴⁰³

Finnis dit que l'adhésion d'un quelconque individu aux devoirs de la justice commutative est un aspect intégral et indispensable au respect et à la préférence du bien commun. Cette proposition est

⁴⁰¹ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 110. Voyez également *ibid.* pp. 43, 92.

⁴⁰² Hart, *The Concept...*, *op. cit.*, p. 229.

⁴⁰³ Jeffrey Schrank, *The Language of Advertising Claims*, <http://home.olemiss.edu/~egjbp/comp/ad-claims.html>, 14 04 2010.

suivie par la question rhétorique : « Comment est-ce qu'une société peut être appelée aisée si les individus ne respectent pas les droits de l'un et de l'autre ? »⁴⁰⁴

Dworkin montre les « juristes sentimentales » rêvant d'un droit pur qui fonctionne par lui-même. Ensuite, on voit dans ce clip le mécanisme de l'intégrité, le droit dans son ensemble où la question rhétorique (dans ce contexte) est posée : « Peut-elle, cette conception, reconnaître une forme plus pure du droit que nous avons ? » La réponse est : « Ici se trouve l'argument qu'elle ne le peut pas. »⁴⁰⁵

TITRE 3. AUTRES CAMPAGNES PUBLICITAIRES

CHAPITRE 1. REVUE BRÈVE D'AUTRES CAMPAGNES PUBLICITAIRES DU JURIDISME

INTRODUCTION

Dans ce chapitre j'ai l'intention de présenter une revue générale de ce à quoi l'histoire des campagnes publicitaires du chamanisme judiciaire ressemble. Nous commencerons par le droit naturel, passerons vers le droit positif et regarderons les courants « Du Social » comme il est défini par Duncan Kennedy. Ensuite, nous allons considérer certaines formes contemporaines de l'iusnaturalisme, certaines écoles des droits et des principes et terminerons par certaines reconstructions post-réalistes. Cette démarche aura la structure suivante :

- Droit naturel.
 - Code d'Urukagina, Code d'Hammurabi
 - Décalogue de Moïse
 - Socrate, Platon, Aristote, Cicéron

⁴⁰⁴ Finnis, *Natural Law...*, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁰⁵ Dworkin, *Law's...*, *op. cit.*, p. 400.

- Mahomet
- XIII^e siècle : Saint-Thomas d'Aquin, la pensée catholique
- XVII^e siècle : Hugo Grotius
- XVIII^e siècle : le droit naturel révolutionnaire, le Vernunftsrecht, Emer de Vattel
- XIX^e siècle : le droit naturel socialiste, les juristes philosophiques, Spooner.
- XX^e siècle : Michel Villey, Maritain, neo-Thomisme, Jean Pradel
- Mario Giuliano, Giuseppe Sperduti,
- Lumière.
 - XVI^e siècle : Lew Sapieha
 - XVII^e siècle : Hobbes
 - XVIII^e siècle : Montesquieu, Kant, Rousseau, Voltaire, Beccaria, Hegel
- Utilitarisme. Bentham, XVIII^e
- L'école historique allemande.
 - Les juristes historiques, la mondialisation de la Pensée juridique classique. La science juridique.
 - Romanistes (Savigny) et Germanistes (Eichhorn, Grimm, Beseler, von Gierke).
 - L'école pandectiste du droit (Puchta, Windscheid, humanisme juridique).
 - Begriffsjurisprudenz : Langdell, Restatement, Horowitz
 - Weber (la rationalité logiquement formelle, la rationalité juridique substantielle)
- Positivisme
 - XIX^e siècle : juristes analytiques. Austin, Kelsen, Hart, Raz.
 - Bobbio
 - MacCormick, Bengoetxea
 - Andrey Vyshinsky, c. P. Malakhova, c. N. Kazakova, Mikhail Baitin, AF Cheredantsev
- Droit comme coutume. Carter, de Visscher.
- Le Social:
 - Saleilles, Lambert, Josserand, Gounod, Gurvitch
 - Le Social: la téléologie de van Jhering.
 - Le Social: la Freirechtsschule ou le positivisme sociologique d'Ehrlich, Gmelin, Kantorowicz, la rationalité des considérations conflictuelles, Hauriou avec l'école de pouvoir public, Duguit et Jèze avec l'école de service public.

- Le Social: le droit naturel situationnel néo-Kantien de Gény, Stammler.
- Interessenjurisprudenz de Heck, Lasswell et McDougal.
- Le Social: la jurisprudence sociologique étatsunienne, le réalisme juridique progressif de Pound, Cardozo, Frankfurter, Brandeis, Holmes, Commons, Adams, Llewellyn.
- L'attitude de Wittgenstein
- L'école du procès juridique : Henry Hart, Albert Sacks, Lon Fuller.
- L'école des principes neutres : Alexander Bickel, Louis Pollock, Robert Bork, William Douglas.
- Le réalisme moral de Michael Moore.
- La théorie idéaliste du droit, Gewirth, Beyleveld, Brownsword
- La théorie des valeurs, Enrico Opocher
- La théorie de la vérité, Federico Puppo
- La théorie de la sincérité, Carel Smith, Paul Grice, Frans van Eemeren, Lior Barshak
- La théorie du consensus et du compromis, Robert Cover, Dennis Patterson, John McDowell, James Harris, Valery Kuznetsov, Bakhtiar Tuzmukhamedov, Ilya Chestnov, Roman Livshits, Owen Fiss.
- La Constitution vivante, Howard McBain, John Sankey, Thurgood Marshall, Thijmen Koopmans, Gayrat Sapargaliev, Oleg Leist.
- Les écoles des droits et des principes: les humanitaires, Sergey Alexeev, Lon Fuller, David Lyons, Richard Epstein, Vladik Nersesyants, Ronald Dworkin (k), Erwin Griswold, Günter Kreuzbauer, Marko Novak, Sonia Esperanza Rodríguez Boente, Thomas da Rosa de Bustamente, Denis Franco Silva, John Rawls, Charles Reich, Aharon Barak, David Held, Will Kymlicka, Brian Bix.
- Droit et économie: Ronald Coase, Ben Depoorter, Richard Posner, Lewis Kornhauser, Bruce Ackerman.
- Le pragmatisme juridique: Richard Posner, Stephen Breyer, David Beatty
- La théorie de la moralisation: Anthony Giddens et Jürgen Habermass
- La déconstruction transcendantale
- Le romantisme juridique (Koskenniemi)
- Hasard (Perez)
- La magie en tant que forme légitime de la rationalité juridique (Allen)

DROIT NATUREL

Le Code du roi Urukagina (2380 – 2360 av. J.-C.) de Lagash⁴⁰⁶ représente un clip publicitaire, le plus ancien qui ait survécu jusqu'à nos jours. La pratique régulatrice d'Urukagina est fondée sur le droit naturel. Le Code proclame que le roi est choisi par le dieu Ningirsu (« Le Seigneur de la Terre », l'esprit de cohérence de Dworkin, l'esprit divin – une variante de personne intelligente et respectée), que le roi a conclu un accord avec cet esprit divin pour libérer les gens et rétablir « la manière de vie ordonnée dans les jours passés par les dieux »⁴⁰⁷ (le paradis publicitaire) et rejeter les abus de pouvoir et la corruption de l'aristocratie, la bureaucratie existant « depuis les temps immémoriaux » (l'enfer). Le Code dispose clairement que les instructions du dieu Ningirsu sont supérieures aux instructions de l'aristocratie locale. Le Code fait également la publicité pour la technique d'interprétation « couronnement ». Les dispositions de ce Code sont sans doute plus constitutionnelles, plus fondamentales, plus communes, plus générales que des dispositions ordinaires. Cette publicité vend la technique de la création d'un monde spirituel idéal, la technique de déclaration de certaines dispositions juridiques comme des héritières de ce monde.

Le roi Hammurabi (1818 – 1750 av. J.-C.) de Babylone effectue une grande campagne publicitaire en 1750 av. J.-C. Cette campagne est riche et originale pour son temps. Le roi reçoit le Code du groupe des dieux : Anu (le roi des géantes extraterrestres *anunnakis* de la planète Nibiru qui sont venus sur la Terre pour créer la race humaine), le dieu Bel (le seigneur du ciel et de la terre), Marduk (le dieu de la justice, de l'intelligence et de la planète Nibiru, le fils du dieu Ea, le dieu de création)⁴⁰⁸ – les esprits divins, les personnes intelligentes et respectées. Ils choisissent « un homme terrestre », Hammurabi, qui respecte les Dieux (personne ordinaire à l'origine, mais d'un certain niveau. Le clip publicitaire montre le but général et indiscutable : il dit que le but de ce Code est de « favoriser le bien-être de l'humanité », d' « assurer le bien-être des opprimés » (le paradis. La planète Nibiru ainsi que la planète Neptune chez Dworkin est également un paradis. Le droit divin de la planète Nibiru est sans doute le droit naturel et l'existence même du Code est une

⁴⁰⁶ Martin Masse, Gudea, Urukagina, and the Mesopotamian Origin of the Concept of Liberty, 15 08 2008, <http://www.quebecoislibre.org/10/100115-4.htm>, 14 04 2010.

⁴⁰⁷ Claude H. W. Johns, "Law (Babylonian)", in James Hastings et al. (dir.), *Encyclopædia of religion and ethics*, New York: Ch. Scribner's Sons, 1915, p. 817.

⁴⁰⁸ Chilperic Edwards, *The Hammurabi code and the Sinaitic legislation*, London : Watts, 1904, p. 23.

constitutionnalisation des pratiques régulatrices, le couronnement de certaines dispositions régulatrices, la création du monde spirituelle idéale (la planète Niburu), la technique de déclaration de certaines dispositions juridiques comme héritières de ce monde, le don des ailes aux esprits des anunnakis pour qu'ils volent à destination de Babylone.

À la fin du XIII^e – au début du XII^e siècle av. J.-C. –, Moïse fait presque la même campagne qu'Urukagina et Hamurabbi. Il montre le Dieu Yahvé, variante d'un esprit divin au sein du type d'une personne intelligente et respectée, qui lui donne le Décalogue, une amulette du niveau constitutionnel qui couronne certains esprits juridiques. Il définit clairement le paradis et l'enfer comme nous les connaissons dans l'héritage chrétien. Cette publicité vend la technique de la création du monde spirituel idéal, la technique de déclaration de certaines dispositions juridiques comme inhérentes à ce monde.

Déjà, dans la publicité du chamanisme présocratique, nous trouvons une idée bien développée de la rationalité (une variante de la technique « le don d'épée de feu »). Socrate (469-399 av. J.-C.) vend également cette technique d'interprétation en affirmant que la rationalité est un des principes moraux (ces derniers pouvant être considérés comme la technique du couronnement). Platon (428/427-348/347) vend les techniques iusnaturalistes, la technique « je vois le cœur » (« la chose en soi »), la technique de la création du monde spirituelle idéale (la « justice réelle et idéale »), la technique de déclaration de certaines dispositions juridiques (les dispositions positivistes) comme inhérentes (l'« ombre ») à ce monde (de la « justice réelle et idéale ». Parmi les modèles publicitaires de Platon on trouve la création du paradis (le monde des rois-philosophes qui ont accès à la justice réelle et idéale), la déclaration « ceci est la réalité » (la « justice réelle ». Aristote (384-322 av. J.-C.) distingue la justice naturelle commune pour toute l'humanité et la justice conventionnelle qui varie d'un État à l'autre.⁴⁰⁹ Probablement, cette approche vend la technique « je vois le cœur » - ce qui est commun pour cette humanité. Ou, probablement, non. Souvent la publicité est détachée des techniques réellement pratiquées. Aristote propose également de recourir à cette justice naturelle commune là où le droit particulier d'un État n'est pas favorable à votre cas.⁴¹⁰ Autrement dit, selon notre perspective, il fait la publicité pour le don des ailes pour un vol en provenance du droit de la majorité des États à destination d'un État particulier. Zénon de Kition

⁴⁰⁹ Fred D. Miller Jr., "Aristotle and the origins of natural rights", 49 *The Review of Metaphysics* 873 (1996).

⁴¹⁰ Max Shellens, "Aristotle on Natural Law", 4 *Natural Law Forum* 75-81 (1959).

(332-262 av. J.-C.) et son école stoïque, ensuite, associent encore plus la justice à la « raison » (ce qui est la publicité de la technique chamanique d'épée de feu « raison ». L'état de « la sagesse et du bonheur », qui peut être achevé par l'emploi de la rationalité, est leur paradis publicitaire. Par contre, le refus stoïque de penser en des termes binaires (bon et mauvais, noir et blanc, beau et difforme) est ce qui les rapproche des sceptiques. Cicéron (106-43 av. J.-C.) renforce la doctrine iusnaturaliste en affirmant que la loi injuste n'est pas une loi (selon Finnis, cette affirmation est plus nuancée. Cicéron invite toute une série d'esprits divins (les dieux du Panthéon romain) incarnant les personnes intelligentes et respectées et parle de la « raison divine » qui est le droit naturel, supérieur au droit positif.⁴¹¹

Au VII^e siècle, le prophète Mahomet organise une campagne publicitaire similaire à celle de Moïse consistant également en la création du paradis et de l'enfer, en un transfert direct de l'amulette (de la constitution, du droit divin ou naturel et un peu positif) par Allah à son prophète. Dans son dernier sermon, Mahomet dit que la propriété est « sacré et inaliénable » (il vend l'esprit de la propriété), qu'une personne n'est responsable que pour ses propres actions, qu'une esclave a le droit au même vêtement et à la même nourriture que sa propriétaire.⁴¹² Donc, il y a plus des esprits des « droits de l'homme » chez Mahomet que chez Moïse. Max Weber classifie les campagnes publicitaires de Mahomet, de Moïse et, probablement, je le déduis, d'Urukagina et d'Hammurabi, comme légitimité charismatique ou rationalité émotionnelle.

Au XIII^e siècle, Saint-Thomas d'Aquin distingue le droit éternel (les orientations rationnelles de Dieu pour toutes les choses créées), le droit divin (une partie du droit éternel relevée dans les livres religieux), le droit naturel (découvert par la raison humaine) et le droit humain (positif).⁴¹³ Les techniques de vente, les esprits chamaniques et les techniques publicitaires de Saint-Thomas sont pratiquement les mêmes que chez Mahomet, Moïse ou Hammurabi. Le droit naturel catholique continue la publicité de la technique du couronnement. Par exemple, Saint-Thomas couronne le principe (l'esprit) de procréation (le rend constitutionnel, fondamental, très important, etc.) en tant que très important, ce qui signifie, selon lui, que l'inceste et le viol sont des moindres péchés que la

⁴¹¹ Cicéron, *Traité sur les Lois*, 52 av. J.-C., disponible sur http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/philosophes/philosophie_morale/ciceron.htm, 14 04 2010.

⁴¹² Khutbat Ul-Vidam, Прощальная проповедь Пророка Мухаммада (мир ему), http://www.islam.ru/lib/forpeople/propoved_last, trad. de Ashik-Saida Konurbaeva de <http://www.usf.edu.pk>, 14 04 2010.

⁴¹³ Edward J. Damich, "The Essence of Law According to Thomas Aquinas", 30 *American Journal of Jurisprudence* 79 (1985).

masturbation, que le sexe oral ou même que le coït interrompu.⁴¹⁴ Ce qui est très sage, c'est la distinction du droit métaphysique en trois parties : éternel, divin et naturel. De cette manière, dans le cas de la perte de croyance dans le droit naturel, la consummatrice garde la confiance dans le droit divin, et dans le cas de la délégitimation du droit divin, le droit éternel reste encore légitime.

Hugo Grotius (1583 – 1645) emploie la technique publicitaire « chaque agricultrice » pour promouvoir les techniques chamaniques du couronnement et du don des ailes pour un vol du droit des gens au droit national. Cet épisode publicitaire consiste en affirmation que les principes du droit naturel (les esprits) sont communs à toutes les époques et à toutes les régions (à chaque agricultrice. L'esprit de la « guerre juste » (la marchandise de Grotius) n'autorise que (ou bien autorise) les guerres défensives destinées à se protéger contre l'agression affectant la population et le patrimoine de l'État et les guerres coercitives pour punir ceux qui violent le droit, à condition que la violation soit grave (occupation de l'Irak par les Etats-Unis en 2003. L'esprit du droit naturel (encore une marchandise de Grotius) prescrit des modes de règlement pacifique des différends entre États.⁴¹⁵

Au XVIII^e siècle, le droit naturel catholique rencontre une forte concurrence laïque qui est de plus en plus appelée le « droit de la raison » ou *Vernunftsrecht*. Max Weber appelle ce développement « droit naturel révolutionnaire » car il est surtout lié à la grande Révolution française.⁴¹⁶ Emer de Vattel (1714-1767) continue, à côté de tout ça, le projet de Grotius. Il intègre dans son clip publicitaire la « loi volontaire » (un groupe d'esprits) qui est une règle du droit international préexistante au comportement des États (un esprit) mais que ces États interprètent et modifient afin de l'adapter à leur propre situation historique (un contre-esprit). Cette présence de l'esprit et du contre-esprit nous amène en effet à l'indétermination juridique. La loi volontaire est le consentement présumé des États, une coutume.⁴¹⁷ Le mot « volontaire » choisi par de Vattel représente la technique publicitaire « le personnel de Coca Cola ne boit que de Pepsi ». Par exemple, de Vattel écrit que le droit des gens « volontaire » est contraire à la destruction des monuments publics, des temples, des statues, etc., ce que signifie que l'État menant la guerre lui-

⁴¹⁴ Alan Soble, *Sex from Plato to Paglia : A Philosophical Encyclopedia*, Westport, CT : Greenwood Press, 2006, p. 179.

⁴¹⁵ Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, vol. 1, trad. De Archibald Colin Campbell, London: B. Boothroyd, 1814, p. 123.

⁴¹⁶ Duncan Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought », *55 Hastings Law Journal* 1033 (2004).

⁴¹⁷ Emer de Vattel, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paul Pradier-Fodéré (dir.), Parris : Guillaumin, 1867, vol. 1, p. 91.

même a « volontairement » reconnu que c'est mauvais. De Vattel vend également la technique d'interprétation « le don d'épée de feu – utile », car il procède à l'analyse des pratiques utiles et inutiles pendant une guerre.⁴¹⁸

Le droit naturel révolutionnaire est suivi par le droit naturel socialiste qui consiste en la publicité d'esprits tels que « le droit au travail », « le droit au revenu minimum garanti », « le droit au produit complet du travail ». Lyseter Spooner (1808-1887) développe une conception du droit naturel⁴¹⁹ anarchiste. Il vend l'esprit de l'accès libre aux cours en disant que la limitation de la profession d'avocate à celles qui possèdent un diplôme en droit est une « discrimination contre les pauvres sponsorisée par l'État » (les techniques publicitaires de la création d'un démon et de l'enfer, la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle). Cette discrimination est tellement « monstrueuse » que les riches sont toujours protégées contre la concurrence avec les pauvres. Il vend la liberté commerciale et l'esprit de la propriété en qualifiant les restrictions respectives (les contre-esprits) comme « illégaux ». En considérant la question de l'esclavage aux Etats-Unis, Spooner reconnaît que les fondateurs de la Constitution n'ont pas eu l'intention de l'abolir, mais il propose de regarder plutôt sur ce que le texte dit lui-même. Autrement dit, il propose de ne pas utiliser la variante « les auteurs du traité » de la technique chamanique « la voix des ancêtres », mais d'employer la variante de n'exclut-pas-isation de la technique de la réanimation d'une idole de bois et la technique « l'esprit a choisi une conception ». Il vend également les droits de l'homme habitant dans l'amulette *Déclaration d'Indépendance* sous l'angle de cette même technique « l'esprit a choisi une conception ». Pour mieux promouvoir ces marchandises, il continue d'employer des techniques publicitaires « la création de l'enfer » (la « tyrannie », le gouvernement qui mène la société en générale à la « destruction ») et « la création du démon » (l'administration étatsunienne est des « bêtes politiques »). L'argumentation « l'esprit a choisi une conception » le mène à la conclusion que la Constitution est un contrat social, ce qui signifie que le peuple (technique publicitaire « chaque agricultrice ») peut renverser ces bêtes politiques quand elles violent ce contrat, violent le droit naturel et agissent contre ce à quoi les gouvernées consentent.⁴²⁰ Il dit que pour obliger les gens à obéir, le gouvernement doit avoir fait signer chaque personne ordinaire sous une certaine loi ou mesure. L'existence de l'accord des citoyennes doit être réelle

⁴¹⁸ Emer de Vattel, *Le droit des gens, ou, Principes de la loi naturelle*, avec l'introduction de Albert Geouffre de Lapradelle, Washington : Carnegie Institution of Washington, 1916, par exemple, pp. 85, 152.

⁴¹⁹ Lyseter Spooner, *The Unconstitutionality of Slavery*, 2e éd., New York : Burt Franklin, 1965 (1860), p. 141.

⁴²⁰ *Ibid.* p. 199.

(technique publicitaire « ceci est la réalité ») et non présumée. Spooner fait la publicité pour le droit de jury d'annuler une loi en raison de l'absence de légitimité pour la fonder, et la publicité pour le droit de la personne à porter des armes afin de résister au gouvernement comme pendant la lutte contre l'esclavage. Après sa mort, Spooner est devenu lui-même un esprit-assistant du chaman (la variante « théoricienne du droit »). Le juge Antonin Scalia à la Cour constitutionnelle étatsunienne fait référence à la publicité de Spooner en faveur du droit aux armes.⁴²¹ Roscoe Pound classe les créatrices de la publicité du chamanisme du XIX^e siècle comme des « juristes philosophiques ».⁴²²

À la première partie du XX^e siècle, Michel Villey (1914-1988) et Jacques Maritain (1882-1973) de Paris essaient de refonder le droit naturel catholique et développent le néo-thomisme. Ils emploient la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle pour présenter Saint-Thomas et Aristote comme adversaires du dogmatisme. Ces derniers sont, donc, des dialecticiens qui ne concluent jamais définitivement. Michel Villey nous donne deux « axiomes capitaux » du droit naturel :

1. droit ne peut acquérir la forme déductive et la nécessité d'une science ;
2. cette recherche est l'affaire de la prudence souple⁴²³.

L'iusnaturalisme n'a jamais sous-estimé les lois positives⁴²⁴ (l'assortiment des marchandises positivistes est inclus dans ce catalogue). Le droit naturel n'est qu'une méthode⁴²⁵ – autrement dit, il fait davantage la publicité au niveau de la technologie industrielle qu'au niveau de la marchandise au magasin. De plus, l'accent sur la méthode interprétative rejette les attaques des concurrentes présentant des « histoires du succès » où le droit naturel est montré comme ne fonctionnant pas. Selon Maritain, Aristote soutenait que la métaphysique est trop élevée pour que nous la possédions autrement « qu'à titre précaire ».⁴²⁶ Maritain essaie de rétablir la science sur l'être en rejetant la considération que la métaphysicienne est une victime du langage et en employant la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle. Il dit qu'il faut bien distinguer « l'être objet du

⁴²¹ *District of Columbia c. Heller* 554 U. S. - US Supreme Court Cases from Justia & Oyez, disponible sur <http://supreme.justia.com/us/554/07-290/opinion.html>, 14 04 2010.

⁴²² Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Clark, New Jersey : The Lawbook Exchange, 6e ed., 2008 (1959), p. 183.

⁴²³ Michel Villey, « Abrégé du droit naturel classique », dans 6 *Archives de philosophie du droit* 53 (1961).

⁴²⁴ *Ibid.* p. 54.

⁴²⁵ *Ibid.* p. 56

⁴²⁶ Jacques Maritain, 5^e édition, *Sept leçons sur l'être*, Paris : J. de Monléon et Y. Simon, p. 69 (1934).

métaphysicien de l'être tel que le considèrent le sens commun et les sciences de la nature ». ⁴²⁷ Selon Finnis, ce ne sont que les stoïques et les rationalistes médiévaux qui n'ont pas compris la différence entre « est » et « il faut que », mais non Aristote et Saint-Thomas ⁴²⁸ (la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle : il ne présente pas la position complète de ses concurrentes). Néanmoins, le droit naturel catholique du 20^e siècle ne reste qu'encore une tentation de reconstruire un standard objectif des valeurs. ⁴²⁹ Maritain dit que les « normes éthiques » sont enracinées dans la « nature humaine » ⁴³⁰ (affirmation publicitaire « toi aussi »).

Jean Pradel de l'Institut catholique d'études supérieures à La Roche-sur-Yon soutient que les « droits de l'homme » ne sont pas créés par la Convention européenne des droits de l'homme ou par une autre amulette, mais qu'ils sont « protojuridiques », c'est-à-dire existant avant la loi positive et n'étant que reconnus par cette loi. ⁴³¹ Donc, Pradel vend la technique de la réanimation de l'idole de bois. Il le fait par la stratégie publicitaire de la démonstration du bien-être général et indiscutable.

Dans le domaine du droit naturel international au XX^e siècle, nous avons, par exemple, Mario Giuliano de Milan qui dans la direction de Grotius parle de la volonté collective non-contractuelle des États (la technique publicitaire « le personnel de Coca Cola boit du Pepsi ») en tant que source d'autonomie du droit international (il vend le technique du don des ailes pour un vol en provenance du droit international à destination du droit national, la technique de la libération spirituelle par le don des ailes). Giuseppe Sperduti également de Milan crée la « conscience publique universelle » qui est la source normative des normes supra-étatiques. ⁴³² Je classifie cette conscience comme une technique publicitaire d'invitation d'une personne intelligente et respectée qui s'appelle « conscience ».

⁴²⁷ *Ibid.* 34.

⁴²⁸ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 33, 36, 47, 55.

⁴²⁹ Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society*, *op. cit.*, p. 888.

⁴³⁰ Duncan Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality... », *op. cit.*, p. 1053.

⁴³¹ Jean Pradel, Geert Corstens et Gert Vermeulen, *Droit pénal européen*, Paris : Dalloz, 1999, p. 13.

⁴³² Schutter, « Les Critical Legal Studies au pays du droit international public », *op. cit.*

LUMIÈRES

Après avoir revu brièvement les campagnes publicitaires de l'iusnaturalisme, on peut passer au groupe des campagnes de l'époque des Lumières. Elle est un peu spécifique car les mêmes personnes sont parfois classifiées comme iusnaturalistes et parfois comme positivistes. Sans doute, le siècle des Lumières a influencé fortement la codification des pratiques régulatrices en Europe et dans les autres régions. D'un autre côté, la rationalité et les droits fondamentaux sont liés étroitement au droit naturel.

D'habitude le siècle des Lumières est situé entre les XVII^e et XVIII^e siècles, mais il peut être intéressant de commencer notre revue par le grand chancelier lituanien Lew Sapieha (1557-1633). Il a été l'auteur de la codification des pratiques régulatrices lituaniennes et du Statut du grand-Duché de Lituanie en 1588 (la technique « cette idole est un bout de bois »). Sapieha pensait que ce sont les lois qui doivent gouverner dans un État et non les hommes. Il considérait que le pouvoir étatique doit être divisé en législatif, exécutif et judiciaire.⁴³³

Thomas Hobbes (1588-1679) avec sa publicité montrant le Léviathan (personne intelligente et respectée) représentant le roi qui protège par ces lois la société contre la « guerre de tous contre tous » existant dans l'« état de nature » (enfer), est souvent classifié comme positiviste.⁴³⁴ Par contre, Luc Wintgens⁴³⁵ de Bruxelles le place dans le groupe iusnaturaliste ou au moins le rattache au Naturrechts-positivisme (positivisme iusnaturaliste), puisque Hobbes reconnaît l'existence d'un fondement naturel (couronnement) constitué par les lois naturelles, commandements de « Dieu Tout-Puissant » (personne intelligente et respectée). La signification de ces « lois naturelles » ne peut être déterminée que par la loi positive, commandement du Dieu mortel (personne intelligente et respectée). En considérant le fait que Hobbes vend des marchandises positivistes et iusnaturalistes, Wintgens remarque que, comme dans le positivisme national-socialiste, dans celui de Hobbes, droit et morale ne sont pas séparés, mais au contraire, c'est la morale qui tire sa validité du droit à partir

⁴³³ Lenkijos- Lietuvos valstybės raida XVI– XVIII a., <http://www.mokslai.lt/referatai/konspektas/lietuvos-lenkijos-valstybes-raida-xvi-xviii-a-puslapis14.html>, 14 04 2010.

⁴³⁴ Schutter, « Les Critical Legal Studies au pays du droit international public », *op. cit.*

⁴³⁵ Luc Wintgens, *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 14.

d'une positivisation dans le droit étatique.⁴³⁶ Sous l'angle que nous avons choisi, il se résulte que l'analyse de Wintgens est également une stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle.

Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu (1689-1755) vend la séparation des pouvoirs. Dans son livre *De l'esprit des lois*, il présente la technique chamanique de la réanimation de l'idole de bois. Pour la promouvoir, il emploie la technique publicitaire du tamponnement : il dit que dans les « États despotiques » (création publicitaire de l'enfer), les juges décident des cas selon leur vision personnelle spirituelle car il n'y a pas de lois. Dans les États républicains, « il est de la nature de la constitution » (techniques judiciaires « je vois le cœur » et couronnement) que les juges suivent la « lettre de la loi ». Et, voilà, le tampon : « dans les États monarchiques, il y a une loi ; dans le cas où elle est précise, le juge la suit ; si elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit ».⁴³⁷

Emmanuel Kant (1724-1804) vend les techniques d'interprétation judiciaire du don des ailes (cosmopolitisme juridique), de la création du monde spirituel idéal (« l'État universel des nations » – *allgemeiner Völkerstaat*), de la constitution cosmopolite (*weltgügerliche Verfassung*) basée sur une constitution civile d'État nation (*staatsbürgerliche Verfassung*)⁴³⁸ (technique chamanique du couronnement). Ceci est la stratégie publicitaire de la présentation du bien-être général et indiscutable dans sa variante de la déclaration d'un but. Pour mieux vendre cette vision, il emploie la technique du tamponnement : il introduit la conception de la condition cosmopolite (*weltbürgerlicher Zustand*) – une chose entre le droit international et le droit cosmopolite. Il fait la publicité de la constitutionnalisation du droit international en le transformant en droit cosmopolite.⁴³⁹ Kant distingue la « légalité » (*Rechtmässigkeit*), la situation où l'obéissance prend naissance non seulement dans la loi mais aussi dans les contraintes extérieures, et la « moralité » (*Moralität*), la situation où l'obéissance prend naissance dans l'idée d'obligation qui

⁴³⁶ *Ibid.* p. 15.

⁴³⁷ Charles de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, rééd., Paris : Gallimard, 1995 (1758), Livre VI, Chapitre III, disponible sur http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html, 14 04 2010. Jean-Jacques

⁴³⁸ Immanuel Kant, *Kant : Political Writings*, Hans. S. Reiss (dir.), 14e rééd., Cambridge : Cambridge University Press, 2003 (1793), pp. 74, 90, 98, 295.

⁴³⁹ Jochen A. Frowein, « Konstitutionalisierung des Völkerrechts », 39 *Bericht der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht - Völkerrecht und internationales Recht in einem sich globalisierenden internationalen System* 427 (2000).

est enchâssée dans la loi elle-même⁴⁴⁰ (ceci est la stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle, mais présenté en tant qu'indiscutable, car il y a d'autres manières de définir la *Rechtmässigkeit* et la *Moralität*). En fait, je dirais que la *Moralität* sert à renforcer le droit positif.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) est souvent classé comme iusnaturaliste pour sa théorie du contrat social, mais, par exemple, Wintgens lui remplace chez les positivistes « dans la mesure où sa réflexion sur le droit permet de le penser de façon autonome, sans référence à la morale », ce qui est « contraire de ce que pensait Hobbes ». ⁴⁴¹ La signature du contrat social et les premiers jours de son existence représente un paradis publicitaire et l'état de nature est l'enfer. Rousseau choisit la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle et déclare que le droit transcendant n'est pas obligatoire mais qu'il est une expression de la **souveraineté populaire**. ⁴⁴²

Voltaire (1694-1778) fait la promotion de la technique judiciaire « votre esprit un bout de bois » en disant que « la liberté consiste à ne dépendre que des lois ». ⁴⁴³

Cesare Beccaria Bonesana, marquis de Guadrasco et Villareggio (1738-1794) fait également la promotion de la technique judiciaire « votre esprit un bout de bois ». Pour mieux la vendre il utilise la technique publicitaire de la mathématique en disant que le droit doit avoir une « précision géométrique », les juges doivent suivre « l'arithmétique morale ». ⁴⁴⁴ Beccaria nomme trois esprits protégeant la nécessité de la formalité dans un procès juridique : rien ne doit être laissé à discrétion arbitraire, le jugement doit être stable et régulier, les choses impressionnant les sens sont plus durables qu'un argument rationnel. ⁴⁴⁵ Il continue et dit que le droit pénal doit être interprété comme un instrument dans les mains des « éclairées » (personnes publicitaires intelligentes et respectées),

⁴⁴⁰ Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, trad. de M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1996 (1790), p. 20-21.

⁴⁴¹ Wintgens, *Droit, principes et théories...*, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁴² Jean-Jacques Rousseau, "Discours sur l'inégalité" dans C.E. Vaughan (dir.), *The Political Writings of J.-J. Rousseau*, Cambridge: Cambridge University Press, 1915, vol. I, p. 137.

⁴⁴³ Voltaire, "Pensées sur le gouvernement" dans L. Molet (dir.), *Œuvres complètes de Voltaire*, Paris : Garnier, 1877, p. 526.

⁴⁴⁴ Marc Ancel et Gaston Stefani, *Le Traité des délits et des peines de Beccaria*, Paris : Cujas, 1966, p. I.

⁴⁴⁵ Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments (Dei delitti e delle pene)*, trad. de M. Paolucci, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1963, p. 23.

ce que Bostjan Zupancic qualifie d'aristocratie et d'antidémocratie.⁴⁴⁶ Beccaria jette la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle pour montrer les avantages de la technique chamanique « votre esprit un bout de bois » par rapport à la technique médiévale⁴⁴⁷ du don d'épée de feu « déduction, rationalité et logique » qui est ici une variante de la technique « réanimation d'une idole de bois ».

Georg Hegel (1770-1831) met l'accent sur le pouvoir et sur la coercition étatique. Son essence (technique « je vois le cœur ») est dérivée de l'histoire du droit (technique judiciaire de l'abus de l'histoire à vendre) et non (stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle) d'un droit plus haut⁴⁴⁸ (propose de ne pas acheter la technique de la réanimation de l'idole et le droit naturel en général).

L'époque des Lumières a provoqué une grande codification des pratiques régulatrices en Europe conduite par les monarques éclairés. Napoléon adopte son Code, Frédéric le grand de Prusse fait la même chose chez lui, Léopold de Toscane publie le Code criminel en 1786, Catherine la Grande de Russie codifie les pratiques régulatrices russes, Marie-Thérèse d'Autriche et son fils Joseph II entrent dans l'histoire avec le *Constitutio Criminalis Theresiana* adopté en 1769.⁴⁴⁹

UTILITARISME

L'utilitarisme trouve son origine déjà chez Beccaria qui voulait transformer les interprétations judiciaires en algorithmes. L'utilitarisme fait la publicité de deux techniques principales : le don d'épée de feu « effet utile » et l'abus des conséquences. Comme Beccaria, Jeremy Bentham nous montre la maîtrise de la technique publicitaire « mathématique » en créant son *felicific calculus* – un algorithme pour calculer l'utilité d'une décision judiciaire et appliquer le principe « du plus

⁴⁴⁶ Boštjan M. Zupančič, *The Owl Of Minerva: Essays On Human Rights*, Utrecht : Eleven International Publishing, 2008, p. 192.

⁴⁴⁷ Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments (Dei delitti e delle pene)*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁴⁸ Bernard Boirgeois, Hegel et le droit, Radio académique francophone sur Internet, 06 04 2008, <http://www.canalacademie.com/emissions/es327.mp3>, 14 04 2010.

⁴⁴⁹ Zupančič, *The Owl Of Minerva...*, *op. cit.*, p. 362.

grand bonheur ».⁴⁵⁰ Au niveau factuel, Bentham vend les esprits protégeant les femmes, les homosexuelles et les animaux. Il montre le paradis, la société avec un niveau maximal de plaisir et un degré minimal de douleur, ainsi que l'enfer publicitaire pour convaincre les gens de consommer l'utilitarisme. Bentham distingue la « jurisprudence de l'exposé » présentant tout simplement ce qui le droit est, et la « jurisprudence sensorielle » s'agissant de ce qui est un bon droit.⁴⁵¹

Bentham est également connu pour le concept du « droit international » (marchandise) qu'il a introduit en 1780.⁴⁵²

L'ÉCOLE HISTORIQUE ALLEMANDE

Duncan Kennedy lie la première mondialisation du juridisme ou de la Pensée classique juridique à l'émergence de l'école historique allemande entre 1850 et 1914.⁴⁵³ Cette école déclare, dans le cadre de sa campagne publicitaire, que le droit n'est pas un groupement arbitraire des régulations imposées par les autorités, mais ces régulations sont plutôt une expression des « convictions du peuple » de la même façon que la « langue » et les « coutumes » (technique publicitaire : histoire du succès). Le droit est basé sur une forme de conscience populaire appelée *Volkgeist* (« l'esprit du peuple »), une personne publicitaire, divine, intelligente et respectée). L'école historique allemande donne naissance au concept de la « science juridique »⁴⁵⁴ (technique publicitaire d'introduction de la personne intelligente et respectée dans sa variante d'homme scientifique). Cette école s'oppose fermement au *Vernunftsrecht*. Roscoe Pound écrivait que les « juristes historiques » font peu de différence entre le « droit » et les « autres formes du contrôle social »⁴⁵⁵ (la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle).

⁴⁵⁰ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789 (dernière édition: Adamant Media Corporation, 2005), Chapitre I.

⁴⁵¹ Jeremy Bentham, *A comment on the commentaries and a fragment on Government*, J.H. Burns et H.L.A Hart (dir.), London: The Althone Press, 1977, pp. 415–416, 417.

⁴⁵² Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *op. cit.*, p. 326.

⁴⁵³ Duncan Kennedy, “Two Globalisations of Law...”, *op. cit.*, p. 633.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Roscoe Pound, *Law and Morals*, Chapel Hill : University of North California Press, 1924, p. 25.

L'école historique se divise en deux branches : les romanistes et les germanistes. Les romanistes, parmi lesquelles on trouve Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), le « héros » de la mondialisation de la pensée classique juridique comme il est nommé par Duncan Kennedy,⁴⁵⁶ insiste sur la recherche du *Volkgeist* dans le droit romain. Il devient un prophète de l'illacunité (*gaplessness*) ou de l'attitude judiciaire qui veut que n'importe quelle situation puisse être réglée par déduction afin de remplir les lacunes.⁴⁵⁷ Carl von Savigny pense que la codification des pratiques régulatrices allemandes ne doit pas suivre le droit naturel sécularisé comme en France, mais les principes juridiques historiquement valables en Allemagne – les principes du droit romain. Tandis que les germanistes se mettent en désaccord et présentent le droit médiéval allemand comme le *Volkgeist*. Ces dernières sont représentées par Karl Eichhorn (1781-1854), Jakob Grimm (1785-1863), Georg Beseler (1809-1888), Otto von Gierke (1841-1921) de Berlin. Von Gierke doit également être mentionné pour sa contribution au développement de l'attitude sociale au sein du marché juridique, au renforcement de la dimension sociale⁴⁵⁸ parmi ce que la théorie juridique vend.

Georg Friedrich Puchta (1798-1846) de Berlin et Bernhard Windscheid (1817-1892) d'Heidelberg transforment la branche romaniste en école pandectiste du droit (*Pandektenwissenschaft*). Le mot « pandectiste » vient du latin – *Digesta seu pandectae*, le digeste du droit romain préparé sous l'empereur Justinien I. À son tour, « pandectae » vient du mot grec « pandektes » qui signifie « contenant tout ». Le but de l'analyse du droit romain dans sa version de droit commun allemand est de prouver que cette version peut être cohérente et sans lacunes (*gapless*), la technique judiciaire « Notre Planète la Terre parle avec moi » à vendre ». Le *Pandektenwissenschaft* donne naissance à la *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudence conceptuelle),⁴⁵⁹ appelée comme ça car cette dernière école met l'accent sur la déduction à partir d'un concept abstrait jusqu'à un résultat pratique du litige (vend la technique « l'esprit a choisi »). Ces tendances intellectuelles mènent à l'adoption du *Bürgerliches Gezezbuch* de 1900.

⁴⁵⁶ Duncan Kennedy, "Two Globalisations of Law...", *op. cit.*, p. 633.

⁴⁵⁷ Duncan Kennedy, « A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation », *op. cit.*, p. 372.

⁴⁵⁸ Otto von Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, trad. de Frederic William Maitlet, rééd., Cambridge : Cambridge University Press, 2009 (1913), pp. 17, 27, 28.

⁴⁵⁹ Duncan Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality... », *op. cit.*, p. 1033.

La *Begriffsjurisprudenz* ne se limite pas à l'Allemagne, mais englobe la France et les autres pays européens, ainsi que leurs colonies. Christopher Columbus Langdell (1826-1906) devient son représentant le plus célèbre aux Etats-Unis et même un symbole du « Siècle de Foi ». Par contre, à cause de la guerre de 1812 et de l'anglophobie provoquée par celle-ci, la publicité étatsunienne se développe de manière plus ou moins autonome par rapport à ce que font les anglais.⁴⁶⁰ Il est souvent référé comme un architecte du système classique orthodoxe. Langdell essayait de convaincre la consommatrice que la « science » (la technique publicitaire d'invitation d'une personne intelligente et respectée qui est un homme scientifique dans ce cas) et la « raison » doivent découvrir les « vérités » (technique publicitaire : « ceci est la vérité ») « universelles » (technique publicitaires : chaque personne consomme cette marchandise).⁴⁶¹ La *Begriffsjurisprudenz* peut être résumée comme « le droit en tant que la logique ».

Face à la critique des réalistes étatsuniennes, la *Begriffsjurisprudenz* inspire dans les années 1920 le *Restatement*, la reconceptualisation des pratiques régulatrices étatsuniennes afin de les rendre cohérentes et opérationnelles au niveau déductif. C'est le temps où Thurman Arnold appelle Harvard « haute église de la théologie juridique abstraite ».⁴⁶²

Cette branche publicitaire devient assez forte et restera en bonne santé même jusqu'à la deuxième partie du XX^e siècle, par exemple, dans les travaux de Joseph Horowitz sur la nécessité de la « conceptualisation du droit » et ses principes.⁴⁶³

Max Weber (1864-1920) spécialise son magasin pour vendre des marchandises variées. Malgré sa tendance positiviste, il ne dit pas que les « droits », la « moralité » et l'« utilité » sont des esprits partisans, subjectifs ou idéologiques. Il décide de suivre la stratégie publicitaire de la démonstration du bien-être général et indiscutable et dit que ces esprits sont des « intérêt idéaux » et « apolitiques ».⁴⁶⁴ Weber distingue quatre formes de légitimité chamanique : la tradition, le charisme ou la foi émotionnelle, la rationalité et la légalité. La « légalité » à son tour a deux formes : la « création du droit » effectuée par la législation et la « trouvaille du

⁴⁶⁰ Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven: Yale University Press, 1977, p. 22.

⁴⁶¹ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁶² Thurman Arnold, *Fair Nights and Foul*, New York: Harcourt, Brace & World, 1965, p. 58.

⁴⁶³ Joseph Horowitz, *Law and Logic*, New York: Springer, 1972, p. 26.

⁴⁶⁴ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, «La place de René Demogue...», *op. cit.*, p. 165.

droit » (*Rechtsfindung*) du domaine judiciaire.⁴⁶⁵ Cette analyse hyperbolisante aspectuelle fait la promotion en faveur de son mode le plus rationnel – la « rationalité logiquement formelle » développée par la « science juridique » (technique judiciaire « l'esprit a choisi »). La « science juridique », créée par les pandectistes, et qui, ensuite, continue sa vie jusqu'à maintenant se résume en quelques points⁴⁶⁶ :

1. une décision juridique concrète qui peut être l' « application » d'une proposition juridique abstraite à la situation factuelle concrète ;
2. cette application peut être effectuée au moyen de la « logique juridique » ;
3. le « système juridique » n'a pas de lacunes ;
4. si quelque chose ne peut pas être « construit » dans des termes juridiques rationnels, il est juridiquement impertinent ;
5. chaque action sociale doit être considérée soit comme « application / exécution » des règles, soit comme « violation » ;
6. la personne faisant le *Rechtsfindung* au moyen de la « rationalité logiquement formelle » est limitée, dans sa recherche, à l'analyse logique du sens donné au corpus normatif adopté valablement par l'institution législative.

Selon Weber, la rationalité ne doit pas nécessairement être logique, mais elle doit être suffisamment « formelle » pour garantir l' « impersonnalité ». Par exemple, la « rationalité juridique substantielle » (technique judiciaire « je vois le cœur ») pratiquée au Royaume-Uni. Cette dernière peut être rationnelle par rapport à une valeur (techniques judiciaires du couronnement et « esprit a choisi ») ou rationnelle par rapport à un but (techniques judiciaires de l'abus téléologique, de « la voix des ancêtres », de l'abus des conséquences, du don d'épée de feu « utile », etc.. La rationalité juridique substantielle ne se base pas sur la logique pure (technique judiciaire « votre esprit est un bout de bois »), mais prend en considération les résultats et l'essence.⁴⁶⁷ Weber a eu la connaissance des accusations en abus de déduction, mais considérait que « la prédominance universelle du marché » (technique publicitaire de la création du paradis) exige un système qui fonctionne de façon « calculable » en accord avec des règles rationnelles⁴⁶⁸ (technique publicitaire

⁴⁶⁵ Duncan Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality... », *op. cit.*, p. 1039.

⁴⁶⁶ *Ibid.* p. 1040.

⁴⁶⁷ Max Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society*, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁴⁶⁸ Duncan Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality... », *op. cit.*, p. 1060.

« mathématique »). Weber nous montre dans son clip publicitaire une série de pas pour arriver à la conclusion qu'il appelle « positiviste » et Duncan Kennedy la classifie comme « pensée juridique classique ».⁴⁶⁹ Selon Weber cette approche (cette marchandise) est nécessaire pour l' « ordre moderne (technique publicitaire de la création de la modernité) juridique bureaucratique » (technique publicitaire de la création du paradis. Le positivisme essaie d'englober les deux, le droit naturel révolutionnaire et Le Social (le courant de la pensée juridique sociale)).⁴⁷⁰

POSITIVISME JURIDIQUE

Le modèle allemand exporte en France, et dans les autres pays européens. Le positivisme juridique s'exporte quel que soit le niveau de codification qu'il entraîne : une codification dure en Europe continentale et son absence ailleurs. Les États occidentaux conditionnent l'ouverture du commerce aux pays non directement colonisés par l'acceptation du droit européen de la pensée classique juridique. Ces élites exportent le concept du droit européen de même manière que leurs parents exportaient le christianisme. Malgré l'existence de modes hautement développés de conscience juridique hors d'Europe comme le droit islamique, hindou, confucéen et shinto, l'Empire ottoman, le Japon, la Chine, le Thaïlande, l'Égypte et l'Iran soit adoptent le modèle européen, soit établissent des cours spécialisées pour appliquer les pratiques régulatrices européennes dans les cas d'interaction avec les européennes. Les turques codifient le droit islamique hanafite des obligations en 1869-1876.⁴⁷¹

John Austin (1790-1859), l'admirateur de l'école historique allemande, écrit un manifeste de la pensée juridique classique pour les pays du droit commun.⁴⁷²

Hans Kelsen (1881-1973) de Vienne développe le projet positiviste. Il note quand même que la « science juridique » n'a rien en commun avec le droit *stricto sensu* ; il attire plutôt l'attention sur

⁴⁶⁹ *Ibid.* p. 1063.

⁴⁷⁰ *Ibid.* p. 1065.

⁴⁷¹ Niyazi Berkes, *The Development of Secularism in Turkey*, 1998, New York : Routledge, pp. 160-169.

⁴⁷² John Austin, *Lectures on Jurisprudence: or, The Philosophy of Positive Law*, 5e éd., London : Murray, 1885, p. 605.

des contradictions internes et donne des propositions pour les résoudre.⁴⁷³ Kelsen écrit que les normes concrètes ne peuvent jamais être déduites des normes abstraites.⁴⁷⁴ Malgré la reconnaissance de cette fiction en tant que fiction, Kelsen crée la « norme de base » (*Grundnorm*) qui est la norme suprême et la « pyramide des normes » pour mieux décrire la hiérarchie entre les normes ou entre les esprits juridiques. Autrement dit, il vend la technique interprétative du couronnement et la variante « hiérarchie des amulettes » de la technique « l'esprit vainqueur ».

H. L. A. Hart (1907-1992), qu'on a déjà considéré essaie d'améliorer le positivisme. Il introduit la notion du « point de vue interne » envers la légalité des normes de la part d'acteurs. Ce point de vue interne sert de standard pour évaluer ses propres actions ainsi que celles d'autres.⁴⁷⁵ Donc il nous montre une construction artificielle et la présente en tant que « fait » (une des stratégies publicitaires). Hart reconnaît l'existence de l'indétermination et dit qu'elle est nécessaire pour maintenir la souplesse⁴⁷⁶ (variante « l'esprit de souplesse » de la technique interprétative « réanimation de l'idole de bois »). Il croit en la technique judiciaire « je vois le cœur » qui, malheureusement, ne fonctionne pas bien dans les points frontières (*borderline*) entre les cœurs. Là il reconnaît la « texture ouverte ».⁴⁷⁷ En même temps, il ajoute que les juges ne doivent que rarement utiliser la discrétion.⁴⁷⁸ Elle doit être limitée par les « vertus judiciaires » suivantes⁴⁷⁹ :

1. impartialité et neutralité en examinant les alternatives (esprits dicéphales classiques monozygotes) ;
2. considération des intérêts de toutes celles qui sont intéressées (technique judiciaire de l'abus des intérêts) ;
3. emploi de principes généraux (couronnement) acceptables en tant que base rationnelle (épée de feu « raisonnable ») pour une décision.

⁴⁷³ Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trad. de Max Knight, Berkeley: University of California Press, 1967, p. 348-356.

⁴⁷⁴ *Ibid.* p. 351.

⁴⁷⁵ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994 (1961), p. 116.

⁴⁷⁶ *Ibid.* pp. 121-144.

⁴⁷⁷ Lettre de H.L.A. Hart à Brian Bix, 16 juillet 1991. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁷⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961, pp. 126-127.

⁴⁷⁹ *Ibid.* p. 200.

Joseph Raz (né 1939) d'Oxford développe l'idée du « système juridique » dans le sens positiviste. Il soutient que même si le droit positif exige des juges de suivre certains standards moraux, ces standards ne font pas partie du droit.⁴⁸⁰ Autrement dit il choisit la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle afin de rejeter les méthodes proposées à acheter par les iusnaturalistes. Il faut remarquer que l'emploi même du concept de « système juridique » constitue en soi la stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle, mais présentée en tant qu'indiscutable. Dworkin définit ce « système » autrement. Les réalistes nient son existence et Mark van Hoecke, par exemple, soutient qu'on peut toujours parler du « système ouvert, incomplet et incomplètement cohérent » qui est quand même un « système » (la technique publicitaire du tamponnement).⁴⁸¹

Norberto Bobbio (1909-2004) de Turin est souvent qualifié de « Hart italien ». Il continue la stratégie publicitaire positiviste en écrivant que les conceptions de la nature humaine n'ont été qu'illusions (technique publicitaire « ceci est la réalité »). Selon l'hyperbolisation aspectuelle de Bobbio, non seulement nous ne sommes pas en mesure de trouver une base juridique pour les droits de l'homme, mais « toute recherche du fondement ultime est elle-même sans fondement ». L'hyperbolisation aspectuelle est créée également par rapport aux autres positivistes. Selon Bobbio, Austin fait une erreur en liant le droit exclusivement à la commande de la souveraine, puisque l'on doit comprendre le droit positif comme un achèvement historique au sein d'une forme particulière d'Etat⁴⁸² (je suppose qu'il veut vendre la technique judiciaire de l'abus de l'histoire). Au niveau de la marchandise au magasin, Bobbio dit, par exemple, que la guerre contre l'Irak en 1991 était une « guerre juste »⁴⁸³ (la stratégie de la démonstration d'une construction artificielle mais présentée en tant qu'indiscutable).

Neil MacCormick (1941-2009) d'Edinbourg écrit que l'objectif de la théorie du droit est de développer les standards pour l'évaluation des décisions judiciaires en tant que « bonnes ou

⁴⁸⁰ Joseph Raz, „Legal Principles and the Limits of Law“ dans M. Cohen (dir.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London: Duckworth, 1984, p. 85.

⁴⁸¹ Mark van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford : Hart Publishing, 2002, p. 109.

⁴⁸² Tecla Mazzarese, « Judicial Implementation of Human Rights », *15 Recht, Gerechtigkeit und der Staat, Rechtstheorie, Beiheft* 206 (1993).

⁴⁸³ Jean-Luc Pouthier, « Avant-propos à N. Bobbio » in N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, trad. De Jean-Luc Pouthier, Paris : Le Seuil, 2007.

mauvaises ».⁴⁸⁴ Il défend Hart contre la critique de la part de Dworkin en montrant un chemin médian entre les deux⁴⁸⁵ (technique publicitaire du tamponnement). MacCormick veut dire que la conception classique de la souveraineté étatique est devenue obsolète sur notre continent après le fondement des Communautés européennes. Un « nouvel ordre juridique » entre le droit national et le droit international a été créé (technique publicitaire du tamponnement destiné à vendre les techniques d'interprétation judiciaire liées au droit européen : la création du monde spirituel idéal, la variante de hiérarchie des amulettes au sein de la technique « l'esprit vainqueur » et le don des ailes pour un vol en provenance du droit européen à destination du droit national). Pour renforcer ce tampon, il dit que ce « nouvel ordre juridique », cette Europe post-souverainiste qui est le Commonwealth, est une chose attribuée de l'âme – du patriotisme constitutionnel (*Verfassungspatriotismus* de Habermas⁴⁸⁶), ce qui est la démonstration d'une construction artificielle, mais présenté en tant qu'indiscutable. Il emploie la même technique publicitaire du tamponnement pour répondre à la question si l'UE est une entité démocratique : il dit que l'Europe est « une constitution [couronnement spirituel] mixte contenant un élément raisonnable [épée de feu « raisonnable »] de la règle démocratique [création du paradis] ». Pour continuer, il choisit la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle et procède à la comparaison de l'intégration européenne à l'étatsunienne. Il dit que la Constitution des Etats-Unis a également, comme les Traités européens, été ratifiée par chaque État séparément, mais elle commence par les mots « Nous, le Peuple », présomption très démocratique. Donc, il conclut qu'on peut considérer que l'ordre de l'UE est également basé sur la volonté du peuple.⁴⁸⁷

Joxerramon Bengoetxea du Pays basque répète la même idée que la discrétion peut être comprise comme une vertu (variante « l'esprit de souplesse » de la technique interprétative « réanimation de l'idole de bois »).⁴⁸⁸ Il essaie de vendre cette variante suivant la stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle en la présentant comme indiscutable : selon lui, la

⁴⁸⁴ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, rééd., Oxford: Oxford University Press, 2007 (1978), p. 1.

⁴⁸⁵ *Ibid.* p. 67-68. Alec Stone Sweet et Margaret McCown, "Discretion and Precedent in European Law" dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁸⁶ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, pp. 632-660.

⁴⁸⁷ Neil MacCormick, *Questioning sovereignty: law, state, and nation in the European Commonwealth*, Oxford : Oxford University Press, 2002 (1999), p. 140.

⁴⁸⁸ Joxerramon Bengoetxea, « The Scope for Discretion, Coherence and Citizenship » dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Haag: Kluwer Law International, p. 53.

discrétion ouvre la porte au dynamisme et à l'innovation⁴⁸⁹ (technique publicitaire de la création de la modernité. Bengoetxea répond dans sa publicité à la critique de la Cour européenne de justice pour agenda internationaliste, en disant que c'est le Traité qui a tel agenda⁴⁹⁰ (la « lettre-même »-isation).

L'approche juridique marxiste est devenue un positivisme simple chez Andrey Vyshinsky (1883-1954) de Moscou – le droit est ce qui résulte des procédures formelles de l'État soviétique⁴⁹¹ (publicité du droit soviétique).

En Russie contemporaine, Valery Malakhov et Vladimir Kazakov font la publicité pour la technique judiciaire de constitution des chambres d'épreuve (conceptualisation des termes juridiques par des textes et critères) et pour la technique « je vois le cœur » (ces critères doivent aider à clarifier le « cœur stable » (rus. « *устойчивое ядро* ») de concept⁴⁹².

Mikhail Baitin (1921-2009) de l'Académie juridique d'État à Saratov essaie de montrer les racines du droit positif et le sens lui donné au par des conditions sociales et par des valeurs de la société. Néanmoins, il lie étroitement l'existence du droit à des procédures formelles de l'État. Il explique ce choix par l'affirmation que l'État est le seul représentant de la société dans son ensemble et pour cela il est la seule source de normes (stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle mais présentée en tant qu'indiscutable, publicité de la technique « votre idole est un bout de bois » et de l'État en général). Baitin remplace l'intérêt de classe chez les marxistes par la « volonté étatique de la société » afin de souligner les valeurs humaines et le but de l'État de trouver un compromis. Autrement dit, il emploie la technique publicitaire « personne ordinaire/chaque agricultrice » pour justifier le pouvoir étatique (l'État exprime la volonté commune de toutes les classes, la volonté étatique n'est pas seulement déterminée par l'économie, mais aussi par la politique, par la morale, par la conscience juridique, par la science, par la culture, par la religion, par le niveau de civilisation).⁴⁹³ Le droit naturel est une précondition du « droit juridique » (donc il

⁴⁸⁹ *Ibid.* 57.

⁴⁹⁰ *Ibid.* 48.

⁴⁹¹ Andrey Vyshinsky, *Основные задачи науки советского социалистического права*, Moscou: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1938, p. 183.

⁴⁹² Valery Malakhov, Vladimir Kazakov, *Теория государства и права*, Moscou : Akademitchesky projekt, 2002, P. 576.

⁴⁹³ Mikhail Baitin, « О современном нормативном понимании права », 1 *Журнал российского права* 103 (1999).

vend également le droit naturel mais de manière secondaire). Il souligne également que l'État ne garantit pas le fonctionnement du droit, mais le facilite seulement par la possibilité de coercition, car les gens suivent les règles de manière volontaire⁴⁹⁴ (stratégie publicitaire de la démonstration du bien-être général et indiscutable).

A. F. Cheredantsev de Moscou élargit la publicité de Baitin en incluant dans la définition du droit la précision que les normes étatiques expriment les « intérêts concordés de la société ». Il ajoute donc la technique juridique de l'abus des intérêts.⁴⁹⁵

DROIT COMME COUTUME

James Carter écrivait que le droit n'est pas une commande. La juge doit trouver la loi dans les « expectations de la communauté ». La législation contraire à la coutume est *ipso facto null*.⁴⁹⁶ Il répète le rêve de la pensée juridique classique que la juge « découvre » la loi mais ne la légifère pas.⁴⁹⁷ Le droit coutumier se situe entre le droit naturel et le droit positif (technique publicitaire du tamponnement).

Charles de Visscher (1884-1973) de Leuven dit que le droit doit être un « reflet » de la société⁴⁹⁸ et crée ce que l'on pourrait appeler une conception sociale du droit, selon laquelle le droit ne découle pas de maximes abstraites théologiques ou iusnaturalistes mais qu'il doit être compris comme une création sociale : « Il ne s'agit pas, comme on a tendance à le dire, de reconstruire le droit international à partir de la sociologie, mais de scruter la raison d'être des normes [technique de la négation du sens, technique de l'abus téléologique] de rétablir le contact entre l'appareil normatif et les réalités qui lui sont sous-jacentes, de passer ainsi au crible d'une critique plus largement

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ A. F. Cherdyaev, *Теория государства и права: Учебник для вузов*, Moscou : Yourait, 2000, p. 171.

⁴⁹⁶ Montgomery Schuyler, « The Philosophy of Law: James C. Carter Makes a Notable Contribution to Its Exposition », *The New York Times*, 09 11 1907.

⁴⁹⁷ James C. Carter, „The Ideal and the Actual in Law“, *24 American Law Review* 752 (1890).

⁴⁹⁸ Charles de Visscher, « Cours général de principes de droit international public », 86 *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye* 451 (1954).

informée les règles et les pratiques du droit international appréhendées dans le vif de leur application. »⁴⁹⁹

LE SOCIAL

Duncan Kennedy groupe toute une série d'écoles juridiques sous le nom « Le Social » car ces campagnes publicitaires avaient le but commun de promouvoir les intérêts des personnes de revenus modestes. Ici on voit Saleilles, Lambert, Josserand, Gounod, Gurvitch, la téléologie de von Jehrung, la Freirechtschule, le positivisme sociologique, la rationalité des considérations conflictuelles, l'école du pouvoir public, l'école du service public, le droit naturel situationnel, l'Interessenjurisprudenz, la jurisprudence sociologique étatsunienne. Le Social provoque la deuxième mondialisation de la pensée juridique autour de 1900. Ce courant attaque la pensée juridique classique pour l'abus de déduction justifiant l'individualisme et l'idéologie libérale et propose de remplacer cette pratique régulatrice par l'abus de déduction promouvant les classes moyennes et défavorisées.⁵⁰⁰

Raymond Saleilles (1855-1912), Georges Gurvitch (1894-1965) de la Sorbonne et Édouard Lambert (1866-1947), Étienne Josserand (1869-1941) de Lyons ont devenus les principaux modalisateurs Du Social. Ils ont considéré la pensée juridique classique comme un épiphénomène par rapport à la base, mais ils étaient antimarxistes.⁵⁰¹ Au niveau politique les membres du Social étaient des sociales-démocrates, des sociales-conservatrices d'Otto von Bismark, des fascistes, Benito Mussolini avec la *Carta di Lavoro*, Franco en Espagne, Salazar en Portugal, Metaxas en Grèce.⁵⁰² Selon Duncan Kennedy, leur naissance s'explique par l'absence de protection sociale adéquate et par l'accroissement de la résistance sociale à l'élite. Autrement dit, ce projet a été nécessaire pour calmer les gens en partageant un peu de richesses avec eux et pour garder le

⁴⁹⁹ M Prévot, Historique du Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen, <http://www.uclouvain.be/287157.html>, 14 04 2010.

⁵⁰⁰ Duncan Kennedy, "Two Globalisations of Law...", *op. cit.*, p. 650.

⁵⁰¹ *Ibid.* pp. 648-649.

⁵⁰² *Ibid.* p. 650.

système capitaliste.⁵⁰³ *Protégez-le contre lui-même*, selon Keynes.⁵⁰⁴ Le Social a achevé de mettre sur le marché juridique de tels esprits comme le droit de travail, la régulation des relations entre la propriétaire et la locataire, les régulations du marché financier, la concurrence déloyale, les pratiques de travail déloyales, les pratiques trompeuses, etc., ainsi que les cours de travail, les cours de commerce, les cours juvéniles, les cours de famille.⁵⁰⁵

Rudolf von Jhering (1818-1892) d'Heidelberg a été parmi les initiatrices principales du Social.⁵⁰⁶ Il est également considéré comme le fondateur de la technique interprétative de l'abus téléologique.⁵⁰⁷ Cette technique, reprise par l'école du procès juridique, deviendra la réponse du juridisme au réalisme juridique.⁵⁰⁸ Elle consiste en une opération à deux pas : la chamane donne à une disposition un but et décide ensuite quelle compréhension de cette disposition est la meilleure pour l'avancement de cet objectif.⁵⁰⁹

La Freirechtsschule (école du droit libre) représentée par Eugen Ehlich (1862-1922), Ernst Fuchs (1859-1929) et Hermann Kantorowicz (1877-1940) montre la société en tant qu'organisme en évolution avec des besoins et des fonctions. La fonction judiciaire est de faire évoluer les règles afin de couvrir ces besoins. La Freirechtsschule critique l'abus de déduction et se pose en tant qu'alternative. Elle propose de rejeter, parfois, une conclusion manifeste au nom de l'« évolution » (technique publicitaire de la création du sentiment de modernité). Par contre, l'application des concepts « besoins », « fonctions » et « évolution » est également un abus de déduction. La Freirechtsschule veut être considérée comme politiquement neutre car elle place son argument politique dans une idole hors de ses membres physiques – dans l'idole de la société en tant qu'organisme.⁵¹⁰

⁵⁰³ *Ibid.* p. 661.

⁵⁰⁴ *Ibid.* p. 668.

⁵⁰⁵ *Ibid.* p. 654.

⁵⁰⁶ *Ibid.* pp. 648-649.

⁵⁰⁷ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, “La place de René Demogue...”, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁰⁸ Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁰⁹ *Ibid.* p. 16.

⁵¹⁰ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, pp. 118-119.

Eugen Ehrlich appartenant au positivisme sociologique soutient que le fondement du droit est entièrement sociologique, ce qui signifie que les juges doivent répondre aux « normes qui sont valides au niveau factuel (technique publicitaire « ceci est la réalité ») au cours de la vie quotidienne et sont indépendantes de leur réaffirmation ou déclaration pendant une procédure juridique. Pour Ehrlich, la loi n'est qu'un « simple symptôme » de la validité sociologique et un arrêt précédent ne doit pas être vu comme s'appliquant en dehors de ces faits concrets (technique publicitaire de la révolte spectaculaire). Ehrlich conclut par la présentation de sa marchandise : la juge doit « équilibrer les valeurs »,⁵¹¹ c'est-à-dire (dans ma perspective) employer la technique interprétative de l'abus dans la construction de balance. Il résume la problématique interprétative comme « die spielerische und die mathematische Entscheidung »⁵¹² (« l'adjudication comme un jeu et la mathématique » – la technique publicitaire de la mathématique où le mot « jeu », comme je le comprends, légitime les cas où l'adjudication n'est pas vraiment une mathématique).

Maurice Hauriou (1856-1929) de Toulouse, fondateur de l'école de la puissance publique, donne le nom de la théorie du solidarisme et de l'institutionnalisme à sa publicité. Il parle des « institutions vivantes » (la variante « l'instrument vivant » de la technique interprétative de la réanimation de l'idole de bois) et lutte pour la reconnaissance de leur personnalité juridique. Il analyse et crée les esprits nécessaires pour l'existence de ces « personnes » : les droits institutionnels, les droits statutaires, les droits disciplinaires.

Léon Duguit (1859-1928) de Bordeaux, de même que Hauriou, vend le droit social. Duguit transforme l'attitude envers la propriétaire par la dimension sociale : « Son droit subjectif de propriété, je le nie, son devoir social, je l'affirme ».⁵¹³ En tant que positiviste, Duguit propose de « rétablir un standard objectif des valeurs »⁵¹⁴ (les techniques judiciaires de l'abus dans le choix du standard d'évaluation spectrale, de l'abus dans la construction du standard d'évaluation spectrale, etc.) Il devient également un des fondateurs de l'école du service public. Cette école rejette les conceptions métaphysiques de l'État, telles que la souveraineté ou la notion de personne morale de Hauriou. Gaston Jèze (1869-1953) soulignera le caractère fictif de cette notion par sa célèbre

⁵¹¹ Duncan Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality... », *op. cit.*, p. 1053.

⁵¹² Eugen Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tübingen : Mohr, 1918, pp. 295, 294, 296.

⁵¹³ Léon Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris : Guillaumin, 1908, p. 118.

⁵¹⁴ Duncan Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality... », *op. cit.*, p. 1053.

phrase : « Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale ! »⁵¹⁵ (la variante du mixage des espaces de la technique publicitaire « langage sexy »).

François Gény (1861-1959) de Nancy et le néo-kantien Rudolf Stammler (1856-1938) de Berlin lancent la campagne publicitaire « le droit naturel situationnel ou à continu variable ». Gény pense qu'il faut chercher le sens d'une disposition en ses relations avec les autres dispositions (technique judiciaire de l'abus des signes. Stammler dit que la conception purement formelle du droit s'éloignerait de « l'idéal du droit qui est la réalisation de justice » (stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle »). Cet idéal reflète le degré possible d'harmonie sociale sur une place et dans le temps particuliers. Gény et Stammler veulent rétablir un standard objectif pour évaluer les valeurs qui protégeraient les personnes de revenus modestes.⁵¹⁶

Philipp von Heck (1858-1943) développe l'Interessenjurisprudenz (jurisprudence des intérêts)⁵¹⁷ qui est classifiée ici comme technique de l'abus des intérêts. On peut quand même chercher les racines de l'Interessenjurisprudenz déjà chez Jeremy Bentham, chez Rudolf von Jhering, chez Oliver Holmes et chez René Demogue. Von Heck propose ce type de rationalité des considérations conflictuelles comme une alternative à l'abus téléologique et à la Begriffsjurisprudenz. Dans les années 1950, la Cour constitutionnelle allemande adoptera la proportionnalité (plus précisément, l'esprit de la proportionnalité a choisi cette conception) et la balance (abus dans la construction de balance, selon notre perspective) dans sa pratique.⁵¹⁸ Harold Lasswell (1902-1978) et Myres McDougal (1906-1998) de Yale continueront le projet de von Heck. Ils vont présenter la « balance des intérêts » de la société à long terme comme une réponse au réalisme.⁵¹⁹

Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841-1935) est un des inspirateurs principaux de la jurisprudence sociologique étatsunienne. Il dit que le droit doit devenir une science de l'expérience, des faits et de l'induction (techniques publicitaires « ceci est la réalité » et du révolte spectaculaire. Le droit est une science pragmatique et doit se développer sur la base des pratiques de la vie sociale plutôt que

⁵¹⁵ Jean Dupuis, *L'aubergiste oublié : approches pèlerines sur le chemin occidental*, Paris : Beauchesne, 1999, p. 8.

⁵¹⁶ Duncan Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality... », *op. cit.*, p. 1053.

⁵¹⁷ Philipp von Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung : Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen : Mohr, 1912.

⁵¹⁸ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, «La place de René Demogue...», *op. cit.*, p. 169.

⁵¹⁹ Harold Lasswell, Myres McDougal, «Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest», *52 Yale Law Journal* 203 (1943).

sur celle des règles abstraites. Il garde toujours la croyance en ce que la logique et la raison (technique interprétative de l'attribution de deux épées de feu « raisonnable » et « logique ») sont capables de solutionner les problèmes juridiques et sociaux.⁵²⁰

Influencé par la thèse sur l'abus de déduction de Saleilles et d'Holmes, Roscoe Pound (1870-1964), Benjamin Cardozo (1870-1938) et Louis Brandeis (1856-1941) lancent la jurisprudence sociologique étatsunienne ou le réalisme juridique progressif. Au début, ils ont été sur la gauche modérée et, ensuite, sur le droit aussi modéré. Pound, Cardozo et Brandeis continuent de soutenir que le droit est une science, mais mettent l'accent sur ce qu'il est une science sociale qui doit être constructive et apolitique. Ils veulent créer des catégories de la science sociale qui soient neutres, universelles et fondamentales.⁵²¹

Henry Adams insiste sur l'interprétation économique et sociale du droit. John R. Commons (1862-1945) de Wisconsin-Madison intervient avec la technique interprétative « le don des ailes » en disant que la « justice » signifie non seulement un jeu juste entre les individus (première branche du droit), mais aussi un jeu juste entre les classes sociales (deuxième branche.⁵²² Plus tard, cette vision sera avancée chez Roberto Unger qui parlera de la transposition des esprits de la démocratie politique dans le domaine de l'économie, ce que doit donner la « démocratie économique ».

Le réaliste juridique progressif Karl Llewellyn parle de l'approche pragmatiste de la « skilled craftsmanship » (technique publicitaire de la présentation d'un caractère magique de marchandise) afin de créer la conception cohérente de l'intérêt public (technique interprétative de l'abus des intérêts. Il veut, par exemple, faire une restructuration du droit commercial.⁵²³ Llewellyn soutient également que les autres théoriciennes du droit soit surestiment, soit sous-estiment le problème de la discrétion⁵²⁴ (technique publicitaire du tamponnement. Il ajoute que l'interprétation téléologique (l'abus téléologique, dans la perspective de ce travail) peut stabiliser la jurisprudence (création du paradis) : les législatrices doivent rendre leurs objectifs clairs (technique interprétative de la voix

⁵²⁰ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 17.

⁵²¹ Duncan Kennedy, "Two Globalisations of Law...", *op. cit.*, p.p 648-649.

⁵²² Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", 44 *American Law Review* 36 (1910).

⁵²³ Gilmore, *The Ages of American Law*, *op. cit.*, p. 85.

⁵²⁴ Karl N. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence – The Next Step", 30 *Columbia Law Review* 432 (1930).

des ancêtres. La loi, avec un but clairement dit, est « le plus juste et le plus beau type de la règle juridique ». Il emploie également la technique publicitaire du langage sexy en disant qu'une règle avec un objectif clair est « la règle chantante ». ⁵²⁵ Llewellyn crée le « droit immanent » que les législatrices doivent « découvrir et exécuter ». Ce « droit immanent » est inhérent aux circonstances mêmes, aux dont façons les gens perçoivent et répondent à ces circonstances, à « chaque fait-modèle de la vie commune » ⁵²⁶ (techniques publicitaires « chaque agricultrice » et « ceci est la réalité »).

Grant Gilmore conclut que les réalistes progressifs ont abandonné la *Begriffsjurisprudenz* de Langdell de la même façon que les protestantes de XV^e siècle ont abandonné le Christianisme. ⁵²⁷ Les réalistes progressives veulent reconstruire la doctrine juridique étatsunienne par les manœuvres suivantes ⁵²⁸ :

1. le particularisme, les règles de travail fondées empiriquement pour prévoir les développements dans la jurisprudence, la connaissance du contexte socioéconomique ;
2. l'adjudication téléologique et les politiques sociales ;
3. le pluralisme éthique, la référence aux valeurs et pratiques coutumières pour réconcilier les valeurs concurrentes.

Le juge Cardozo à la Cour suprême étatsunienne propose de rejeter le droit comme logique d'Ehrlich et de passer vers l'interprétation téléologique ⁵²⁹ (l'abus téléologique. Il aime la thèse sur le droit comme moralité historique de von Savigny, mais remarque, avec regret, que l'application de cette moralité coutumière n'est pas automatique. ⁵³⁰ Il vend la technique de l'abus dans la construction de balance en proposant d'équilibrer la certitude avec l'équité et la justesse. Il affirme

⁵²⁵ Karl N. Llewellyn, "On the Good, the True, the Beautiful, in Law," 9 *University of Chicago Law Review* 224, 250 (1941-1942).

⁵²⁶ Karl N. Llewellyn, *Common Law Tradition – Deciding Appeals*, Boston: Little, Brown and Company, 1960, p. 122.

⁵²⁷ Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven : Yale University Press, 1977, p. 85.

⁵²⁸ Fisher et al. (dir.), *American Legal Realism, op. cit.*, pp. 170-171.

⁵²⁹ Benjamin N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1921, p. 102.

⁵³⁰ *Ibid.* p. 109.

le devoir de la juge d'adhérer à « l'esprit de droit »⁵³¹ (technique interprétative « Notre Planète la Terre est vivante et elle parle avec moi »).

LUDWIG WITTGENSTEIN

Ludwig Josef Johann Wittgenstein (1889-1951) a une influence sur Hart en ce qui concerne le terme de « texture ouverte », mais il choisit lui-même la technique publicitaire du tamponnement en refusant d'attribuer l'application des règles à elles-mêmes et en ne reconnaissant pas leur capacité à définir le champ de son application.⁵³² Il dit que toute clarté d'une règle disparaît si on va une génération en avant,⁵³³ mais si les gens n'étaient pas capables de se mettre d'accord, par exemple, sur les définitions des couleurs, les couleurs ne pourraient pas exister.⁵³⁴ Wittgenstein soutient que malgré l'absence d'entités pouvant déterminer clairement le contenu d'une disposition, nous pouvons toujours parler de « correct » et d'« incorrect » dans « notre comportement normatif basique ».⁵³⁵

ÉCOLE DU PROCÈS JURIDIQUE

L'école du procès juridique appartenant à la pensée postréaliste présente dans les années 1950s l'État comme une organisation bureaucratique fonctionnant bien et basée sur la division de travail afin de maximiser non profit mais « la satisfaction des volontés humaines valides ». Pour ça, chaque institution doit se spécialiser dans ce qu'elle fait de meilleur. Cette école fait la publicité pour les esprits de formalités qui sont indispensables pour achever « l'examen raisonnable » (un concept qu'on retrouve déjà chez les réalistes progressives) et « cohérent » de l'affaire par la juge. La procédure (technique interprétative de la reritualisation) est le garant pour arriver aux résultats

⁵³¹ *Ibid.* p. 114.

⁵³² Crispin Wright, "Critical notice of Colin McGinn, Wittgenstein on Meaning", 98 *Mind* 297 (1989).

⁵³³ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 45.

⁵³⁴ Ludwig Wittgenstein, *Zettel*, G.E.M. Anscombe, G.H. von Wright (dir.), Oxford: Basil Blackwell, 2007 (1967), p. 351.

⁵³⁵ Wittgenstein, *Wittgenstein's Lectures: Cambridge 1930-1936*, D. Lee (dir.), Chicago: University of Chicago Press, 1980, p. 26.

éthiquement désirables.⁵³⁶ Selon Duncan Kennedy, cette école place l'argument politique dans l'image de la bureaucratie maximisant les volontés.⁵³⁷ Cette campagne publicitaire donne naissance aux esprits de l'administrabilité⁵³⁸ et facilite la commercialisation de la technique interprétative de l'argument purement pratique, de la compétence institutionnelle et facilite la commercialisation de la technique interprétative de la recompétenciation, ainsi qu'aux esprits s'appelant « principes neutres ».⁵³⁹ L'école du procès juridique fait également la publicité pour ce qu'on appelle ici l'abus téléologique.⁵⁴⁰

Ses représentants incluent Henry Hart (1927-1969) et Albert Sacks (1911-1981) de Harvard ainsi que Lon Fuller (1902-1978). Henry Hart croit aux limites de la discrétion imposées par les précédents et par les lois. Il crée la théorie de la législatrice raisonnable (il fait la publicité pour la technique interprétative de la « voix des ancêtres »). Le Parlement, selon lui, est un groupe de personnes raisonnables (des Britney Spears) poursuivant des objectifs raisonnables (technique de l'abus téléologique) raisonnablement (technique de l'attribution de l'épée de feu « raisonnable »). Il dit que même si c'est une fiction, elle aide à traduire la « volonté populaire » (chaque agricultrice le veut) en politique cohérente⁵⁴¹ (« la Terre parle avec moi »).

James Skelly Wright (1911-1988) de Yale fait l'hyperbolisation aspectuelle en accusant l'école du procès juridique de « relativisme profond des valeurs » car elles ne parlent pas de « juste » ni d'« injuste ». Leur discours neutre par rapport aux valeurs cherche à paralyser la Cour suprême étatsunienne.⁵⁴²

⁵³⁶ Gary Peller, "Neutral Principles in the 1950s", 21 *University of Michigan Journal of Law Reform* 586-591 (1988).

⁵³⁷ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 119.

⁵³⁸ Duncan Kennedy, Marie-Claire Belleau, "La place de René Demogue...", *op. cit.*, p. 164.

⁵³⁹ Peller, "Neutral Principles in the 1950s", *op. cit.*, p. 586-591.

⁵⁴⁰ Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁴¹ Henry Hart, Jr., "The Supreme Court, 1958 Term: Foreword: The Time Chart of the Justices", 73 *Harvard Law Review* 84 (1959).

⁵⁴² James Skelly Wright, « Professor Bickel, the Scholarly Tradition, and the Supreme Court », 84 *Harvard Law Review* 780, 799 (1971).

ÉCOLE DES PRINCIPES NEUTRES

L'école des principes neutres émerge dans les années 1960s de l'école du procès juridique. Elle se concentre également sur le développement du « raisonnement correct » basé sur la « maîtrise de soi » et sur la « décision raisonnable »⁵⁴³ (technique de l'attribution de l'épée de feu « raisonnable »).

Herbert Wechsler (1909-2000) de Columbia emploie le concept de « l'examen raisonnable » (technique de l'attribution de l'épée de feu « raisonnable ») afin de critiquer la décision de la Cour suprême étatsunienne dans l'affaire *Brown* sur la déségrégation raciale des écoles (marchandise de Wechsler dans le magasin). Il emploie la technique publicitaire de la création du démon et déclare que cette cour est « un organe nu du pouvoir ». Il parle également de sa Britney Spears – de la « cour de justice », concept contraire à l'« organe nu du pouvoir ».⁵⁴⁴

Alexander Bickel (1924-1974) de Yale introduit une catégorie nouvelle des « vertues passives » qui se trouve entre la politique et la rationalité (technique publicitaire du tamponnage). Selon lui, la Cour suprême étatsunienne ne doit pas se prononcer dans des cas controversés car elle devient « une force contre-majoritaire »⁵⁴⁵ (démon contre chaque agricultrice). Ceci est contraire à l'approche des réalistes progressives et des écd qui font la publicité pour un changement social gauchiste de manière délibérée.

Plus tard, Bickel doutera quand même de la capacité d'une cour à développer des « principes durables ».⁵⁴⁶

Au niveau du magasin, la marchandise contraire à celle de Wechsler et commercialisée par Louis Pollack de Yale qui insiste que les « principes neutres » (technique interprétative du couronnement) englobant la Clause de protection égale (esprit) du 14^e Amendement de la Constitution étatsunienne

⁵⁴³ Richard Posner, “The Material Basis of Jurisprudence”, 69 *Indiana Law Review* 1, 23 (1993).

⁵⁴⁴ Herbert Wechsler, « Towards Neutral Principles of Constitutional Law », 73 *Harvard Law Review* 12 (1959).

⁵⁴⁵ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, pp. 16-17.

⁵⁴⁶ Alexander Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New York: Harper & Row, 1970, p. 175.

(amulette) interdit de stigmatiser et de dénigrer les Noires⁵⁴⁷ (technique interprétative « l'esprit a choisi la conception »).

Robert Bork dit dans son clip que la neutralité et l'examen raisonnable interdit aux juges de ne pas suivre l'originalisme (technique « la voix des ancêtres ») et l'histoire de la constitutionnalité (technique de l'abus de l'histoire). Bork veut créer un test de neutralité (technique de l'abus dans la construction du standard d'évaluation spectrale). Il emploie la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle afin de démotiver la consommatrice d'acheter la réanimation de l'esprit de bois et propose d'utiliser la technique « votre idole est un bout de bois ». Ceci est le niveau de la technologie. Au niveau de la marchandise dans le magasin, Bork dit, par exemple, que la décision de la Cour suprême étatsunienne dans l'affaire Griswold autorisant la consommation des contraceptifs, est « sans principes » et qu'elle va ainsi contre le texte et l'histoire.⁵⁴⁸

RÉALISME MORAL

Michael Moore (né en 1943) d'Illinois fait la campagne publicitaire sous le titre du « réalisme moral ». Le titre même de cette campagne inclut le mot « réalisme », ce qui représente deux techniques publicitaires : « ceci est la réalité » et la révolte spectaculaire. Il élabore sa technique de l'abus téléologique en précisant que quand une entité fait partie d'un système plus large, la fonction de cette entité se définit par la manière dont elle sert un ou plusieurs des objectifs du système.⁵⁴⁹ Moore donne une liste des croyances d'un réaliste métaphysique⁵⁵⁰ :

1. les entités (esprits) en question existent et leur existence est indépendante de notre pensée individuelle ou des conventions de la communauté ;
2. la théorie de vérité (technique publicitaire « ceci est la réalité ») ;

⁵⁴⁷ Louis Pollack, « Racial Discrimination and Judicial Integrity : A Reply to Professor Wechsler », 108 *University of Pennsylvania Law Review* 28 (1959).

⁵⁴⁸ Robert Bork, « Neutral Principles and Some first Amendment Problems », 47 *Indiana Law Journal* 10 (1971).

⁵⁴⁹ Michael Moore, dans R. George (dir.), *Natural Law Theories*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 209-210.

⁵⁵⁰ Michael Moore, «The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?», 41 *Stanford Law Review* 878-879 (1989).

3. la théorie classique de logique (technique judiciaire de l'attribution de l'épée de feu « raisonnable ») ;
4. la théorie de sens des propositions présumant l'existence de leur vrai sens ;
5. la théorie causale du sens.

Le réalisme moral a deux présomptions sur la langue⁵⁵¹ (stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle mais présentée en tant qu'indiscutable) :

1. Savons-nous (technique publicitaire « toi aussi ») le ou non (technique publicitaire du réflexe de Pavlov – un appel à la subconscience), nous voulons que nos mots soient compris de manière réaliste métaphysique.
2. Les définitions données par les dictionnaires, les lois, etc. sont simplement des « apparences extérieures conventionnelles du sens des mots ».

La théorie d'interprétation du réalisme moral consiste en deux affirmations⁵⁵² (stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle mais présentée en tant qu'indiscutable) :

1. il y a une « réponse correcte » aux questions morales ou à la « réalité morale » (autrement dit, technique publicitaire « ceci est la réalité ») ;
2. les juges doivent être guidées par la « réalité morale » en appliquant le droit.

Les juges doivent ignorer la définition législative quand elle va contre la « vraie nature » (techniques publicitaire « ceci est la réalité » et judiciaire « je vois le cœur ») des choses que cette définition a eu l'intention de décrire.⁵⁵³ La réponse correcte est celle qui correspond au « fait moral complexe » (« ceci est la réalité ». Ce « fait moral complexe » est le résultat auquel on arrive après l'application cohérente (« Notre Planète – la Terre est vive et elle parle avec moi ») des standards (technique judiciaire de l'abus d'évolution spectrale ainsi que « l'esprit a choisi une conception ») et de balance (technique judiciaire de l'abus dans la construction de balance.⁵⁵⁴ Selon Brian Bix, il n'y a pas de différence entre Moore et Dworkin.

⁵⁵¹ Michael Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", 58 *Southern California Law Review*, 277, 331 (1985).

⁵⁵² Michael Moore, "Moral Reality", 6 *Wisconsin Law Review* 1061 (1982).

⁵⁵³ Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", *op. cit.*, p. 331.

⁵⁵⁴ Michael Moore, "Metaphysics, Epistemology and Legal Theory", 60 *Southern California Law Review* 480 (1987).

Moore présente son « programme interprétatif » pour la juge⁵⁵⁵ (stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle mais présentée en tant qu'indiscutable) :

1. Il faut déterminer le sens ordinaire du texte ;
2. déterminer ce qui est exigé par les arrêts judiciaires précédents ;
3. « vérifier » le sens ordinaire et le précédent contre « ce que la juge considère être l'objectif de la disposition » ;
4. « vérifier » le sens ordinaire, le précédent et l'objectif contre le jugement de valeur « toutes les choses considérées » sur le meilleur résultat.

Moore emploie la technique publicitaire de la révolte spectaculaire et la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle et s'oppose au « conventionnalisme » qui est compris comme école du droit positif. Il dit que le conventionnalisme n'est pas suffisamment souple dans l'usage de la langue, et qu'il ne peut modifier un critère sans en modifier le concept.⁵⁵⁶

THÉORIE IDÉALISTE DU DROIT

Deryck Beyleveld de Durham et Roger Brownsword de Londres commence la campagne publicitaire sous le titre « la théorie idéaliste du droit ». Ils se basent sur la vision d'Emmanuel Kant et reprennent le « principe de consistance générique » (nouvel esprit puissant) d'Alan Gewirth (1912-2004) de Chicago. Beyleveld et Brownsword ne soutiennent pas que qu'il y a un « droit supérieur ». Par exemple, l'action en accord avec le droit à la liberté d'autres est l'expression de ce « principe de consistance générique ». Aucune institution gouvernant les affaires des citoyennes ne doit créer ou appliquer des normes contraires au « principe de consistance générique ».⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", *op. cit.*, p. 376.

⁵⁵⁶ *Ibid.* p. 294.

⁵⁵⁷ Deryck Beyleveld, Roger Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford.: Oxford University Press, 2001, p. 111.

THÉORIE DES VALEURS

Enrico Opocher (1901-2004) de Padoue fait la campagne publicitaire appelée « théorie des valeurs ». Il choisit la technique publicitaire du tamponnement et dit que cette théorie des valeurs se trouve entre le positivisme (de Kelsen et de Bobbio) et le réalisme (étatsunien et scandinave).⁵⁵⁸ Il rejette n'importe quelle fondation absolue (révolte spectaculaire. Il emploie la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle et distingue trois « conformités » : la « justice juridique » ou le droit positif, la « justice idéologique » ou ce qui est considéré comme désirable par la « communauté politique » (technique publicitaire « chaque agricultrice ») et, finalement, le respect d'autres (technique publicitaire « chaque agricultrice ») ou la « vérité ». Opocher précise qu'il ne parle pas de la « vérité avec un V majuscule » (création du démon) ou de la vérité métaphysique, mais de la « vérité la plus humaine » (« ceci est la vérité »). Il veut pousser l'« expérience juridique » (« ceci est la vérité ») de la justice juridique et de la justice idéologique vers la « rationalité découvrant la vérité »⁵⁵⁹ (achetez la technique judiciaire de l'attribution d'épée de feu « raisonnable »).

THÉORIE DE LA VÉRITÉ

Federico Puppo de Trente fait la campagne publicitaire appelée « théorie de la Vérité » (technique publicitaire « ceci est la vérité »). Il chante que la « Vérité » ne peut être évaluée dans les termes modernes, généraux et incontestables, mais qu'elle existe dans le « domaine hypercontextuel de l'expérience judiciaire »⁵⁶⁰ (technique publicitaire « ceci est la vérité »). Il donne l'exemple du paradoxe de la menteuse décrit par Épiménide de Crète au VI^e siècle av. J.-C. pour illustrer ce qu'il veut vendre : « toutes les crétoises sont menteuses », la phrase dite par une crétoise qui, par conséquent, est également une menteuse (technique publicitaire « l'histoire du succès »). Pour cette raison, il conclut : « la présence de la vérité est indéniable » (« ceci est la vérité »), mais elle ne peut être représentée que dans des termes problématiques (technique publicitaire du lancement du

⁵⁵⁸ Maurizio Mauzin, “Justice, Argumentation and Truth in Legal Reasoning” dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007, p. 34.

⁵⁵⁹ Enrico Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova : Cedam, 1983, p. 301.

⁵⁶⁰ Federico Puppo, “The Problem of Truth in Judicial Argumentation” dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, op. cit., p. 40.

réflexe de Pavlov). Donc il faut utiliser les « procédures appropriées » pour découvrir la vérité – il faut créer une « métalangue » appartenant au « principe de la non-contradiction ». Le niveau de la métalangue (création du paradis) est le niveau témoignant de « la présence indéniable et impérissable de la Vérité » (« ceci est la vérité »). C'est seulement la présence de la Vérité qui permet l'existence du criticisme (technique publicitaire « le personnel de Coca Cola ne boit que de Pepsi »). C'est seulement la présence de la vérité qui permet l'existence de la liberté⁵⁶¹ (création du paradis).

THÉORIE DE LA SINCÉRITÉ

Carel Smith d'Amsterdam fait la publicité pour la sincérité et dit que cette dernière doit être appréciée non seulement en tant que partie d'éthos mais aussi comme une exigence du logos (stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle mais présentée comme indiscutable). L'exigence de sincérité n'est pas seulement un mode non-argumentatif de persuasion mais aussi une « précondition de l'argumentation juridique », le logos lui-même. Sans la foi véritable dans la fondation politique et morale de la pratique juridique, les décisions judiciaires seraient « guidées par la préférence personnelle » (création de l'enfer) et non « par le principe » (création du paradis). Le guidage « par la préférence personnelle » dénuerait « le droit dans son ensemble » du sens⁵⁶² (renforcement de l'enfer).

On voit le même genre de publicité chez Paul Grice (1913-1988) de Berkley créant le « principe coopératif » ainsi que chez Frans van Eemeren et Rob Grootendorst (1944-2000) d'Amsterdam avec leur « principe de communication ». Celle qui parle doit croire en ce qu'elle dit.⁵⁶³

⁵⁶¹ *Ibid.* p. 46.

⁵⁶² Carel Smith, "Sincerity in Legal Argumentation Theory" dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁶³ Frans van Eemeren et al., *Fundamentals of Argumentation Theory: A Hetbook of historical backgrounds and contemporary developments*, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 1996, p. 283.

Lior Barshak apporte sa contribution à la publicité de sincérité en disant qu'une « bonne juge » (une personne intelligente et respectée) croit véritablement en la rhétorique totémique qu'elle-même elle produit exactement comme une oracle devient esclave de son propre pouvoir.⁵⁶⁴

THÉORIE DU CONSENSUS ET DU COMPROMIS

Robert Cover (1943-1986) de Yale dit que la « voix unique » n'est pas dérivable d'une interprétation « cohérente, consistante et unique » des données juridiques, mais d'un consensus ou de la vision de la majorité »⁵⁶⁵ (technique qu'il veut vous convaincre d'utiliser). Brian Bix répond que ce genre des considérations, l'analyse de consensus, est inutile pour le travail des cours supérieures ainsi que pour des nouvelles situations factuelles.⁵⁶⁶

Dennis Patterson de Rutgers emploie la technique publicitaire du tamponnement et dit qu'en fait les juges doivent choisir un chemin intermédiaire entre la manière dont la règle définit elle-même une situation et le « consensus au sein de la communauté ».⁵⁶⁷

John McDowell (né en 1942) d'Oxford dit qu'il y a un « accord sous-jacent » dans l'arrière-plan des cas lourds concernant les arguments qui doivent être considérés comme « raisonnables et acceptables ».⁵⁶⁸ James Harris (1940-2004) de Londres a l'hypothèse qu'il y a des « conventions » dans la langue non seulement en ce qui concerne le sens des mots et des phrases, mais aussi sur la marge de manœuvre déléguée à l'auditrice.⁵⁶⁹

Bakhriar Tuzmukhamedov et Valery Kuznetsov (1940-2002) de l'Académie diplomatique de Moscou soutiennent que le droit n'apparaît pas seulement dans la forme positive, mais déjà dans la « conscience juridique » (« point de vue interne » de Hart, technique publicitaire du réflexe de

⁵⁶⁴ Barshak, "The Totemic Authority of the Court", *op. cit.*, p. 313.

⁵⁶⁵ Robert Cover, "The Violence of the Word", 95 *Yale Law Journal* 1625 (1986).

⁵⁶⁶ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁶⁷ Dennis Patterson, "Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative", 76 *Virginia Law Review* 942-952 (1990).

⁵⁶⁸ John McDowell, « Non-Cognitivism and Rule-Following », in Steven Holtzman, Christopher Leich (dir.), *Wittgenstein: to Follow a Rule*, London: Routledge & Kegan Paul, 1981, p. 160.

⁵⁶⁹ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 71.

Pavlov), ce qui signifie que le droit international a déjà vu le jour pendant la période préétatique.⁵⁷⁰ Il est également remarquable de voir comment les russes constatent la pluralité des approches : ils parlent de « science juridique russe », de « science juridique française », de « science juridique italienne » et de « science juridique des États-Unis ».⁵⁷¹

Ilya Chestnov de l'Académie du parquet général russe qui vend également le droit comme un phénomène culturel lié à une société concrète à une période donnée, mais ce n'est pas un obstacle pour la découverte du « pivot commun » (consensus).⁵⁷²

Roman Livshits de l'Académie des sciences de Russie continue et dit que ces « sciences » peuvent organiser la voie du particulier vers le commun. L'État et le droit est un moyen de compromis de la société, un instrument de solution des contradictions sociales⁵⁷³ (technique de l'abus dans la construction de balance et variante de l'« a-admis »-ation de la technique de la sortie des mots du contexte). Les intérêts de la société sont supérieurs aux intérêts des classes, les intérêts de toute l'humanité sont supérieurs aux intérêts nationaux (technique de l'abus des intérêts). Selon ce qu'il appelle « la pensée nouvelle sur le plan international », les États sont des représentants des intérêts nationaux et non de ceux des classes. Livshits pense que « si la décision de l'État s'appuie sur l'entente sociale », cette décision est exécutée sans conflits ni excès. Plus le niveau de la « culture politique et juridique » est haut, moins il y a de conflits (création publicitaire des démons – les gens sans culture sont en désaccord).⁵⁷⁴

Owen Fiss chante que la Constitution est une manifestation de la « moralité publique » et qu'une « vie publique fondée sur cette moralité peut être riche et inspirante »⁵⁷⁵ (création publicitaire du paradis). Les juges, selon lui, doivent identifier les règles disciplinaires établies par la

⁵⁷⁰ Bakhtiar Tuzmukhamedov, Valery Kuznetsov, *Mezhdunarodnoje pravo*, Moscou : Norm, 2007, p. 22.

⁵⁷¹ *Ibid.* pp. 40, 926.

⁵⁷² Ilya Chestnov, « Общее и особенное в праве », *Государство и право на рубеже веков*, Saint-Petersbourg : Université du ministère des affaires intérieures de Russie à Saint-Petersbourg, 2000, p. 33.

⁵⁷³ Roman Livshits, *Теория права*, Moscou : BEK, 2001, p. 46.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, chapitre 3, disponible sur <http://teoriya.chat.ru/11.html>, 14 04 2010.

⁵⁷⁵ Owen Fiss, « Objectivity and Interpretation », 34 *Stanford Law Review* 739, 763 (1982).

« communauté interprétative »⁵⁷⁶ (stratégie de démonstration d'une construction artificielle mais présentée comme indiscutable).

Duncan Kennedy remarque qu'il est difficile de dire comment ces consensus et les « communautés interprétatives » fonctionnent.⁵⁷⁷ Roberto Unger écrit que la présomption de l'existence d'un « consensus moral » est le fond de toutes les écoles des droits et des principes, mais cet « hocus-pocus » les mène vers la simple ratification de ce qui est connu, plus ou moins, comme le droit positif.⁵⁷⁸

CONSTITUTION VIVANTE

Howard McBain (1880-1936) de Columbia introduit le concept de « constitution vivante »⁵⁷⁹ (technique judiciaire de la réanimation de l'idole de bois, particulièrement dans sa variante « instrument vivant »). Selon ce clip publicitaire, Oliver W. Holmes est la personne intelligente et respectée qui propose d'utiliser cette technique, car il a écrit que les dispositions de la Constitution ne sont pas des formules mathématiques mais des « institutions organiques et vivantes ».⁵⁸⁰ Les autres personnes intelligentes et respectées sont Louis D. Brandeis, Woodrow Wilson et Richard Posner.

Le juge Thurgood Marshall (1908-1993) à la Cour suprême étatsunienne soutient que la Constitution doit être interprétée à la lumière du climat moral, politique et culturel du temps.

John Sankey (1866-1948) appelle sa campagne publicitaire « doctrine de l'interprétation progressive ». Il dit que les Actes de l'Amérique du Nord britannique faisant le cœur de la Constitution canadienne sont un « arbre vivant capable de pousser et de s'agrandir dans ses limites

⁵⁷⁶ *Ibid.* p. 744.

⁵⁷⁷ Duncan Kennedy, "A Semiotics of Legal Argument", *op. cit.*, p. 322.

⁵⁷⁸ Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁷⁹ Howard McBain, *Living Constitution*, New York : Workers Education Bureau Press, 1927, P. 349.

⁵⁸⁰ Jack David, Robert B. McKay, *The blessings of liberty— an enduring constitution in a changing world*, New York : Retom House, 1989, p. 265.

naturels ». L'arbre du monde est un objet classique de divinisation dans les sociétés chamaniques.⁵⁸¹ Les lois faisant la Constitution doivent être interprétées différemment des lois ordinaires (technologie à utiliser. L'arbre vivant exige de les examiner dans le contexte de la société et d'assurer que le droit constitutionnel reflète les changements. Si la Constitution adhère à l'intention de ses auteurs (la voix des ancêtres) elle ne sera plus adéquate pour la société et sortira de l'usage (stratégie publicitaire de l'hyperbolisation publicitaire). Les « concepts gelés » vont contre les « réalités de la vie moderne »⁵⁸² (techniques publicitaires de « ceci est la réalité » et de la modernisation).

Gairat Sapargaliev de l'Université kazakh des sciences humaines et juridiques écrit que « l'analyse des idées, principes et normes montre » (personnes intelligentes et respectées qui font « l'analyse ») que la Constitution kazakhe est un « obus puissant donnant l'énergie pour le progrès économique, social, politique et spirituel du pays » (réanimation de l'idole de bois à vendre, technique publicitaire de la modernisation). Il parle de « l'homme scientifique » (Britney Spears) qui déclare que la Constitution englobe non seulement son texte mais aussi les principes, les dispositions déclaratives (technique judiciaire de recorèglisation), les conceptions, les objectifs et les tâches.⁵⁸³

Selon le clip publicitaire d'Oleg Leist de Moscou, le droit est un fait de l'« histoire humaine » (« toi aussi »), l'essence duquel peut être compris au niveau abstrait où les conceptions de sociologie, d'éthique, de psychologie, de politologie et d'histoire se fusionnent. Cette connaissance n'est pas politique ou idéologique, mais universelle.⁵⁸⁴

Thijmen Koopmans, juge à la CEJ de Leiden, exprime sa satisfaction de constater que les juges sont « de moins en moins les esclaves de la lettre » (technique publicitaire de la création de l'enfer par l'introduction d'esclaves).⁵⁸⁵

⁵⁸¹ Tisha Lepp, "Trees", in Mariko Namba Walter, Eva Jane Neumann Fridman (dir.), *Shamanism— an encyclopedia of world beliefs, practices, and culture*, vol. 1, Santa Barbara : ABC Clío, 2004, p. 263.

⁵⁸² John T. Saywell, *The Lawmakers— Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto : University of Toronto Press, 2002, p. 192.

⁵⁸³ Gairat Sapargaliev, *Комментарий Конституции Республики Казахстан*, Almaty : Zhety Zharhy, 1998, p. 3.

⁵⁸⁴ Oleg Leist, « Теория права » in N. Marchenko (dir.), *Общая теория государства и права*, vol. 2, Moscou : Zertsalo, 1998, p. 32.

⁵⁸⁵ Thijmen Koopmans, "Methods of Interpretation" dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, *op. cit.*, p. 78.

ÉCOLE DES DROITS ET DES PRINCIPES

Roberto Unger observe que la plus influente école dans le domaine du droit public est celle des droits et des principes (des esprits) qui, en fait, est peu différente du positivisme et de la légitimation de ce que les juges font.⁵⁸⁶ Selon Unger, cette école a deux options : déclarer qu'il y a un consensus sur l'utilité de sa marchandise ou déclarer qu'il n'y a pas de consensus mais qu'il faut faire comme cela en raison de l'ordonnance d'un ordre juridique transcendant.⁵⁸⁷

David Kennedy les appelle « humanitaires ». Elles adoptent la stratégie de « parler la vérité au pouvoir ».⁵⁸⁸ David Kennedy les critique en raison de l'idolâtrie qu'elles créent autour de nos intentions et routines, en raison de ce qu'elles nous mènent à la conviction que nous savons plus sur ce à quoi la justice peut ressembler que ce que nous faisons.⁵⁸⁹

Gary Minda distingue deux vagues du mouvement des droits fondamentaux (des mouvements humanitaires ou, encore autrement dit, de l'école des droits et des principes). Dans les années 1960s-70s, la première vague fait appel aux valeurs démocratiques et aux normes constitutionnelles.⁵⁹⁰ Ses principes deviendront la « source divine de l'objectivité juridique ». La seconde vague commence en 1970-1980 et est davantage concentrée sur le procès d'interprétation : elles essaient de trouver un cadre interprétatif, tel que le texte de la Constitution, la tradition ou le consensus social. Elles font la publicité pour les « droits » car ces esprits sont un point légitime pour l'intégration de la vision transcendante dans le raisonnement judiciaire.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸⁷ *Ibid* p. 13.

⁵⁸⁸ David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue...*, *op. cit.*, p. xvi.

⁵⁸⁹ *Ibid*. p. xviii.

⁵⁹⁰ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁹¹ *Ibid*. p. 52.

Garry Minda dit qu'il est mieux de classer toutes les représentantes avec leurs théories (campagnes publicitaires) de cette école par le nom de l'auteur. Par exemple, la théorie d'Epstein et la théorie de Dworkin.⁵⁹²

Sergey Alexeev de l'Institut du droit privé à Iekaterinbourg identifie son clip publicitaire comme « humanitaire » : en ajoutant le droit naturel à la vision positiviste (la technique publicitaire du tamponnement). Il parle d'esprits appelés « les droits et libertés de l'homme ». Il dit qu'au cœur du droit positif ne se trouve pas l'obligation mais permission (stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle. Alexeev définit le droit comme « la mesure de liberté socialement fondée ».⁵⁹³ Le droit positif doit être « moralement raisonnable » du point de vue de la société. Le droit naturel, chez lui, est d'abord compris comme comprenant les droits sociaux inaliénables et les intérêts des personnes avec des revenus modestes. La présence des droits sociaux dans le droit positif est exigée par la « civilisation » (création publicitaire du paradis.⁵⁹⁴

Lon Fuller (1902-1978), dont on a déjà parlé dans le cadre de l'école du procès juridique, peut également être classé dans la deuxième vague des droitistes-principistes. Il choisit l'hyperbolisation aspectuelle pour s'opposer à H.L.A. Hart et pour proposer l'interprétation téléologique (l'abus téléologique). Il crée l'esprit de la « moralité interne procédurale du droit » (nommé de telle manière par James Boyle) pour justifier le pouvoir des juges de décider les cas controversés. La marchandise de Hart ne répond pas de manière adéquate au flux du droit étatsunien qui réagit de façon permanente aux contextes factuels, sociaux, économiques et politiques dans les différentes affaires.⁵⁹⁵ Fuller propose la technologie formée en deux parties afin de faire face à la texture ouverte⁵⁹⁶ :

1. les juges n'interprètent pas les mots de manière séparée mais les sections intégrales de la loi (technique judiciaire de l'abus des signes, variante de la structure verbale dépendante de la

⁵⁹² *Ibid.* p. 53.

⁵⁹³ Sergey Alexeev, *Теория права*, Moscou : BEK, 1994, p. 124.

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ James Boyle, "Legal Realism and the Social Contract: Fuller's Public Jurisprudence of Form, Private Jurisprudence of Substance", 78 *Cornell Law Review* 371, 377 (1993).

⁵⁹⁶ Lon Fuller, "Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart", 71 *Harvard Law Review* 662-663 (1958).

technique de la réanimation de l'idole de bois, technique « Notre Planète la Terre est vivante et elle parle avec moi ») ;

2. le « sens du cœur » d'un terme juridique (technique judiciaire « je vois le cœur ») peut être dérivé des objectifs des législatrices (technique judiciaire « la voix des ancêtres »).

Fuller fait la campagne contre la compréhension acontextuelle des concepts juridiques (les techniques judiciaires de la sortie du contexte d'un mouvement, de la proclamation de la lutte éternelle, de l'ignorance contextuelle générale, de l'ignorance contextuelle spécifique, la sortie du contexte des mots.

Hart répond quand même que ces techniques, ainsi que celles vendues par Dworkin, sont insuffisantes pour éviter le besoin de discrétion.⁵⁹⁷ Ces techniques peuvent réduire l'incertitude, mais ne l'élimine pas. Ensuite, Joseph Raz dit qu'il est bizarre de penser qu'on peut faire une distinction entre une application claire et non claire d'un terme, puisqu'on ne peut même pas dire à quoi le terme s'applique et ce à quoi il ne s'applique pas.⁵⁹⁸

David Lyons de Boston continue en apportant une contribution à la campagne de Fuller par une analogie avec la langue normale. Dans la « langue normale » (« toi aussi »), on va au-delà des simples mots pour trouver le sens.⁵⁹⁹

Richard Epstein (né en 1943) de New York qui peut également être classé dans l'école *droit et économie* proclame les droits de propriété comme fondamentaux (technique judiciaire du couronnement et du découronnement d'autres esprits).

Vladik Nersetsyants (1938-2005) de l'Académie des sciences de Russie nomme sa publicité « l'approche libertaire juridique ». Dans le monde spirituel de Nersetsyants, le droit est l'expression normative du principe de l'égalité formelle qui comprend trois composantes : les normes et les

⁵⁹⁷ H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford : Clarendon Press, 1983, pp. 7-8.

⁵⁹⁸ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1979, pp. 73-74.

⁵⁹⁹ David Lyons, « Moral Aspects of Legal Theory », *7 Midwest Studies in Philosophy* 223, 240 (1982).

mesures égales pour tous, la liberté et la justice.⁶⁰⁰ Donc, il fusionne l'iusnaturalisme avec le droit positif et fait le tamponnement.

Nous avons déjà considéré l'intégrisme, la théorie de Dworkin, mais il est opportun pour faire une petite revue de cette campagne. Il choisit la marchandise « le droit à la préoccupation et au respect égaux » pour la déclarer essentielle⁶⁰¹ (couronnement). Il propose trois étapes pour résoudre le problème de la texture ouverte⁶⁰² (la stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle mais présentée en tant qu'indiscutable – variante de la définition pour une situation spirituelle accompagnée d'une énumération) :

1. il y a des canons de l'interprétation statutaire ;
2. il y a le devoir de choisir l'interprétation qui « avance le mieux l'ensemble des principes et des politiques donnant la meilleure justification politique pour la loi au moment où elle a été adoptée » (« Notre Planète la Terre est vivante et elle parle avec moi », l'abus de l'histoire, « la voix des ancêtres »);
3. si la loi reste indéterminée, il faut changer le *status quo* « seulement dans la mesure justifiée par le cœur indiscutable de la langue employée » (« je vois le cœur »).

Il avance qu'une « réponse correcte et unique » est possible même si toutes les juristes ne sont pas d'accord sur le choix des alternatives. Dworkin dit que les « considérations extra-juridiques » ne sont pas nécessaires.⁶⁰³ Mais où est la frontière entre le « juridique » et l' « extra-juridique » ? Pour cette raison, cette manœuvre publicitaire doit rejoindre ce qu'on appelle la stratégie de l'hyperbolisation aspectuelle.

John Finnis attaque la thèse sur la réponse correcte en disant que certaines valeurs sont incommensurables. Nier l'incommensurabilité, c'est comme dire qu'on a trouvé le roman « le plus court et le plus romantique », « le plus drôle et le meilleur » ou « le plus anglais et le plus

⁶⁰⁰ Vladik Nersetsyants, “Философия права: либертарно-юридическая концепция“, 3 *Вопросы философии* 3-15 (2002).

⁶⁰¹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA : Harvard University Press, 1977, pp. 131-150.

⁶⁰² Ronald Dworkin, “No Right Answer?” dans P.M.S. Hacker, J. Raz (dir.), *Law, Morality, and Society*, Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 68.

⁶⁰³ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, p. 79.

profond ». ⁶⁰⁴ Finnis dévoile également la technique de balance ⁶⁰⁵ en tant qu'abus dans la construction de balance.

Dworkin répond à cette critique par la stratégie de l'hyperbolisation aspectuelle. Il dit qu'il y a deux sortes de l'incommensurabilité ⁶⁰⁶ :

1. l'incommensurabilité conceptuelle où les arguments ne peuvent pas être comparés intelligiblement (qui est plus clair ? l'argument de Descartes ou le ciel grec ?) ;
2. l'incommensurabilité substantielle. Dans la pratique juridique, l'incommensurabilité de deux valeurs est la matière d'un argument substantiel. C'est une matière de la moralité politique : Shakespeare ou Molière (technique publicitaire de l'histoire du succès, technique judiciaire « je vois le cœur »).

John Finnis répond que « l'argument substantiel » est le choix de la structure comparative, ce qui détruit la thèse sur la réponse correcte unique. ⁶⁰⁷

L'intégrité de Dworkin doit aussi être vue comme l'expression de la technique publicitaire du tamponnement car elle place la juge entre la déduction et l'idéologie.

Il continue sa stratégie de la démonstration d'une construction artificielle mais présentée en tant qu'indiscutable en décrivant les limites que le droit impose sur les juges. Quand la juge doit choisir entre les versions de la solution cohérente en concurrence, elle peut employer sa « théorie politique personnelle » seulement aux conditions suivantes qui ne sont jamais imposées sur la législature ⁶⁰⁸ :

1. elle doit être capable de défendre sa théorie politique préférée comme offrant l'explication la plus cohérente des données ;
2. l'application doit être orientée vers les principes et non vers les résultats ;

⁶⁰⁴ John Finnis, "On Reason and Authority in *Law's Empire*", 6 *Law & Philosophy* 357, 372 (1987).

⁶⁰⁵ *Idem.* P. 372-374.

⁶⁰⁶ Ronald Dworkin, "On Gaps in the Law" dans P. Amselek, N. MacCormick (dir.), *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, pp. 88-90.

⁶⁰⁷ John Finnis, « Concluding Reflections », 38 *Cleveland State Law Review* 231, 238-241 (1990).

⁶⁰⁸ Ronald Dworkin, "Law as Interpretation", 60 *Texas Law Review* 560 (1982).

3. la priorité doit être donnée aux droits par rapport aux autres politiques.

Duncan Kennedy écrit qu'en effet Dworkin ne fait qu'un remplacement des concepts anciens du juridisme sans apporter quelque chose au niveau conceptuel : il remplace l'« application du droit » par l'« exactitude dans l'interprétation », l'« objectivité » par le « principe » et « le droit contre la politique » par « les droits contre les politiques ».⁶⁰⁹

Erwin Griswold (1904-1994) d'Harvard fait une campagne publicitaire similaire à celle de Dworkin en ce qui concerne l'usage de la technique de création de Britney Spears. Il dit que l'adjudication exige « un grand pouvoir intellectuel, l'intelligence ouverte, curieuse et pleine de ressources, et souvent un courage, notamment, un courage intellectuel, et le pouvoir de s'élever au-dessus de soi »⁶¹⁰ (je dirais que cette Britney est vraiment orgasmique dans le sens deleuzien).

Alexander Bickel (1924-1974) de Yale assimile les juges suprêmes aux « Moïses séculaires » (Britney) qui guident le peuple étatsunien (« toi aussi ») hors du « désert moral » (création de l'enfer).⁶¹¹

Marko Novak de Ljubljana parle de l'« arène démocratique » (création du paradis) où la « confiance publique » exige que les décisions judiciaires soient « consistantes et prévisibles » (technique interprétative à vendre).⁶¹²

Sonia Esperanza Rodriguer Boente de l'université à La Rioja fait la publicité pour l'article 1.4 du Code civil espagnol établissant que « les principes généraux du Droit s'appliquent en l'absence de loi ou de coutume sans préjudice au caractère informatif de l'ordonnance juridique » (« *Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico* »)⁶¹³ – c'est une amulette-porte d'entrée pour la

⁶⁰⁹ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 129.

⁶¹⁰ Erwin Griswold, « The Supreme Court. 1959 Term – Foreword : Of Time and Attitudes – Professor Hart and Judge Arnold », 74 *Harvard Law Review* 81 (1960).

⁶¹¹ Alexander M. Bickel, «The Supreme Court. 1960 Term – Foreword: The Passive Virtues», 75 *Harvard Law Review* 40, 77 (1961).

⁶¹² Marko Novak, « Limiting Courts : Towards Greater Consistency of Adjudication in the Civil Law System » dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, *op. cit.*, p. 100.

⁶¹³ Article 1.4 du Code civil espagnol.

pénétration des esprits couronnés en tant que « généraux » à la pratique régulatrice espagnole. Rodriguer Boente décrit 4 formes de ces esprits⁶¹⁴ :

1. les principes généraux du Droit reconnus explicitement par la loi ;
2. explicitement déclarés par le Tribunal Suprême espagnol ;
3. implicitement déclarés par le Tribunal Suprême espagnol ;
4. les principes reconnus comme fondamentaux (esprits couronnés « fondamentaux »).

Thomas da Rosa de Bustamente d'Aberdeen et Denis Franco Silva de Rio de Janeiro apporte une liste d'esprits couronnés habitant dans les amulettes brésiliennes.⁶¹⁵

John Rawls (1921-2002) continue la campagne publicitaire du contrat social. Il crée la « position originaire » sous la « voile d'ignorance » avant le début de la vie sur la Terre où personne ne sait quel intérêt personnel elle aura sans ce voile, après le début de cette vie (création du paradis. Les gens dans cette position originaire commencent à prendre les décisions justes⁶¹⁶ (histoire du succès).

Charles Reich (né en 1928) de Yale veut rétablir le juridisme basé sur les droits de l'homme. Sa campagne publicitaire s'appelle « jurisprudence de la nouvelle propriété ». Il dit que les titres et les droits (*entitlements*) aux biens (*wealth*) sont une nouvelle forme de la propriété. Il parle des « droits aux intérêts ».⁶¹⁷ En fonction de ce qu'il entend par la voix spirituelle, la propriété pour l'individu est comme le pouvoir pour le gouvernement.⁶¹⁸ Cette vision a été reprise par la Cour suprême étatsunienne⁶¹⁹ et, ensuite, par la Cour européenne des droits de l'homme qui a reconnu le statut de « concept autonome » aux mots « bien » et « propriété ».

⁶¹⁴ Sonia Esperanza Rodríguez Boente, « Los principios generales del derecho en la argumentación jurídica », dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation, op. cit.*, p. 114.

⁶¹⁵ Thomas da Rosa de Bustamente et Denis Franco Silva, « Prospective Overruling : Why and How Italie Sould be Applied (The exemple of the Brazilian Legal System » dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007, p. 124.

⁶¹⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 120.

⁶¹⁷ Charles Reich, «The New Property», *73 Yale Law Journal* 733 (1964).

⁶¹⁸ Charles Reich, « Beyond the New Property : An Ecological View of Due Process », *56 Brooks Law Review* 731, 735 (1990).

⁶¹⁹ *Golberg c. Kelly*, 397 US 254 (1970).

Aharon Barak (né en 1936) de Jérusalem est un des plus grands chamanes et créatrices de publicité qu'on connaît. La Cour suprême israélienne qu'il préside s'est attribué la compétence de la revue abstraite du droit constitutionnel sur sa propre motion. Ses juges assimilent l'« irraisonnable » à l'illégal. Selon Barak, la juge doit construire un pont entre le droit et la société afin de couvrir la lacune qui les divisent⁶²⁰ (création publicitaire du paradis et de l'enfer. Les esprits comme « démocratie », « rationalité », « interprétation », « objectivité », « séparation des pouvoirs » donnent aux juges le pouvoir presque absolu). Barak dit qu'il veut « être guidé par son Étoile polaire, par la justice » (l'Étoile polaire joue le rôle de la personne intelligente et respectée dans la variante « l'esprit divin »). Il déclare que le droit et la justice doivent converger « pour que la Justice fasse justice ».⁶²¹

Barak dit que le droit sans discrétion judiciaire est « un corps sans esprit » (technique publicitaire du langage sexy : la variante du passage au niveau simplifié). Ensuite, il passe au tamponnement et dit que la « discrétion absolue » n'existe pas dans la démocratie et est toujours limitée.⁶²² Barak est accompagné de deux groupes d'esprits-limitations :

1. Limitations procédurales : les esprits de l'équité, de l'impartialité et de la neutralité. De plus, l'usage de la discrétion doit refléter les « valeurs profondes de la société » (technique publicitaire « chaque agricultrice » : variante « tous ». Le but de l'objectivité est d'habiliter la juge à formuler les « principes fondamentaux » (technique judiciaire du couronnement) de la période).⁶²³
2. Limitations substantives : rationnel et raisonnable (technique judiciaire de l'invitation de l'esprit dicéphale classique monozygote). La décision doit être acceptable du point de vue de la « communauté juridique ». Pour les juges, il est « très difficile » d'accomplir une réforme compréhensive dans un domaine juridique entier⁶²⁴ (technique publicitaire de la création de « l'histoire du succès » des limitations). Les juges ne peuvent jamais exercer la

⁶²⁰ Aharon Barak, *The Judge in a Democratic Society*, Princeton : Princeton University Press, 2006, p. 17.

⁶²¹ *Ibid.* 107.

⁶²² Aharon Barak, „The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administrator of Justice” dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Haag: Kluwer Law International, p. 19.

⁶²³ *Ibid.* p. 20.

⁶²⁴ *Ibid.* p. 21.

discrétion d'une certaine manière dans un cas et d'une autre façon dans un autre cas similaire (il invite cet esprit pendant ses rituels).

Barak continue en disant que l'objectif (technique de l'abus téléologique) de chaque texte (amulette) est l'accomplissement des « valeurs basiques » (couronnement) du système juridique (du panthéon spirituel). Ces « valeurs basiques » reflètent « les valeurs éthiques de la moralité et de la justice » (technique judiciaire de l'indication de l'héritier). Ces « valeurs basiques » sont basées sur « les concepts de tolérance, de bonne foi, de rationalité, de proportionnalité et d'honnêteté ». ⁶²⁵ La juge doit exprimer « les valeurs profondes et la vision fondamentale de la société » ⁶²⁶ (technique judiciaire du couronnement). Barak dit qu'il faut équilibrer (abus dans la construction de balance) les principes, qu'il faut utiliser la rationalité (épée de feu « raisonnable ») et la cohérence (« Notre Planète la Terre est vivante et elle parle avec moi »).

Ce n'est qu'après l'emploi de toutes ces techniques que la juge est autorisée à appliquer « ses croyances subjectives ». Ensuite, il dit que « la stabilité sans changement soit une stagnation [création publicitaire de l'enfer]. Changement sans stabilité est anarchie [création de l'enfer 2] », ce qui signifie un passage au tamponnement publicitaire : « le droit, comme un aigle [technique publicitaire de l'invitation d'une personne intelligente et respectée] dans le ciel [création du paradis] n'est stable que quand il bouge ». ⁶²⁷

Il utilise la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle pour dire que le procès législatif est « politique » mais le procès judiciaire est « normatif ». ⁶²⁸ Il dit que si les cours deviennent représentatives, ça sera une « tragédie » (création de l'enfer) car ce sont des « institutions réfléchissantes » (invitation de la personne intelligente et respectée). La démocratie n'est pas seulement une représentation, mais c'est aussi un ensemble des « valeurs basiques », au centre desquelles se trouvent les droits de l'homme. La Constitution est une délégation par le peuple aux juges pour créer le droit constitutionnel par l'interprétation. ⁶²⁹

⁶²⁵ *Ibid.* p. 23.

⁶²⁶ *Ibid.* p. 24.

⁶²⁷ *Ibid.* p. 27.

⁶²⁸ *Ibid.* p. 25.

⁶²⁹ *Ibid.* p. 28.

La Cour de Barak est souvent caractérisée par l'expression « tyrannie judiciaire ». ⁶³⁰ Cette Cour a interdit au gouvernement de nommer une personne qui a commis un crime à un poste officiel même si cette personne a été pardonnée (marchandise au niveau du magasin). Cette Cour a ordonné au gouvernement d'alléger le destin des sans-abris et des pauvres (marchandise au magasin) au nom de la « dignité humaine » (l'esprit couronné, l'esprit a choisi la conception – niveau technologique), a fait des ordonnances militaires, a décidé de la mise en liberté d'un terroriste dans le cadre d'un accord politique, a ordonné de lever le mur de sécurité protégeant Israël contre les terroristes de la Cisjordanie. ⁶³¹ La Cour de Barak a interprété qu'aucun candidat d'un parti antidémocratique ne pourra plus se présenter aux élections. Richard Posner explique cela par la survie de Barak pendant l'Holocauste en Lituanie et l'appelle un « prisonnier de l'expérience ». ⁶³²

David Held (né en 1951) de Londres donne une liste de 8 esprits (principes) cosmopolites ⁶³³ auxquels il veut donner les ailes pour qu'ils volent à destination de tous les systèmes nationaux.

Will Kymlicka de Queen's au Canada donne une liste des amulettes (des actes juridiques) au niveau international protégeant les droits des minorités. ⁶³⁴ Il veut donner les ailes à ces amulettes pour les envoyer à destination des systèmes nationaux.

Brian Bix de Minnesota dit que même les « réalistes juridiques extrêmes » doivent reconnaître l'existence de la « faute juridique » dans le cas où deux cours de la même juridiction prennent des décisions contradictoires sur le même sujet. La reconnaissance de la faute juridique doit les mener à la reconnaissance de la possibilité d'éviter l'abus de déduction. ⁶³⁵ Je dirais que Bix ignore le phénomène de technique judiciaire de la mythologie chaotique appartenant au groupe de l'abus dans la construction du système qu'on a déjà décrit.

⁶³⁰ Caroline B. Glick, "Israel's Judicial Tyranny", *Jerusalem Post*, 18 nov. 2005, p. 24.

⁶³¹ Aharon Barak, *The Judge in a Democratic Society*, *op. cit.*, p. 284.

⁶³² Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 368.

⁶³³ David Held, « Los principios del orden cosmopolita », M Escamilla, M Saavedra (dir.), *Derecho y justicia en una sociedad global*, Granada : Anales de la cátedra Francisco Suárez, 2005, p. 128.

⁶³⁴ Will Kymlicka, « Las bases morales y las funciones geopolíticas de las normas internacionales de los derechos de las minorías : un estudio del case europeo », M Escamilla, M Saavedra, *Derecho y justicia en una sociedad global*, *op. cit.*, p. 163.

⁶³⁵ Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, *op. cit.*, pp. 85-87.

DROIT ET ÉCONOMIE

Le réalisme juridique a donné naissance à toute une série de mouvements *droit et...*, parmi lesquels *droit et économie* est devenu l'un des plus importants. Par contre, il est souvent attaqué comme étant simplement une nouvelle version du juridisme,⁶³⁶ comme projet politique droitiste⁶³⁷ dans le domaine du droit privé.⁶³⁸ Mark Kelman dit que *droit et économie* a été « l'idéologie juridique libérale la plus consommée et la mieux élaborée ».⁶³⁹ Les représentantes de ce mouvement sont également appelées « nouvelles langdelliennes » pour leur foi en la possibilité de construire la jurisprudence conceptuelle sur la base de la théorie économique.⁶⁴⁰

Ronald Coase (né en 1910) de Londres donne un coup d'épaule au mouvement *droit et économie* par sa campagne publicitaire « jurisprudence nouvelle instrumentale et normative ». Il reprend l'utilitarisme de Bentham pour déclarer qu'il faut maximiser le bien (technique judiciaire du don d'épée de feu « effet utile »). Selon lui, il faut déréguler l'État du bien-être (marchandise au magasin) pour minimiser les coûts⁶⁴¹ (création du paradis).

Nicholas Mercuro et Steven G. Medema mènent les racines du *droit et économie* vers les travaux d'Adam Smith (1723-1790), de Llewellyn qui a montré les nombreuses manières dont le droit influence les conditions économiques. Le *droit et économie* considère les règles comme les prix (technique publicitaire des mathématiques) et de tels cas comme la conviction de la personne sans tribunal, la confiscation de la propriété sans compensation, l'impunité d'une conductrice négligentes comme gaspillage des ressources (technique publicitaire de création de l'enfer. Leur

⁶³⁶ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 78.

⁶³⁷ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 116.

⁶³⁸ Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, p. 12.

⁶³⁹ Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987, p. 114.

⁶⁴⁰ Gary Minda, "The Lawyer-Economist at Chicago: Richard Posner and the Economic Analysis of Law", 39 *Ohio State Law Journal* 439 (1978).

⁶⁴¹ Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *Journal of Law and Economics* 19 (1960).

marchandise au niveau du magasin – le modèle optimale économique de la protection des droits de l’homme.⁶⁴²

Richard Posner (né en 1939) de Chicago est un des représentants du *droit et économie* les plus célèbres. Il dit que le deuxième sens de la justice est l’efficience⁶⁴³ (le don d’épée de feu « efficience »). Posner emploie la technique publicitaire du tamponnement pour dire que le *droit et économie* est un « chemin au milieu » entre le formalisme et le réalisme.⁶⁴⁴ Selon lui, la maximisation du bien est le critère pour « mesurer » (technique publicitaire des mathématiques) l’efficience du droit.⁶⁴⁵

Au milieu des années 80, la deuxième génération du *droit et économie* abandonne la vision scientifique de ses parents. Elle essaie de se distinguer des « nouvelles langdalliennes » et d’être plus pragmatique. Les représentants de la deuxième génération préfèrent étudier le comportement des organisations bureaucratiques au lieu de la « théorie » et des modèles économiques.⁶⁴⁶ Richard Posner passe également dans la direction de la deuxième génération. Il ne croit plus que l’analyse économique puisse donner une réponse unique et tout à fait adéquate ; cette analyse doit plutôt être un instrument, parmi d’autres, pour résoudre des problèmes.⁶⁴⁷

Lewis Kornhauser de New York continue à croire qu’une règle peut être fructueusement expliquée par la théorie microéconomique. Il essaie de résumer le corps de la deuxième génération⁶⁴⁸ :

1. créance comportementaliste – l’économie peut donner une théorie utile pour la prévision du comportement ;
2. créance normative – le droit doit être efficient ;
3. créance positive – le droit commun est, en fait, efficient ;

⁶⁴² Nicholas Mercuro et Steven G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, 2e édition, Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 51.

⁶⁴³ Par exemple, Richard Posner, *The Economic of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, p. 106.

⁶⁴⁴ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1993, p. 441-442.

⁶⁴⁵ Richard Posner, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, 8 *Journal of Legal Studies* 103 (1979).

⁶⁴⁶ Minda, *Postmodern Legal Movements...*, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁴⁷ Posner, *The Problems of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 459-460.

⁶⁴⁸ Lewis Kornhauser, « The Great Image of Authority », 36 *Stanford Law Review* 354-355 (1984).

4. créance génétique – le droit commun choisit les règles efficaces même si chaque règle ne peut être efficace.

Roberta Romano de Yale veut créer un discours compréhensible entre les différentes écoles juridiques afin de faciliter la communication.⁶⁴⁹ Bruce Ackerman de Yale répond en proposant une « langue commune » basée sur la langue du droit et économie puisque, selon lui, cette langue garde « la ligne principale de conversation mais dans une direction plus constructive ».⁶⁵⁰

PRAGMATISME JURIDIQUE

Richard Posner va du *droit et économie* vers le pragmatisme. Il encourage les juges à compter sur l'intuition, sur le sens commun et sur le « raisonnement pratique » (« ceci est la réalité ») que les « penseuses » (Britney Spears) utilisent chaque jour.⁶⁵¹ Il dit que les juges sont des « raisonneuses intuitives » (Britney Spears) et que la pensée créative est inconsciente.⁶⁵²

La majorité des juges aiment, comme la majorité des artistes, faire un « bon travail » (technique judiciaire pour laquelle il fait de la publicité). Elles veulent être de « bonnes juges » (Britney Spears). Personne ne peut être considéré comme une « bonne juge » si elle est corrompue, si elle décide des cas tirant à pile ou face, en s'endormant dans la salle de la Cour et en ignorant la doctrine juridique, en n'étant pas capable de décider, en fondant sa décision sur l'attractivité des litigants et de leurs avocates (technique publicitaire de création des histoires du succès). La majorité des juges étatsuniennes travaille beaucoup et bien souvent même après l'âge de la retraite sans perdre leur salaire. Autrement dit, elles continuent à travailler pour rien (histoire du succès).⁶⁵³

Les juges innovatrices, comme les artistes innovatrices, lancent un défi aux « standards acceptés » (techniques publicitaires de création de la modernité, de l'histoire du succès avec les

⁶⁴⁹ Roberta Romano, "Metapolitics and Corporate Law Reform", 36 *Stanford Law Review* 923 (1984).

⁶⁵⁰ Bruce Ackerman, *Reconstructing American Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984, p. 29, 79-80.

⁶⁵¹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 459-460.

⁶⁵² Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁵³ *Ibid.* p. 61.

artistes et de l'invitation des personnes intelligentes et respectées dont les artistes sont). Posner définit la juge pragmatiste comme suit :

1. elle est une pragmatiste contrainte. Une juge peut être politique sans être pragmatique. Une idéologue n'est pas une pragmatiste. Il donne une histoire du succès : la majorité des juges opposent le droit à l'avortement en raison de la croyance religieuse.⁶⁵⁴ Les juges peuvent être politiques mais elles doivent être politiquement indépendantes.⁶⁵⁵ La Présidente ou la députée qui a soutenu la juge ne peut plus avoir d'influence sur sa carrière sur le marché de travail⁶⁵⁶, surtout que l'avancement est très rare aux Etats-Unis.⁶⁵⁷ Le taux de promotion des juges ne s'élève qu'à 6 % dans le système anglo-saxon.⁶⁵⁸ Il fait la publicité pour la juge politique en disant que dès que la juge est nommée, elle ne peut pas devenir un « eunuque politique complet »⁶⁵⁹ (création publicitaire d'un personnage malchanceux).

Posner dit que les juges à une cour d'appel sont des « législatrices occasionnelles ». Le « montant de la législation » dépend de sa « taille de rationalité ». L'expérience élargit cette taille, puisque les juges deviennent mieux informées et réalistes. Par contre, la taille de rationalité suit une courbe en U relativement à l'habilité intellectuelle. Les plus intelligentes comprendront vite comment la rationalité judiciaire fonctionne et les moins intelligentes ne seront pas capables de bien comprendre et d'analyser la jurisprudence actuelle et pourront être atteintes par des appels émotionnels.⁶⁶⁰

⁶⁵⁴ *Ibid.* p. 12.

⁶⁵⁵ *Ibid.* p. 28.

⁶⁵⁶ *Ibid.* p. 57.

⁶⁵⁷ *Ibid.* p. 59.

⁶⁵⁸ *Ibid.* p. 134.

⁶⁵⁹ *Ibid.* p. 73.

⁶⁶⁰ *Ibid.* p. 86.

Par contre, la Cour suprême étatsunienne est presque tout le temps un organe politique. Il conclut même que le Parlement étatsunien est tricaméral.⁶⁶¹ Posner distingue deux formes du jugement politique : modéré (pour lequel il fait la publicité) et agressif⁶⁶² (création de l'enfer). La « juge modeste » (Britney Spears, tamponnement) réfléchit de façon très approfondie avant de prendre l'action pour vérifier la constitutionnalité de ce que les autres branches du gouvernement font.⁶⁶³ La juge modeste est toujours une politicienne mais elle est timide. Posner donne l'histoire du succès illustrant le comportement de la juge modeste – la Chambre de Lords britannique après son pouvoir a été limitée au simple retardement d'entrée en vigueur de la législation adoptée par la Chambre des communes.⁶⁶⁴

2. Elle est contrainte par l' « opinion publique ». ⁶⁶⁵ La majorité des juges sont au courant du criticisme dans les médias et dans les travaux académiques⁶⁶⁶ et elles n'aiment pas être critiquées ni écrire des opinions dissidentes.⁶⁶⁷ En raison d'une haute visibilité, les contraintes politiques s'exercent plus fortement sur les juges de la Cour suprême que sur celles des cours inférieures.⁶⁶⁸

De plus, il y a des contraintes institutionnelles car la Constitution étatsunienne limite chaque branche du gouvernement fédéral en les mettant en concurrence. Le Congrès change les lois, augmente les salaires des juges, le nombre des juges, et les juges doivent attendre jusqu'à ce que la constitutionnalité d'une loi soit contestée⁶⁶⁹ (démonstration publicitaire des histoires du succès).

⁶⁶¹ *Ibid.* p. 198.

⁶⁶² Posner, "Foreword: A Political Court", *op. cit.*, p. 34.

⁶⁶³ *Ibid.* p. 54.

⁶⁶⁴ *Ibid.* p. 55.

⁶⁶⁵ Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶⁶ *Ibid.* p. 39.

⁶⁶⁷ *Ibid.* p. 32.

⁶⁶⁸ *Ibid.* p. 150.

⁶⁶⁹ *Ibid.* p. 156.

Le pragmatisme se concentre plus sur les « effets » d'une décision judiciaire que sur la « langue »⁶⁷⁰ (techniques judiciaires de l'abus des conséquences, de l'attribution de l'épée de feu « effet utile », de l'argument purement pratique). La juge pragmatiste ne choisit pas nécessairement les conséquences qu'elle préfère mais celles qu'elle pense que la législature veut également⁶⁷¹ (« la voix des ancêtres »). Une « bonne juge pragmatiste » (Britney Spears) balance (abus dans la construction de balance) les conséquences spécifiques pour l'affaire et les conséquences systémiques (« Notre Planète la Terre est vivante et elle parle avec moi »). Elle ne veut pas que le système devienne trop instable⁶⁷² (création publicitaire de l'enfer). Il donne une histoire vive pour illustrer tout ça – la décision dans *Clinton c. Jones* n'était pas pragmatique puisque les juges ont laissé paralyser l'administration de Bill Clinton par le scandale avec Mlle Lewinsky.⁶⁷³

En faisant référence à John Dewey (1859-1952) de Columbia, à Holmes et à Brandeis, Posner dit que le caractère très important du pragmatisme juridique est l'expérimentation – les États doivent devenir des laboratoires de l'expérimentation sociale (création publicitaire de la modernité). Néanmoins, cette expérimentation doit être accompagnée du « principe fondamental de la modestie judiciaire ».⁶⁷⁴

Posner emploie la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle et dit qu'il y a des différences profondes entre les structures juridiques des différents pays, ce qui signifie que le cosmopolitisme judiciaire (la technique du don des ailes) doit être rejeté par les consommatrices.⁶⁷⁵ Pour mieux convaincre la consommatrice de ne pas utiliser cette technique juridique, il crée l'enfer – il parle d'Israël qui est identifiée comme la « tyrannie judiciaire »⁶⁷⁶ gouvernée par la Cour Suprême présidée par Aharon Barak.⁶⁷⁷ Le don des ailes pour les esprits israéliens pour qu'ils volent à destination des Etats-Unis jettera ce pays de manière similaire dans l'enfer.

⁶⁷⁰ *Ibid.* p. 40.

⁶⁷¹ *Ibid.* p. 194.

⁶⁷² *Ibid.* pp. 202-203.

⁶⁷³ Posner, "Foreword: A Political Court", *op. cit.*, p. 92.

⁶⁷⁴ *Ibid.* p. 91.

⁶⁷⁵ Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁷⁶ Caroline B. Glick, "Israel's Judicial Tyranny", *Jerusalem Post*, 18 nov. 2005, p. 24.

⁶⁷⁷ Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, pp. 364-367.

Afin de prouver que l'école du procès juridique se trompe, Posner emploie la technique publicitaire de l'idiotisation et dit qu'Henry Hart est « *naïve to the point of almost total cluelessness, or intellectually dishonest* » quand il parle de la division des tâches entre les agences administratives, etc.⁶⁷⁸ Hart essaie de lier les abus à l'absence du temps suffisant pour l'administration judiciaire pour lui permettre de considérer chaque affaire avec tous ses faits. Posner répond que le juridisme ne peut être rétabli de cette manière car les juges étatsuniennes ont suffisamment d'assistantes.⁶⁷⁹

Posner emploie la stratégie publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle pour expliquer les « choses qui ont tué le réalisme et l'éccl »⁶⁸⁰ :

1. exagération de la zone ouverte, parfois impliquant que tous les cas sont indéterminés ;
2. le caractère intentionnel imputé aux juges. Les juges ne sont pas pleinement conscientes des croyances qui déterminent leurs votes judiciaires. Autrement dit, ils sont souvent sincères.

Juge Stephen Breyer à la Cour suprême étatsunienne appelle sa campagne également « pragmatisme juridique », mais il y a des différences assez importantes entre lui et Posner. Breyer se concentre sur la « législature raisonnable » – la législature est un groupe de « personnes raisonnables » (technique publicitaire d'invitation d'une personne intelligente et respectée, technique judiciaire « la voix des ancêtres ») « qui poursuit raisonnablement » (technique judiciaire de l'attribution de l'épée de feu « raisonnable ») « des objectifs raisonnables » (technique judiciaire de l'abus téléologique. Il dit que même si cela est une « fiction », elle est utile pour traduire la volonté populaire (technique publicitaire « chaque agricultrice » le veut) en « politique sensée ».⁶⁸¹

David Beatty de Toronto lance sa propre version du pragmatisme juridique : la proportionnalité (technique judiciaire « l'esprit a choisit la conception ») et la technique de l'abus dans la

⁶⁷⁸ Posner, "Foreword: A Political Court", *op. cit.*, p. 60.

⁶⁷⁹ *Ibid*, p. 61.

⁶⁸⁰ Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁸¹ Stephen Breyer, « Judicial Independence : Remarks by Judge Breyer », 95 *Georgetown Law Journal* 903, 904 (2007).

construction de balance) fait le pragmatisme « le meilleur qu'il peut probablement être » (création du paradis). Beatty est aussi en faveur du don des ailes.⁶⁸²

THÉORIE DE LA MORALISATION

Anthony Giddens (né en 1938) de Londres fait la publicité pour « la rémoralisation de la vie sociale », car la société dégrade⁶⁸³ (technique publicitaire de création de l'enfer).

Jürgen Habermas (né en 1929) de Francfort fait la publicité pour la « moralisation de la politique internationale » (technique juridique) et, particulièrement, pour l'initiative des néoconservatrices étatsuniennes de remplacer la « juridification des relations internationales » par cette moralisation afin de légitimer la deuxième guerre en Irak.⁶⁸⁴ Cette guerre n'est plus un intérêt national (technique judiciaire de l'abus des intérêts) justifié juridiquement mais moralement.⁶⁸⁵ Cette approche, selon lui, mène au paradis publicitaire – de la *staatsbürgerliche Verfassung* (constitution civile d'État) à la *weltbürgerliche Verfassung* (constitution civile du Monde) et à l'*allgemeiner Völkerstaat*⁶⁸⁶ (l'État universel des nations). Habermas dit qu'il est remarquable que la superpuissance (Etats-Unis) ait une constitution libérale. Les citoyennes de la communauté politique démocratique vont un jour comprendre que les pratiques du gouvernement ne correspondent pas aux prétentions⁶⁸⁷ (variante du paradis publicitaire : la société du futur). La *weltbürgerliche Verfassung* doit être entourée par le *Verfassungspatriotismus* (patriotisme constitutionnel). L'*allgemeiner Völkerstaat* est possible car les jugements de valeurs sont apolitiques et ces considérations, ces droits, la moralité et l'utilité sont

⁶⁸² David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp.33-35.

⁶⁸³ Anthony Giddens, *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, London: Polity, 1991, pp. 207, 224.

⁶⁸⁴ Jürgen Habermas, “¿Es aún posible el proyecto kantiano de la constitucionalización del derecho internacional?” dans M. Escamilla, M. Saavedra (dir.), *Derecho y justicia en una sociedad global*, op. cit., p. 115.

⁶⁸⁵ *Idem*. 116.

⁶⁸⁶ *Idem*. 117.

⁶⁸⁷ *Idem*. 126.

« universalisables ». ⁶⁸⁸ Habermas propose d'utiliser le « discours éthique » ⁶⁸⁹ pour arriver à cette moralisation.

DÉCONSTRUCTION TRANSCENDANTE

Jack Balkin en décrivant la déconstruction remarque l'existence de la déconstruction transcendante qui se définit par la supposition de l'existence de valeurs humaines transcendantes qui sont articulées dans la culture mais qui ne peuvent jamais être capturées par la culture. ⁶⁹⁰

ROMANTICISME JURIDIQUE

Martti Koskenniemi (né en 1953) d'Helsinki est souvent identifié comme un « romantique juridique ». ⁶⁹¹ Il fait la publicité pour l'« éthique de responsabilité » de la part des preneuses de décision et pour les droits de l'homme. Selon Koskenniemi, l'éthique de responsabilité est l'« amour » ⁶⁹² et les droits de l'homme sont également l'« amour » (technique publicitaire de la démonstration de la famille. L'amour est à la fois nécessaire et impossible (histoire du succès. La routine tue l'amour. Les droits de l'homme traduisent le désir de créer le droit en dehors du politique, une normativité qui serait opposable aux politiques ⁶⁹³ (stratégie publicitaire de la démonstration du bien-être).

Koskenniemi demande que faire face à la perte de la foi et donne sa réponse publicitaire. Il ne faut pas abandonner le discours des droits de l'homme, puisqu'« il n'existerait plus aucune autre langue grâce auquel le conflit politique pourrait être résolu » (création de l'enfer). Il dit qu'il faut continuer

⁶⁸⁸ Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, trad. de Christian Lenhardt et Shierry Nicholsen, 6e éd., Cam. Mass.: Massachusetts University Press, 1999 (1983), pp. 111, 114.

⁶⁸⁹ *Ibid.* p. 76.

⁶⁹⁰ Balkin, « Deconstruction's Legal Career », 27 *Cardozo Law Review* 719, 739 (2005).

⁶⁹¹ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁹² *Ibid.* p. 164.

⁶⁹³ *Ibid.* p. 203.

à discuter sans croire.⁶⁹⁴ Ensuite, le créateur de la publicité jette la technique « personne malchanceuse » et dit que « la volonté du réalisme d’opposer directement le pouvoir au vice, sans la médiation de l’éthique (ou de l’idéologie) » est l’ « héroïsme tragique ». Accompagnée de la technique « le personnel de Coca Cola ne boit que de Pepsi » : il affirme que l’absence d’éthique ou d’idéologie chez les réalistes est aussi une position éthique/idéologique.⁶⁹⁵

Le créateur de publicité continue en disant que la foi, comme l’amour, n’est pas basée sur la raison.⁶⁹⁶

François Ost et Michael van de Kerchove classifient la campagne publicitaire de Koskenniemi comme le « point de vue externe modéré » qui consiste « à rendre compte du point de vue interne du droit sans adopter celui-ci », sans apporter non plus à celui-ci sa justification ultime⁶⁹⁷ ou ce qu’on appelle le tamponnement. Koskenniemi crée deux extrêmes : l’utopisme du juridisme, ou la croyance en existence du droit international qui gère actuellement les relations factuelles, et l’apologie des réalistes qui se concentrent sur le pouvoir et le rend indissociable de ce qui est compris comme « droit ».⁶⁹⁸ Le réalisme, selon lui, nie que le « droit » peut influencer le pouvoir et cette école affirme que le droit est un reflet passif du pouvoir.⁶⁹⁹ Le réalisme est également mauvais car il est une vision « instrumentaliste externe » tandis que la vision « instrumentaliste interne » pour laquelle Koskenniemi fait la publicité est bonne.⁷⁰⁰

Plus un argument (principe, norme, doctrine) devient concret, plus il se fonde sur ce qui existe – plus il perd sa capacité à s’opposer face au pouvoir effectif et il devient une apologie du *statu quo* politique.⁷⁰¹ L’assimilation de l’écd et du postmodernisme à l’apologie et au cynisme est une stratégie publicitaire de Koskenniemi de l’hyperbolisation aspectuelle.

⁶⁹⁴ *Ibid.* p. 200.

⁶⁹⁵ *Ibid.* p. 117.

⁶⁹⁶ *Ibid.* p. 214.

⁶⁹⁷ François Ost et Michael van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, 1988, p. 28.

⁶⁹⁸ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁹⁹ *Ibid.* p. 99.

⁷⁰⁰ *Ibid.* p. 111.

⁷⁰¹ *Ibid.* p. 58.

La solution de ce problème est le tampon de Koskenniemi. Selon lui, toutes les dichotomies comme positivisme / iusnaturalisme, consentement / justice, autonomie / communauté sont à la fois logiquement opposées et inévitablement liées.⁷⁰² Ce tampon suppose qu'on peut donc adopter une position qui n'est plus naïve, ni chargée métaphysiquement comme autrefois et qui permet de refonder la raison et une certaine universalité de valeurs après la déconstruction opérée par l'ensemble des courants post-heideggériens comme ceux de Foucault, de Wittgenstein et du postmodernisme.⁷⁰³ Pour renforcer la nécessité de son tampon, Koskenniemi dit que ni le « formalisme », ni le « réalisme » ne sont « vraiment » (technique publicitaire « ceci est la réalité ») pris (« pris » en général par chaque agricultrice – technique publicitaire) au sérieux.⁷⁰⁴ C'est le tampon qui doit être pris au sérieux.

La création de cette publicité se spécialise dans le tamponnement. Il montre deux attitudes envers le droit : la « foi sincère » ou l'amour du juridisme et le « cynisme » du réalisme. Il faut remarquer que Koskenniemi ne fait aucune référence à l'école cynique antique, ce que soulève le doute que j'ai qu'il ait vraiment analysé le concept du « cynisme » de manière sérieuse, mais aurait préféré créer une autre conception du cynisme, différente de ce que Diogène de Sinope (413-327 av. J.-C.) voulait dire par ce mot. Selon notre créateur de publicité, le scepticisme cynique se résume par l'attitude « tout peut aller »,⁷⁰⁵ ce qui se distingue de la définition authentique grecque. Ces deux attitudes sont pleines de vices, donc il crée le tampon qu'il nomme « engagement » qui est en même temps la manifestation d'un scepticisme professionnel et l'attachement à l'idée du droit.⁷⁰⁶ L'engagement ne se base ni sur la vérité ni sur la foi, il implique toujours une certaine part de doute, d'incertitude quant à savoir s'il est réellement justifié, s'il est susceptible de donner lieu à une pratique et une identité suffisamment stable.⁷⁰⁷ Koskenniemi crée sa Britney Spears publicitaire – la « juge engagée » qui est contraire au démon qui s'appelle « juge cynique » ou ayant mauvaise foi.⁷⁰⁸

⁷⁰² *Ibid.* p. 17.

⁷⁰³ *Ibid.* p. 35.

⁷⁰⁴ *Ibid.* p. 68.

⁷⁰⁵ *Ibid.* p. 407.

⁷⁰⁶ *Ibid.* p. 361.

⁷⁰⁷ *Ibid.* p. 374.

⁷⁰⁸ *Ibid.* p. 378.

Koskenniemi emploie la technique publicitaire de l'hyperbolisation aspectuelle et dit que le réalisme présuppose que la vérité du scepticisme serait la seule vérité invulnérable au scepticisme lui-même. Il faut remarquer que Duncan Kennedy se trouve précisément en opposition au nihilisme métaphysique.⁷⁰⁹

Le créateur de publicité continue que la déconstruction est une simple convention culturelle et historique, un style avec un potentiel émancipateur. Par contre, je lierais le postmodernisme avec l'inflation de la pensée classique, ce qui représente quand même un pas dans l'autre direction par rapport à cette inflation. Tout comme l'universalisme kantien, Koskenniemi soutient qu'il y a toujours le risque que la déconstruction soit transformée en un moyen de légitimation du *statu quo*.⁷¹⁰ Oui, la déconstruction n'est qu'une méthode et puis c'est à vous de choisir ce que vous faites avec cette méthode. L'écd fait la publicité pour une approche gauchiste.

Koskenniemi fait la distinction entre le « fait » et le « droit » (stratégie publicitaire de la démonstration d'une construction artificielle mais présentée comme indiscutable). Il donne l'histoire du succès pour illustrer cette construction. Le « fait pur » est, dans cette histoire, l'esprit du fait accompli – l'occupation effective du Groenlet par le Danemark et le « droit » est l'esprit de l'étendu de la reconnaissance générale de la souveraineté norvégienne sur l'île. Cela signifie que le « droit » doit être opposable au « fait pur » ou au pouvoir (stratégie publicitaire de la démonstration du bien-être général).⁷¹¹ Il donne encore une histoire du succès du fonctionnement de son point de vue : l'occupation des pays baltes par l'Union soviétique. Le « droit » protégeant les baltes contre le « fait pur » de l'agression soviétique.⁷¹² Ici, la juriste russe dirait que les baltes ont elles-mêmes invité l'armée soviétique pour se protéger des menaces des nazies.

Le tampon de Koskenniemi, sa proposition quant à la possibilité d'éviter l'« utopie » et l'« apologie » consiste en la « réhabilitation de la politique en droit international » – la « seule voie réaliste »⁷¹³ (technique publicitaire de révolte spectaculaire).

⁷⁰⁹ Duncan Kennedy et Peter Gabel, "Roll over Beethoven", *op. cit.*, p. 14.

⁷¹⁰ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 407.

⁷¹¹ *Ibid.* p. 73.

⁷¹² *Ibid.* p. 74.

⁷¹³ *Ibid.* p. 96.

Koskenniemi regrette que les diplomates au Conseil de sécurité des Nations Unis n'aient ni l'intérêt, ni le temps, ni les ressources pour effectuer le travail de l'application du droit onusien « correctement »⁷¹⁴ et servir l' « intérêt commun ».⁷¹⁵ Il parle du « droit » qui est la « culture de travail » d'une « gentille civilisatrice » (Britney Spears) au sein de l'ONU. Cette culture ouvre les conceptions et pratiques de la sécurité internationale au débat public et augmente la responsabilité des institutions gouvernementales à l'égard de l'interprétation qu'elles font du concept de « politique sécuritaire ».⁷¹⁶

Koskenniemi aime⁷¹⁷ la publicité de Philip Alston qui montre l'histoire du succès avec le jeu des cartes : les droits de l'homme sont des « atouts » et « peuvent constituer un fondement valable de l'ordre social sans qu'ils soient rigides, absolus ou éternels » et ils sont « aptes à transcender partiellement les institutions qui leur ont donné naissance ».⁷¹⁸

Le créateur de publicité donne une histoire du succès : « la condamnation mondiale de la guerre » menée par les étatsuniennes « contre le terrorisme » est « précisément le recours au droit ». La deuxième guerre contre l'Irak et la base de Guantanamo n'étaient pas simplement mauvaises mais « illicites » (marchandise au magasin. Il emploie la technique « chaque agricultrice » et dit que « la plupart des gens » sont capables de s'imaginer dans la position des afghanes et des irakiennes.⁷¹⁹

THÉORIE DE L'HASARD

Oren Perez de l'université Bar Ilan propose la méthode du hasard, de la loterie en tant qu'alternative à la façade de la cohérence. Le hasard garantit l'impartialité dans la prise de la décision

⁷¹⁴ *Ibid.* p. 107.

⁷¹⁵ *Ibid.* p. 109.

⁷¹⁶ *Ibid.* p. 142.

⁷¹⁷ *Ibid.* p. 195.

⁷¹⁸ Philip Alston, „Introduction” dans Philip Alston (dir.), *Human Rights Law*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1996, p. xvi-xvii.

⁷¹⁹ Koskenniemi, *La politique du droit international*, *op. cit.*, p. 319.

judiciaire.⁷²⁰ Cette méthode a déjà été dans l'usage de la Cour suprême israélienne. La terre publique a été partagée par hasard en Israël.⁷²¹ C'est également une bonne manière pour diviser les billets pour l'exception au service militaire⁷²² (histoires publicitaires du succès).

LA MAGIE EN TANT QUE FORME LÉGITIME DE LA RATIONALITÉ JURIDIQUE

Jessie Allen de New York est d'accord sur ce que le droit fonctionne comme la magie, mais ne partage pas la vision des réalistes quant au fonctionnement de la magie. Allen pense que la magie est rationnelle. Les mots comme « complicité » et « protection égale » sont des termes magiques, mais ils évoquent de « riches récits contextuels », des affaires et des décisions par lesquels les droits et les obligations ont été développés. Elle soutient que la magie est une mode authentique de pratique juridique et n'est pas une corruption dans l'interprétation juridique. Allen fait référence à Thurnold Arnold qui disait que le tribunal ne solutionne pas les conflits sociaux de manière métaphysique, mais donne l'opportunité de discuter de ces problèmes d'une façon cohérente. Selon Allen, le mode rituel et magique d'adjudication peut coexister avec la prise de décision rationnelle et donner un mécanisme pour « les applications des normes juridiques avec une force morale et affective du sens normatif qui se développe par l'expérience qu'on vit »⁷²³ (techniques publicitaires « ceci est la vérité » et révolte spectaculaire, techniques judiciaires de l'attribution de l'épée de feu et de la proclamation de la lutte éternelle).

⁷²⁰ Oren Perez, "The Institutionalisation of Inconsistency: From Fluid Concepts to Random Walk" dans Oren Perez and Gunther Tuebner (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 136.

⁷²¹ *Ibid.* 139.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ Allen, "Law as Magic", *op. cit.*, p. 843.

CHAPITRE 2. L'ASSORTIMENT DES MARCHANDISES DE L'ÉCD AINSI QUE DES VENDEUSES SIMILAIRES.

Après avoir revu les marchandises et les techniques publicitaires du juridisme, nous passerons à une brève revue de ce qui est proposé à acheter par l'écd ainsi que par les vendeuses similaires. Normalement, ce sont des idées gauchistes, mais il est évident que la même méthodologie peut être instrumentalisée par des courants politiques diamétralement opposés.

L'écd est un courant de gauche qui se distingue néanmoins du marxisme juridique par quelques attitudes et marchandises⁷²⁴ :

1. Les écd ne disent tout simplement pas que le droit est un masque pour le privilège et l'exploitation mais soutient que les récits juridiques participent à la construction de ces réalités.
2. Les écd ne reprennent pas l'idée qu'il faut avoir une crise cataclysmique du capitalisme pour passer vers un ordre complètement nouveau.
3. Les écd attaquent la hiérarchie illégitime au sein des races, des classes et des sexes.
4. Une grande partie des injustices dans la vie sociale est composée par les plus petites, les plus routines et les plus ordinaires interactions de la vie quotidienne.

Antonio Gramsci (1891-1937) de Rome propose au niveau pratique de renforcer l' « imagination des ordres alternatifs » afin de renverser l'hégémonie ou la situation où les dominées et les dominantes ont la même vision du monde, d'émanciper les classes dominées, de transformer la société et de passer, finalement, dans un mode de vie plus progressif.⁷²⁵ Les gens ne se révoltent que quand la situation semble être injuste et altérable.

Roscoe Pound critique la liberté de contrat qui suppose que la travailleuse est libre de partir n'importe quand et que l'employeuse est toujours libre de licencier. L'esprit de la liberté de contrat

⁷²⁴ Gordon, "Some Critical Theories...", *op. cit.*, p. 644.

⁷²⁵ Antonio Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks*, trad. de Quintin Hoare et Geoffrey Nowell-Smith, New York: International Publishers, 1971, p. 195-196, 246-247.

exagère l'importance des droits privés en défavorisant la société en général. Pound se prononce contre la jurisprudence mécanique en raison de son soutien aux intérêts de la droite politique.⁷²⁶ Jérôme Frank attaque le juridisme pour « l'adoration judiciaire excessive du laissez-faire ».⁷²⁷ Joseph Redlich de Vienne attaque le droit commun pour sa « méthode élitiste » qui exclut les pauvres de la compréhension des pratiques régulatrices.⁷²⁸

Fred Rodell se prononce en faveur des politiques comme la Loi nationale sur les rapports syndicaux aux États-Unis et contre les chamanes anti-gauchistes,⁷²⁹ mais il va encore plus loin. Il propose d'abolir les juristes et Le Droit. Il insiste que les pratiques régulatrices doivent être simplifiées pour qu'un homme simple puisse les comprendre. Rodell reconnaît que l'abandon du Droit n'est pas une solution facile et rapide à effectuer. Mais il note qu'il était difficile de renverser les prêtres aux Moyens Ages. Il a été encore plus difficile de s'opposer au féodalisme quand le féodalisme était la forme universelle de gouvernement. Rodell se prononce contre l'enseignement du Droit aux universités, puisque cette activité nuira plus à une « juge de justice » qu'elle ne l'aidera. Le réaliste juridique propose de commencer, par exemple, par le remplacement de la Cour suprême par une Commission suprême ou quelque chose à autre, et, ensuite, de criminaliser la pratique du Droit pour l'argent pour faire un pas réel vers la destruction du Droit.

Il ne pense pas que l'abolition du Droit mènera au chaos ou à l'anarchie car il a confiance dans les « tendances civilisées de la nation ».⁷³⁰ Rodell, l'écrit et les postmodernistes délégitimant le droit ne mènent pas non plus à la dictature ou au régime nazi comme le faisait Carl Schmitt. Le totalitarisme proclame la vérité absolue tandis que les critiques et les postmodernistes aiment douter.⁷³¹

Roberto Unger développe la doctrine déviationniste qui consiste à prendre les arguments et les pratiques connus et respectés au sein d'un contexte institutionnel et à les transférer dans un autre. Par exemple, la « démocratie économique » consiste à prendre les normes de démocratie – les

⁷²⁶ Roscoe Pound, "Liberty of Contract", 18 *The Yale Law Journal* 454 (1909).

⁷²⁷ Opinion dissidente du juge Jérôme Frank dans l'affaire *M. Witmark & Sons c. Fred Fisher Music Co*, 125 F.2d 949 (Cour d'Appel du 2^e arrondissement).

⁷²⁸ Joseph Redlich, *The Common Law and the Case Method in American University Law Schools*, New York: Carnegie Foundation, 1914.

⁷²⁹ Fred Rodell, *Woe unto you, Lawyers!*, New York : Pageant Press, 1939, p. 60.

⁷³⁰ *Ibid.* p. 183.

⁷³¹ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 363.

gouvernantes sont responsables devant les gouvernées, les gouvernées participent dans l'élaboration des règles les gouvernant – et à les appliquer dans l'économie et sur le lieu de travail.⁷³² Plus de transparence, plus de légalité, plus de démocratie et plus d'éducation. Il faut investir dans l'enseignement. Il faut démocratiser le marché, rendre les individus capables d'agir et de généraliser l'expérimentation dans tous les domaines de la vie sociale.⁷³³ Il faut radicaliser la concurrence par des moyens négatifs comme la lutte contre les concentrations et par des moyens affirmatifs comme le soutien pour les entreprises qui débutent.⁷³⁴

Il faut radicaliser l' « expérimentalisme démocratique ». L'adversaire de ce projet est le « conservatisme institutionnel » allant à l'encontre de la démocratie sociale.⁷³⁵ Le « fétichisme institutionnel » est la croyance selon laquelle les concepts abstraits institutionnels, comme la démocratie politique, le marché économique et une société civile libre, n'ont qu'une seule expression institutionnelle naturelle et nécessaire.⁷³⁶ Par contre, il faut libérer le « développement arrêté de la pensée juridique » afin que l'analyse juridique devienne l'imagination institutionnelle.⁷³⁷

Roberto Unger distingue trois types de politique⁷³⁸ :

1. politique révolutionnaire qui cherche à substituer tout l'ordre institutionnel existant ;
2. politique routine des négociations de répartition des coûts et des bénéfices ;
3. politique transformative consistant en des innovations institutionnelles facilitant le compromis civil, en la démocratie directe, en la décentralisation administrative, en la pratique fréquente de réformes et en la multiplication d'expériences sociales. La politique transformative qu'Unger vend est une révolution systématique, une *civilisation des expérimentatrices*.

⁷³² Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*

⁷³³ Roberto Unger, "España y su Futuro", 11 2009, disponible sur <http://www.law.harvard.edu/unger/english/docs/europe2a.doc>, 14 04 2010.

⁷³⁴ Roberto Unger, "European Constitutionalism : Proposals for an Agenda of Debate", disponible sur <http://www.law.harvard.edu/unger/english/docs/europe1.doc>, 14 04 2010.

⁷³⁵ Roberto Unger, "España y su Futuro", *op. cit.*

⁷³⁶ Roberto Unger, *What Should Legal Analysis Besome?*, London : Biddles Ltd., 1996, p. 7.

⁷³⁷ Unger, *What Should Legal Analysis Besome?*, *op. cit.*, p. 29.

⁷³⁸ Roberto Unger, "España y su Futuro", *op. cit.*

Unger développe des « alternatives de la société future » :

1. la *démocratie sociale étendue* qui neutralise l'arrière-plan des avantages et des inégalités hérités. Non seulement la transmission de la propriété héréditaire doit être restreinte mais les individus doivent également recevoir une dotation sociale les sécurisant contre l'insécurité extrême économique. Il faut créer la taxe universelle et directe sur la consommation. Cette taxe frapperait la différence entre le revenu et l'épargne ou l'investissement. La consommation modeste serait exonérée, mais la taxe deviendrait progressive dans le cas contraire. De cette manière, l'imposition devient une alliée d'épargne et d'investissement. L'imposition peut aussi servir à remédier au problème de sous-consommation là où il existe. Cette taxe frappe la hiérarchie des standards de vie.⁷³⁹
2. La *polyarchie radicale* est un départ plus décisif que la démocratie sociale étendue. C'est la transformation de la société en confédération de communautés,⁷⁴⁰ le transfert du pouvoir de l'État central aux communautés locales et spécialisées.⁷⁴¹
3. La *démocratie mobilisante* va encore plus loin. À la différence de la polyarchie radicale se concentrant sur les communautés, ici la vraie action se trouve au niveau de la vie de l'individu. Chacune est une participante.⁷⁴² Il n'y a pas d'arrangement constitutionnel freinant la politique transformative et gardant les citoyennes à un niveau bas de mobilisation politique.⁷⁴³

Unger montre trois doctrines séculaires d'émancipation : le libéralisme, le socialisme et le communisme. Ils proclament que l'affaiblissement de la division sociale et des hiérarchies révélerait les identités individuelles et collectives de manière plus efficace et libérerait les pouvoirs productifs et créatifs.⁷⁴⁴ La « pratique culturelle révolutionnaire » rend les opportunités et les expériences disponibles aux différentes catégories de gens, et facilite leur recombinaison.⁷⁴⁵ Unger

⁷³⁹ Unger, *What Should Legal Analysis Besome?*, *op. cit.*, p. 139.

⁷⁴⁰ *Ibid.* p. 148.

⁷⁴¹ *Ibid.* p. 150.

⁷⁴² *Ibid.* p. 163.

⁷⁴³ *Ibid.* p. 165.

⁷⁴⁴ Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁴⁵ *Ibid.* p. 26.

appelle ce programme « superlibéralisme » : il réunit les propositions libérales sur l'État et sur la société, sur la liberté, sur la gouvernance des relations sociales dans une ambition plus large : la construction du monde social moins aliéné par rapport à soi-même.⁷⁴⁶ Le superlibéralisme crée une communauté politique plus ouverte à la révision de soi⁷⁴⁷ et libre d'une concentration sélective et arbitraire sur une certaine sorte d'infériorité et d'exclusion (raciale, sexuelle ou de classe.⁷⁴⁸ Le « déretranchement » des structures formatives ne signifie pas une instabilité permanente mais la création de structures qui donne l'occasion de les reproduire ainsi que l'opportunité pour leur correction.⁷⁴⁹

Au niveau de la marchandise au magasin, Unger propose de chercher des récits et des initiatives politiques et diplomatiques en dehors de l'ONU bloqué. Il faut inclure la Chine, l'Inde, le Brésil et l'Indonésie. Cette entente reconnaîtrait l'ascendance des États-Unis sans affirmer sa légitimité ni sa perpétuité et ne porterait pas atteinte aux intérêts vitaux de Washington. Il faut créer un « nouvel ordre multilatéral » comme celui de l'Ordre de Vienne (1815-1948). Unger dit que les relations avec les États-Unis ne sont ni juridiques ni extra-juridiques, mais *proto-juridiques*.⁷⁵⁰

Ken Casebeer⁷⁵¹ de Miami, Cathy Stone⁷⁵² de l'Université de Californie à Los Angeles, Karl Klare⁷⁵³ de l'Université du Nord-est à Boston développent l'approche de l'écd dans le domaine du droit de travail. Ils explorent les moyens existants dans les structures basiques du droit de travail et de la gouvernance corporative afin de montrer des formes plus participatives de gouvernance sur le lieu de travail.

⁷⁴⁶ *Ibid.* p. 41.

⁷⁴⁷ *Ibid.* p. 48.

⁷⁴⁸ *Ibid.* p. 53.

⁷⁴⁹ *Ibid.* p. 93.

⁷⁵⁰ Roberto Under, "European Constitutionalism", *op. cit.*

⁷⁵¹ Ken Casebeer, "Unemployment Insurance: American Social Wage, Labor Organization and Legal Ideology" 35 *Boston College Law Review* 259 (1994).

⁷⁵² Kathy Stone, "Labor and Corporate Structure", 55 *University of Chicago Law Review* 73 (1988).

⁷⁵³ Karl Klare, "Workplace Democracy and Market Reconstruction: An Agenda for Legal Reform", 38 *Catholic University Law Review* 1 (1988).

Bill Simon de Columbia examine le droit d'État du bien-être,⁷⁵⁴ l'histoire et la pratique courante des coopératives dans le domaine de la production et du logement. Il les appelle « la propriété sociale-républicaine ». Ce sont des modèles d'association qui, en limitant les droits de leurs membres d'accumuler et d'aliéner la propriété, promeuvent l'égalité et la communauté sans sacrifier l'efficacité. La « Nouvelle donne » de Franklin Roosevelt est un modèle historique qui est arrivé à aider la clientèle pauvre sans l'endetter jusqu'au quasi-esclavage.⁷⁵⁵

David Carlson de l'Université de Yeshiva à New York développe l'approche de l'écd envers le droit des affaires.⁷⁵⁶ Clare Daton⁷⁵⁷ de l'Université du Nord-Est à Boston, Elizabeth Mensch⁷⁵⁸ de l'Université d'État de New York à Buffalo, Robert Gordon⁷⁵⁹ de Yale font une attaque détaillée dans le domaine du droit des contrats. Mark Tushnet⁷⁶⁰ d'Harvard contribue à la compréhension critique du droit constitutionnel. Mark Kelman⁷⁶¹ de Stanford se spécialise dans le droit criminel. Frances Olsen⁷⁶² de l'Université de Californie à Los Angeles prend le droit de la famille. Gerald Frug⁷⁶³ fait la recherche critique du droit municipal. Derrick Bell⁷⁶⁴ de New York et Alan Freeman⁷⁶⁵ créent la théorie critique raciale. Lucinda Finley⁷⁶⁶ de l'Université d'État de New York à Buffalo et Rick Abel⁷⁶⁷ de l'Université de Californie à Los Angeles font également une recherche sur la

⁷⁵⁴ Bill Simon, "Social-Republican Property", 33 *University of California in Los Angeles Law Review* 1335 (1991).

⁷⁵⁵ Bill Simon, "The Invention and Reinvention of Welfare Rights", 44 *Maryland Law Review* 1 (1985).

⁷⁵⁶ David Carlson, « Bankruptcy Theory and the Creditors' Bargain », 61 *University of Cincinnati Law Review* 453 (1992).

⁷⁵⁷ Clare Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine", 94 *Yale Law Journal* 999 (1985).

⁷⁵⁸ Elizabeth Mensch, "Book Review", 33 *Stanford Law Review* 753 (1981).

⁷⁵⁹ Robert Gordon, "Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law", 15 *Florida State University Law Review* 195 (1987).

⁷⁶⁰ Mark Tushnet, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitution Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1988.

⁷⁶¹ Mark Kelman, "Interpretative Construction in the Substantive Criminal Law", 33 *Stanford Law Review* 591 (1981).

⁷⁶² Frances Olsen, "The Sex of Law" dans David Kairys (dir.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York: Pantheon Books, 1990.

⁷⁶³ Gerald Frug, "The City as a Legal Concept", 93 *Harvard Law Review* 1057 (1980).

⁷⁶⁴ Derrick Bell, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*, New York: BasicBooks, 1987, P. 302.

⁷⁶⁵ Alan Freeman, "Truth and Mystification in Legal Scholarship", 90 *Yale Law Review* 1229 (1981).

⁷⁶⁶ Lucinda Finley, "The Pharmaceutical Industry and Women's Reproductive Health: The Perils of Ignoring Risk and Blaming Women" in J. Fox & E. Szockyj (dir.), *Corporate Victimization of Women*, Boston : Northeastern University Press, 1996.

⁷⁶⁷ Rick Abel, "Why does the ABA Promulgate Ethical Rules?", 59 *Texas Law Review* 639 (1981).

discrimination raciale ainsi que sur celle basée sur le sexe. Mary Joe Frug (1941-1991) de l'École du droit de la Nouvelle Angleterre à Boston développe l'approche juridique féministe⁷⁶⁸ et analyse le droit de contrat.⁷⁶⁹

Regina Austin de Pennsylvanie montre la perspective d'une femme Noire sur les pratiques régulatrices. Elle insiste sur ce que les cours ne doivent pas dispenser les employeurs de la responsabilité par rapport aux travailleuses dans les cas d'abus. La douleur émotionnelle n'est pas subjective, éphémère, triviale et mondaine. Elle apporte au soutien de sa position l'analyse des conditions de travail au marché secondaire.⁷⁷⁰

Peter Fitzpatrick de Londres s'attache à la décolonisation. Il parle du droit comme d'un instrument de justification d'impérialisme.⁷⁷¹ David Kennedy⁷⁷² d'Harvard se concentre également sur le domaine du droit international. Il est également intéressé par le droit constitutionnel du sexe. Il dit, par exemple, qu'en définissant si la stimulation orale du pénis de Bill Clinton par Monica Lewinsky doit être comprise comme un rapport sexuel, il faut se demander ce que Monica a pensé en le faisant et ce que Bill a ressenti.⁷⁷³

Bill Bowring de Londres dit qu'après la fin de la Guerre Froide, le droit international commence à se dégrader. Le système des Nations Unies a été créé comme un compromis entre le Premier et le Deuxième Monde et a acquis la plupart de ses concepts et de son contenu juridique pendant la décolonisation. Après la disparition de l'Union Soviétique, les États-Unis n'ont plus de vraie concurrence. Le droit international commence à servir la politique de puissance. Bowring se base sur la vision du droit international classique pour dire que la deuxième invasion en Irak a été « illicite ». Les États-Unis usurpent le droit de l'enlèvement des personnes, le droit à torturer et à

⁷⁶⁸ Mary Joe Frug, "A Postmodern Feminist Legal Manifesto (an unfinished draft)", 105 *Harvard Law Review* 1045 (1992).

⁷⁶⁹ Mary Joe Frug, "Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contract Casebook", 34 *American University Law Review* 1065 (1985).

⁷⁷⁰ Regina Austin, "Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of emotional distress", 41 *Stanford Law Review* 58 (1988).

⁷⁷¹ Peter Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, London: Routledge, 1992, p. 116.

⁷⁷² David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden : Nomos, 1987, P. 294.

⁷⁷³ David Kennedy, "The Spectacle and the Libertine", *op. cit.*, p. 292.

garder des gens à la prison de Guantanamo. Le concept de la « guerre contre le terrorisme » devient plus puissant que le Conseil de sécurité des Nations Unies, de son droit statutaire et coutumier.

Bill Bowring remarque également que les citoyennes de l’Afrique du Sud ont plus de droits sociaux sous Nelson Mandela que les britanniques sous la Loi sur les droits de l’homme de Tony Blair.⁷⁷⁴ Bowring est également critique par rapport à la jurisprudence électorale de la Cour de Strasbourg. Il condamne la décision de la CEDH dans *Ždanoka* où les juges ont conclu que l’interdiction à vie pour une politicienne qui était un membre du Parti communiste de se présenter aux élections législatives nationales en Lettonie, ne viole pas le droit d’être élu dans le sens de la Convention européenne des droits de l’homme. Bowring dit que le droit de se présenter n’est pas un droit de la candidate mais celui des électrices.⁷⁷⁵

Donald Watson, psychiatre de l’Université de Californie à Irvine, défend les malades mentaux contre l’approche formaliste juridique limitant leur droit à la « justice égale ». Il dit qu’il faut commencer un mouvement national puissant des psychiatres contre la « tyrannie égocentrique de l’aristocratie juridique » et lutter contre « la pensée primitive juridique-religieuse qui domine dans notre culture ».⁷⁷⁶

Lior Barshak dit que les leaders politiques ne doivent pas avoir le pouvoir d’appliquer les tâches transcendantes-totémiques⁷⁷⁷ de décider sur l’application de l’Exception Absolue, puisque cela mène au totalitarisme.⁷⁷⁸

Richard Posner vend également l’expérimentalisme judiciaire.⁷⁷⁹ Mais il préfère réformer la Cour suprême étatsunienne pour qu’elle ressemble plus à la Chambre des Lords britannique qui ne peut que retarder de 3 mois l’entrée en vigueur de la loi adoptée par la Chambre des communes.⁷⁸⁰

⁷⁷⁴ Bill Bowring et Mike Macnair, *War, human rights and humanitarian interventions*, 2009, <http://video.google.com/videoplay?docid=4327085583682187118#>, 10 04 2010.

⁷⁷⁵ Bill Bowring, “Negating Pluralist Democracy: The Strasbourg Court Forgets the Rights of the Electors”, 11 *Kurdish Human Rights Project Legal Review* 67 (2007).

⁷⁷⁶ Watson, “If Demons are Real, They’re Allergic to Neuroleptics”, *op. cit.*

⁷⁷⁷ Barshak, “The Totemic Authority of the Court”, *op. cit.*, p. 307.

⁷⁷⁸ *Ibid.* p. 311.

⁷⁷⁹ Posner, *How Judges Think*, *op. cit.*, p. 132.

⁷⁸⁰ Posner, “Foreword: A Political Court”, *op. cit.*, p. 55.

Posner défend Bill Clinton contre les attaques pour abus sexuel car cette démarche paralyse le fonctionnement de l'Administration d'État.⁷⁸¹

Kevin Gutzman de l'Université d'État de Connecticut de l'Ouest propose de remplacer la Cour suprême étatsunienne et cette « jugéocratie non-républicaine » par le Conseil constitutionnel qui représenterait 50 États. Ses membres seraient élues ou nommées.⁷⁸²

Christopher Fairman de l'Université d'État d'Ohio fait la publicité pour la décriminalisation du mot *fuck*. Il emploie les techniques de démonstration du sexe et du langage sexy en choisissant le mot *fuck* pour nommer sa publicité – « la jurisprudence *fuck* ». Fairman joue avec le paradis et l'enfer publicitaires en disant que l'attitude des opposantes de *fuck* envers le sexe n'est pas saine. Il veut renverser le subconscient de la consommatrice en évoquant l'approche psycholinguistique. Il dit qu'auparavant probablement ce mot a été lié étroitement avec l'inceste et avec le viol, mais ce temps est au passé (création publicitaire de la modernité). Ensuite, il utilise la technique « Le personnel de Coca Cola ne boit que de Pepsi » en disant que pour arriver aux fins des opposants de *fuck*, il faut le décriminaliser, puisque le statut de tabou, en effet, le renforce. Le fruit interdit est plus délicieux.⁷⁸³ Fairman dit que les gens téléchargent ses travaux sur Internet de manière très fréquente, qu'il reçoit des propositions de professeurs, de linguistes, de juges et juristes, de journalistes et de bibliothécaires (chaque agricultrice : toutes les professions) en provenance des États-Unis, du Canada, de la Grande Bretagne, de l'Allemagne, de la Croatie, de l'Australie et de la Chine (chaque agricultrice : tous les pays). Les doctorantes, les étudiantes de master et de licence ainsi que les élèves (chaque agricultrice : tous les âges) lui écrivent pour exprimer leur point de vue.⁷⁸⁴

Ronald Dworkin se prononce contre John Roberts et Samuel Alito, les juges « de l'ultra-droite » nommés par le Président George Bush II. Ces juges ne sont pas guidés par une « idéologie

⁷⁸¹ *Ibid.* p. 92.

⁷⁸² Kevin Gutzman, *The Politically Incorrect Guide to the Constitution*, *op. cit.*, p. 220.

⁷⁸³ Christopher Fairman, "Fuck", *op. cit.*

⁷⁸⁴ Christopher Fairman, "Fuck and Law Faculty Rankings", 14 03 2007, disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=971103>, 14 04 2010.

judiciaire ou politique du principe » du tout mais uniquement par l' « allégeance partisane, culturelle et peut-être religieuse ».785

Duncan Kennedy pense que la négation de la présence de l'idéologie dans l'adjudication mène à des résultats politiques différents de ceux qui existeraient dans une situation transparente. Il suggère que ces résultats seraient dans un certain sens « mieux » pour la détermination de notre destin sans aliéner nos puissances.786

Ensuite, Kennedy passe à l'interprétation psychologique de la négation. Il y a un besoin psychologique de savoir la « vérité » et de construire un mécanisme pour y arriver.787 Kennedy craint un peu, néanmoins, que si les juges comprennent l'inexistence du droit, elles nous tyranniseront encore plus que par le passé. C'est un mythe avec des bons résultats pour la société.788 Les gens veulent la cohérence, y compris juridique, pour elle-même, puisque c'est un but en soi, puisque c'est le plaisir, c'est une sorte de libération de la terreur.789 L'intelligentsia étatsunienne a la conviction qu'il est bien pour les masses de croire dans le droit, la Constitution, la Juge, puisque sans eux, il est difficile de dire que se passerait.790 Ni les conservatrices, ni les libérales n'ont un programme ou même un désir de la mobilisation populaire qui transformerait la société de manière majeure.791 Kennedy argumente que les résultats de la lutte sociale seraient « plus naturels, nécessaires et justes » si les gens avaient une meilleure compréhension de l'adjudication.792

Les propositions politiques inspirées par l'éccl consistent à transformer des règles dans l'arrière-plan afin de changer la distribution des pouvoirs, en solution du problème du logement, en participations des travailleuses dans la prise de décisions de gestion, en développement de la propriété des

785 Ronald Dworkin, *The Supreme Court Phalanx: the Court's New Right-Wing Bloc*, New York : New York Review of Books, 2008, p. 48.

786 Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication...*, *op. cit.*, p. 19.

787 *Ibid.* p. 201.

788 *Ibid.* p. 206.

789 *Ibid.* p. 307.

790 *Ibid.* p. 235.

791 *Ibid.* p. 234.

792 *Ibid.* p. 238.

travailleuses, en élargissement des moyens juridiques destinés à punir les employeuses pour l'abus sur le lieu de travail. Il faut introduire l'usage stratégique des instruments juridiques pour la poursuite des fins distributives. Il faut développer la conscience raciale, la conscience de genre, la conscience de classe.⁷⁹³

Duncan Kennedy crée la théorie rose qui a les composants suivants⁷⁹⁴ :

1. Analyse distributive des enjeux idéologiques de la création formelle du droit.
2. Notion de l'adjudication comme un forum d'idéologie.
3. Théorie du comportement stratégique nié dans l'interprétation juridique.

La théorie rose est différente de la théorie de la détermination externe dans toutes ses variantes à trois égards⁷⁹⁵ :

1. elle n'affirme pas que le droit est globalement indéterminé, mais seulement que parfois les juges poursuivent des stratégies idéologiques en faisant le travail juridique ;
2. ces choix produisent des résultats distributifs qui sont différents radicalement de ceux qui seraient présents dans le cas d'une autre série de choix judiciaires ;
3. la création du droit par l'adjudication accompagnée de la négation concomitant de l'influence idéologique produit l'effet de modération, d'autorisation et de légitimation.

Les objectifs de l'écéd sont⁷⁹⁶ :

1. délégitimer les résultats achevés par le système juridique en les exposant en tant que politiques où ils sont masqués comme neutres ;
2. montrer qu'ils sont dans un certain sens injustes et que cette injustice contribue à l'injustice plus large de la société dans son ensemble ;
3. rendre le système moins injuste par l'action politique.

⁷⁹³ *Ibid.* p. 263.

⁷⁹⁴ *Ibid.* p. 265.

⁷⁹⁵ *Ibid.* p. 279.

⁷⁹⁶ *Ibid.* p. 280.

Kennedy se prononce également contre les « juristes d'entreprise ». La juriste d'entreprise est celle qui est en alliance avec les intérêts égoïstes des corporations. Elles font du lobbying auprès du Parlement et puis défendent cette législation devant les cours. Elles luttent pour la destruction des syndicats et contre les travailleuses en grève. Les juristes d'entreprise sont beaucoup mieux payées et n'ont pas honte.⁷⁹⁷

Kennedy jette sa pierre sur la hiérarchie juridique qui est, selon lui, le mal et s'avère inutile. Il dit qu'il aime l'imprécision du mot « hiérarchie » car, de cette façon, elle englobe toutes les hiérarchies méritocratiques, générationnelles, de classe, de genre et raciales.⁷⁹⁸

Dans les termes pratiques, Duncan Kennedy propose de créer les petits réseaux radicaux et autonomes sur le lieu de travail, dans les entreprises, dans les universités et puis de les élargir pour établir une base potentiellement importante pour la politique dissidente.⁷⁹⁹ On peut faire plus pour les minorités opprimées aux Etats-Unis, si on convertit une partie substantielle du centre libéral au radicalisme. On peut l'achever par l'enseignement progressif.⁸⁰⁰ Il faut ouvrir, par l'action affirmative, les universités et la profession de professeur aux femmes en provenance des minorités. Cela augmentera la qualité et la valeur sociale de la recherche juridique.⁸⁰¹ Il faut soutenir les grèves des étudiantes, les barricades et les occupations. Les étudiantes doivent reprendre les méthodes de lutte de la classe ouvrière.⁸⁰²

Jean Baudrillard est triste parce que les citoyennes sont obligées de manger ce que l'élite européenne leur donne. Il est pour la présentation de la Constitution européenne ou du Traité de Lisbonne au référendum et pour que l'élite respecte l'opinion populaire. L'élite sort le projet de la Constitution européenne et après il faut voter « oui ». Si le peuple vote « non », il lui sera demandé de voter encore et encore jusqu'à ce qu'il donne la réponse « correcte ». Le référendum, comme il se passe en France et ailleurs en Europe, ressemble plutôt à un ultimatum. Le « oui » est un

⁷⁹⁷ Interview de Vicki Quade avec Duncan Kennedy, "Are lawyers really necessary?" *op. cit.*

⁷⁹⁸ Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*, Cambridge, MA: Afar, 1983, p. 80.

⁷⁹⁹ Duncan Kennedy, *Sexy Dressing, etc., op. cit.*, p. 25.

⁸⁰⁰ *Ibid.* p. 29.

⁸⁰¹ *Ibid.* p. 35.

⁸⁰² Duncan Kennedy, "Boola!", 49 *Social Text* 31 (1996).

impératif catégorique. Pour cette « Europe divine », les gens ne sont que la « masse manœuvrable ». L'idée même de la représentation est en faillite.⁸⁰³

Rolandas Pavilionis de Vilnius appelle à ne pas laisser les gens se faire traiter comme des « idiots » et à ne pas laisser tout le pouvoir aux mains des « chamanes ».⁸⁰⁴ Il se prononce pour des mouvements politiques représentant les citoyennes avec des revenus modestes.

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

Dans cette partie nous avons vu comment la publicité du chamanisme judiciaire (la philosophie du droit) est construite au niveau technologique ou industriel. J'ai distingué 3 stratégies générales et 21 techniques publicitaires dans les travaux de F/H/D.

En même temps, il faut remarquer qu'il est impossible de dire laquelle est plus efficace mais l'ensemble de ces mécanismes donne une vision générale et le sentiment de *comment-faire* : l'invitation de la personne intelligente et respectée, l'invitation de la personne ordinaire, la déclaration que tout ce qui est montré dans le spectacle publicitaire est la réalité, la démonstration de la personne malchanceuse, etc.

J'ai revu également les marchandises (les visions juridiques) des écd. Il faut remarquer que souvent les crites, comme moi, utilisent les mêmes techniques publicitaires pour la promotion de leurs marchandises que les représentantes de la pensée juridique classique. Ceci n'est pas quelque chose de « mauvais » – c'est tout simplement la façon dont cette partie du marché juridique fonctionne.

C'est à vous de choisir comment vous utiliserez toutes ces techniques. Pour ma part dans le cadre de ce travail, je me limite simplement à dire que je soutiendrais la vision politique crite.

⁸⁰³ Jean Baudrillard, "L'Europe divine", *Libération*, 17 03 2005.

⁸⁰⁴ Rolandas Pavilionis, « Samanai, teise ir logika », R. Pavilionis (dir.), *Kada tauta tyli*, Vilnius : Institute for Scientific Research, 2006 p. 17.

CONCLUSION

Par la présente thèse nous avons atteint trois objectifs principaux :

- ❑ la présentation de ce que les juges font comme une forme contemporaine du chamanisme ;
- ❑ la description de 99 techniques d'interprétation judiciaires pratiquées par la Cour européenne de justice et par la Cour européenne des droits de l'homme, elles-mêmes divisées en plus de 400 variantes, l'ensemble étant présenté sous la perspective chamanique ;
- ❑ la description de 3 stratégies divisées en 10 variantes ; et de 21 techniques divisées en 132 variantes, de la création de la publicité du chamanisme judiciaire (de la philosophie du droit) dans la perspective publicitaire.

Ces points représentent les contributions centrales de ce travail, puisque ces données montrent comment le système fonctionne et entre dans le cadre de la *science sur le droit*, par opposition à la *science du droit*. De plus, cette recherche donne un assortiment des instruments empiriques destinés à être appliqués dans la pratique quotidienne. Cette recherche montre *comment faire*.

Synthèse

Mon travail est enraciné dans la pensée juridique critique qui nie l'existence objective du mécanisme s'appelant « Le Droit » et qui insiste sur la nature politique de prise des décisions judiciaires ainsi que sur la possibilité d'employer des techniques d'interprétation de manière tout à fait instrumentale, afin de promouvoir l'agenda politique gauchiste dans les cours. La situation d'absence « Du Droit » ou de l'impossibilité de prévoir la décision de la cour sur la base de la compétence professionnelle est définie comme l'indétermination juridique. En effet, le choix,

politique ou législatif, de la cour, dans cette impasse d'indécisionnabilité, en présentant ce choix comme la seule option déductivement possible, s'appelle l'abus de déduction.

Nous trouvons de nombreuses références à ce qui ressemble au chamanisme chez les réalistes juridiques, chez les postmodernistes et chez les représentantes des études critiques du droit. Elles parlent de la « magie juridique », de la « mystique » juridique, de la « mythologie juridique », de la « théologie juridique », de la « liturgie juridique », de l' « idolâtrie juridique », « Du Droit » comme la « religion civile », « Du Droit » comme le vodou, « Du Droit » comme « tû-tû » d'une tribu en Océanie, « Du Droit » comme la « saucisse de Toulouse », « Du Droit » comme « Dieu ». Nous voyons une émergence des approches psychologiques de la sacralité « Du Droit ».

Sergey Shirokogoroff vient avec sa théorie du complexe psychomental qui se définit comme la totalité des conceptions et de leur interaction qui existent dans la conscience de la personne. Shirokogoroff parle de la nécessité de la « traduction » correcte d'un complexe psychomental en un autre complexe. Par exemple, l' « esprit » doit être traduit par « conception » dans les langues occidentales. Il affirme que les systèmes philosophiques occidentaux sont des variantes du chamanisme.

D'ici vient ce que j'appelle la théorie du chamanisme judiciaire. Le mot « **juge** » **peut être remplacé avec succès par** « **chamane** », « principe juridique » ; ou l'on peut encore substituer « règle » par « esprit », « loi », ou bien encore « traité » par « amulette où les esprits habitent », et « technique d'interprétation juridique » par « techniques de l'entrée en contact avec les esprits ». Les affirmations de cette théorie peuvent être résumées de la manière suivante :

- ☑ La juge et la chamane présupposent *l'existence objective de certains êtres supranaturels* avec lesquels elles maintiennent un contact permanent pendant le rituel. Dans les langues orientales polythéistes, ces êtres sont normalement appelés « esprits » alors que dans notre langue classique ils portent le nom de « principe juridique ».
- ☑ Tous deux déclarent qu'il y a *un lien logique et inévitable entre le point de départ et le point d'arrivée* dans le rituel. Les écd appellent cela l'« abus de déduction ».
- ☑ La juge peut *inclure* un certain principe dans le système juridique et *exclure* un contre-principe. La chamane peut inviter un certain esprit à participer au rituel et "oublier" son esprit adversaire. J'appelle cela le phénomène d'« abus dans la construction du système ».

- ☑ La caractéristique commune du chamanisme est l'affirmation que, normalement, les gens ordinaires ne sont pas capables d'entendre la voix des esprits. Même si certaines personnes entendent quelque chose, ils ne comprennent jamais correctement le message des esprits car ces derniers parlent une langue particulière, *la langue spirituelle*⁸⁰⁵, très différente de la langue humaine ordinaire. C'est une raison pour laquelle nous avons besoin de la chamane ou de la juge. Chaque religion crée sa propre langue spirituelle : le sanscrit dans la culture védique, l'arabe coranique chez les musulmans, le latin dans l'Église catholique médiévale et le slavon de l'Église orthodoxe russe. Shirokogoroff écrit que pendant les rituels, les peuples de Sibérie utilisent des mots tombés en désuétude dans la vie quotidienne car ils considèrent que les esprits ne comprennent pas la langue moderne. Pas à pas, les chamanes construisent un arsenal riche de mots qu'elles ne comprennent pas elles-mêmes.⁸⁰⁶
- ☑ Dans le chamanisme ainsi que dans le droit occidental, souvent il n'existe *pas de différence claire entre les bons et les mauvais esprits*.⁸⁰⁷ Un bon esprit commet également des péchés ; comme un mauvais esprit peut aider les gens. Un grand nombre d'esprits ne sont jamais définis par rapport à l'axe du bien et du mal.
- ☑ Le dogme important du chamanisme est l'affirmation qu'il y a une *lutte permanente entre les esprits*.⁸⁰⁸ Il faudrait dire la même chose sur les principes du droit. De nombreuses dispositions juridiques ont une structure multi-exceptionnelle,⁸⁰⁹ contradictoire et imprévisible.
- ☑ Chaque chamane *apporte une contribution à l'écriture et à l'amendement* de la mythologie chamanique de même que la juge participe au développement de la jurisprudence.
- ☑ Parfois, durant le rituel, non seulement la chamane, mais également les spectatrices, peuvent commencer à voir les esprits. Ce phénomène pourrait être décrit comme une *hallucination collective*. Selon les données du gouvernement de la région autonome de Tchukotka, plus du tiers des Tchuktches déclarent voir des esprits.⁸¹⁰ Sergey Shirokogoroff ajoute qu'elles les

⁸⁰⁵ Shirokogoroff, *Psychomental Complex...*, *op. cit.*, pp. 203-205.

⁸⁰⁶ *Ibid.* p. 162.

⁸⁰⁷ *Ibid.* p. 121.

⁸⁰⁸ *Ibid.* p. 20, 22.

⁸⁰⁹ Rodell, *Woe...*, *op. cit.*, p. 101.

⁸¹⁰ Gouvernement du District autonome de Tchoukotka, Чукотка в древности, http://www.chukotka.org/ru/region/history/old_chukotka/ 07 11 2009.

voient de la même manière que les juristes occidentaux « voient » les principes juridiques.⁸¹¹ Duncan Kennedy qualifie la foi des juristes dans les concepts abstraits comme une hallucination collective⁸¹² et Underhill Moore comme un « rêve pendant le jour ».

- ☑ Les pratiques chamaniques sont conduites sous *les standards communs du rituel chamanique correct* de même que le raisonnement judiciaire correspond aux standards communs juridiques. Ces standards ne protègent pas la pensée juridique classique contre l'assimilation au chamanisme. Souvent les pratiques chamaniques sont assez dogmatiques. De plus, nous pouvons facilement traduire ce que dit H. L. A. Hart sur ces standards afin de justifier le chamanisme : nous avons des « standards communs » d'entrée « correcte » en contact avec les esprits « et non quelque chose auquel chaque » chamane « n'obéit que personnellement ». « <...> C'est une condition nécessaire logiquement pour l'existence du système <...> unique » des croyances chamaniques.⁸¹³ N'importe quelle chamane est liée d'une certaine manière par les pratiques de ses collègues. En Bouriatie, il y a 9 classes hiérarchiques des chamanes.⁸¹⁴ Si une chamane rejette complètement et radicalement l'expérience antérieure, les gens perdront la foi, soit en la capacité de la chamane d'entendre la voix des esprits, soit dans ces esprits eux-mêmes. Même une chamane de 9^e classe ne peut jamais dire que tous les esprits suprêmes de la communauté se sont suicidés de façon brutale et collective.

En même temps, les écd, le postmodernisme ainsi que la théorie du chamanisme judiciaire ne doivent pas être assimilés au nihilisme. La vision du chamanisme judiciaire, en admettant que tous les complexes psychomentaux soient valides, présuppose beaucoup moins de nihilisme que la pensée juridique classique.

De plus, l'analyse critique ne commence pas par la présomption de l'indétermination juridique, mais par l'inconnaissabilité.⁸¹⁵ Après la considération des règles et des principes juridiques gérant la

⁸¹¹ Shirokogoroff, *Psychomental Complex...*, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁸¹² Duncan Kennedy et Peter Gabel, "Roll over Beethoven", *op. cit.*, p. 28.

⁸¹³ Hart, *Concept of Law*, *op. cit.*, p. 116.

⁸¹⁴ Бурятские шаманы, <http://www.buriatia.ru/religion/shaman.htm>, 14 04 2010.

⁸¹⁵ Duncan Kennedy, « A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation », *op. cit.*, p. 376.

situation, nous pouvons conclure que nous avons rencontré soit la facticité juridique, soit le chamanisme judiciaire.

Mais si « Le Droit » n'existe pas, qu'est-ce qu'il y a alors ? Je propose de remplacer le concept « Du Droit » par le concept des pratiques régulatrices. De cette manière il y a lieu de distinguer au moins cinq états de pratiques régulatrices :

- 1) La facticité ou l'état de la pratique régulatrice où les parties en conflit sont à 100 % sûres du choix qui sera fait par les autorités judiciaires.
- 2) Le « gedoogd », mot néerlandais difficilement traduisible en français, et défini par certaines juristes néerlandophones comme « pas légal, mais pas illégal », peut être utilisé pour décrire la situation où les parties reconnaissent qu'une certaine violation du droit formel a été effectuée, mais que cette transgression doit être tolérée par les autorités.
- 3) La médiation des conflits est la situation de la pratique régulatrice où les parties en conflit ont des doutes sur les conclusions auxquelles arrivera la juge et choisissent pour cela de ne pas avoir recours aux autorités étatiques, mais de trouver une solution à ce problème acceptable par chaque partie, et applicable dans l'avenir. Cette recherche peut être facilitée par un arbitre non-judiciaire.
- 4) Le chamanisme juridique chaotique est la situation où les parties en conflit ne sont pas d'accord sur ce qui est exigé par la pratique régulatrice, mais où le conflit n'est solutionné ni par voie judiciaire ni par mode alternatif, et où l'on reste dans l'incapacité de prévoir comment un conflit analogue sera résolu dans le futur. On peut évoquer comme exemple la deuxième guerre en Iraq. Il y a toujours deux visions juridiques diamétralement opposées : l'une, celle soutenue en particulier par la Maison Blanche de Bush II, affirmant que le droit international autorise les Etats-Unis à occuper l'Iraq et l'autre insistant sur le caractère illicite de cette guerre.
- 5) Le chamanisme judiciaire est la situation où une institution judiciaire rend une interprétation de la pratique régulatrice. Cet état de pratique régulatrice est l'objet principal de notre recherche. Il faut souligner qu'il n'y a rien d'insultant dans le mot « chamanisme » puisque

j'utilise cette conception avec le même amour dans le cœur qu'une anthropologue consacrant plusieurs années de sa vie à une étude de tribu africaine.

Pour compléter cette vision, nous devons répondre à la question de savoir quel est le rôle de la philosophie du droit dans ce qui se passe devant la juge. Pour répondre à cette question, j'emploie la vision empirique mercantile. L'argument juridique est ce qui est créé par une juriste, pour être vendu à la cliente. C'est exactement pour cette marchandise que la cliente paye la juriste. Ici, il faut remarquer qu'en définissant le marché juridique j'ai davantage été inspiré par Jean Baudrillard que par l'école *Droit et économie*.

Prenons, par exemple, la marchandise qui s'appelle « préservatif » et le marché qui existe autour de cette marchandise. Ce marché, comme n'importe quel autre marché, a trois sous-marchés ou trois niveaux : la technologie de la production de la marchandise, la marchandise elle-même dans le magasin et la publicité de la marchandise. Cette considération nous mène au tableau suivant :

| | Le marché des préservatifs | Le marché des arguments juridiques | Le marché du chamanisme |
|---|---|--|--|
| Le sous-marché de la technologie industrielle | L'usine de fer émettant de la fumée noire | Les méthodes d'interprétation | Les méthodes d'entrée en contact direct avec les esprits |
| Le sous-marché de « la marchandise dans le magasin » | Un préservatif | Un argument juridique | Un esprit |
| Le sous-marché de la publicité commerciale | La philosophie du préservatif. Pourquoi est-ce que les préservatifs au goût de fraise sont-ils les meilleurs ? Quelle est l'influence du préservatif sur la société contemporaine ? | La philosophie du droit (Dworkin, Finnis, Alexy, Hart, Kelsen) | La promotion de la croyance en chamanisme |

Notre thèse contient deux recherches empiriques : la recherche sur les techniques d'interprétation pratiquées par la Cour européenne de justice et par la Cour européenne des droits de l'homme ; et la recherche sur les techniques publicitaires du chamanisme judiciaire (sur les techniques de la construction de la philosophie du droit).

Recherche sur les techniques de l'entrée en contact avec les esprits (sur les techniques d'interprétation pratiquées par la Cour européenne de justice et par la Cour européenne des droits de l'homme).

La recherche sur les techniques d'interprétation pratiquées par la Cour européenne de justice et par la Cour européenne des droits de l'homme a poursuivi deux objectifs principaux :

1. démontrer l'indétermination juridique par la multitude des techniques interprétatives ;
2. donner à une juriste débutante un assortiment riche de techniques pour faciliter la production automatique d'arguments afin de renforcer sa position dans la lutte devant la cour, montrer le *comment-faire*.

Ces objectifs sont achevés avec succès. De plus, je dirais que la connaissance de l'indétermination juridique et de toutes ces techniques interprétatives renforce en effet la prévisibilité juridique, puisqu'elle donne la possibilité de voir comment une affaire peut tourner.

Dans la deuxième partie de la thèse, nous avons revu l'exploration des techniques judiciaires chez Karl Llewellyn, chez Duncan Kennedy, chez Olivier de Schutter et chez Mark van Hoecke, mais nous sommes passées vers une description plus adaptée aux pratiques de la Cour européenne de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, vers le *comment-faire* vu dans la perspective chamanique.

Sur le niveau de la technologie de la production des arguments juridiques, on trouve 99 techniques interprétatives. Le but de cette classification chamanique est de voir ce qui se passe dans l'impasse d'indécisionnabilité et de devenir capable de défendre sa position dans n'importe quelle situation

factuelle et juridique. Ces techniques aident à déstabiliser la croyance juridique statique et également à promouvoir la transformation sociale gauchiste. Ces techniques peuvent également être utilisées pour réprimer les minorités culturelles et la classe de revenus modestes.

Parmi les techniques les plus importantes et fréquentes, il faut mentionner :

- « l'esprit a choisi une conception » (conceptualisation d'un terme juridique ou, autrement dit, l'attribution d'un sens concret à un concept),
- « l'esprit vainqueur » (un choix parmi plusieurs principes et règles juridiques en concurrence),
- le renversement des circonstances (un choix parmi plusieurs circonstances en concurrence, le rejet des unes en faveur d'autres),
- l'abus téléologique (l'attachement d'un objectif à une règle, à un préambule, à un acte juridique ou à quelque chose de similaire dans une situation où une interprétation contraire est possible),
- « la voix des ancêtres » (la référence judiciaire à la volonté des « ancêtres » ou des législatrices),
- « Notre Planète la Terre est vivante et elle parle avec moi » (cohérence),
- la réanimation de l'idole de bois (passage hors de ce qui est explicitement prévu par la loi),
- « votre esprit est un bout de bois » (refus d'aller hors du texte),
- le don d'épée de feu « raisonnable » ou « utile » (l'attachement du mot « raisonnable » ou « utile » à un concept juridique),
- le don des ailes à un esprit pour qu'il puisse voler en provenance d'un système chamanique en destination d'un autre (cosmopolitisme juridique.
- l'amputation des ailes (refus de transposer une conception juridique en provenance d'un autre système juridique.

La liturgie chamanique est très riche et a un potentiel pour se développer.

Donc, la connaissance de ces 99 techniques apporte trois choses :

1. La délégitimation du système juridique en tant que mécanisme neutre. Cette délégitimation ouvre la porte à la transparence en adjudication et à la transformation sociale.

2. Les 99 techniques empiriques renforcent le ping-pong devant les juges. En les utilisant, l'avocate a toujours quelque chose de fort pour dire « non » dans n'importe quelles circonstances et frapper son adversaire. Ces techniques sont des armes, des programmes transformant l'avocate en terminator, en robot qui sait lutter avec tous les armes possibles.
3. Cette connaissance permet d'acquérir l'intuition et l'expérience de ce que le « droit » représente et de ce qu'il faudrait faire et de comment il faudrait l'approcher.

Recherche sur les techniques publicitaires du chamanisme judiciaire (sur les techniques de construction de la philosophie du droit).

La recherche sur les techniques publicitaires du chamanisme judiciaire (sur les techniques de construction de la philosophie du droit) a eu deux buts :

1. de voir au moyen de quelles techniques publicitaires ce qui est appelé « philosophie du droit » contribue empiriquement à la promotion des techniques d'interprétation judiciaire (des techniques d'entrée en contact avec les esprits ou du chamanisme judiciaire en général) ;
2. de trouver une façon industrielle de traiter la promotion du juridisme par la philosophie du droit.

En définissant les techniques publicitaires sur le marché juridique, j'ai été influencé par la théorie de la société du spectacle de Guy Debord et par l'approche méthodologique de Jean Baudrillard consistant à montrer l'effet spirituel que certains éléments publicitaires ont sur la conscience de la consommatrice.

Nous avons remplacé les mots « philosophie du droit » par « publicité commerciale », « philosophe du droit » par « créatrice de publicité », « travaux » de Finnis, de Hart et de Dworkin par « clips » ou par « campagnes publicitaires ». Nous avons comparé ces philosophies du droit à la publicité des préservatifs, des boissons rafraîchissantes, des meubles, de Berlusconi et conclu que la différence est marginale.

On peut distinguer trois stratégies publicitaires dans les travaux de F/H/D, de Pepsi, de Dworkin et d'IKEA :

- ❑ la démonstration du bien-être général et indiscutable,
- ❑ la démonstration d'une construction artificielle mais présentée comme indiscutable,
- ❑ l'hyperbolisation aspectuelle.

Ces stratégies sont divisées en 10 variantes.

Il faut également voir **21 techniques** publicitaires divisées en 132 variantes dans ce qui est appelé « philosophie du droit ». Les techniques publicitaires les plus importantes sont :

- ❑ l'invitation d'une personne intelligente et respectée Britney Spears pour qu'elle dise qu'elle achète votre marchandise (Hercules de Dworkin, l'« homme rationnel » de Finnis, etc.) ;
- ❑ l'invitation d'une personne ordinaire ou de n'importe quelle agricultrice pour qu'elle dise qu'elle achète votre marchandise (références à « chaque personne », à « personne humaine », etc.) ;
- ❑ la technique publicitaire de la déclaration que ce que vous voyez dans le clip publicitaire est la « réalité » ;
- ❑ la création publicitaire du paradis (la « société juridique », la « société démocratique », la société technologiquement avancée, etc.) ;
- ❑ la création de l'enfer ; le tamponnement ; l'invitation d'une personne malchanceuse ; la création de la famille publicitaire ; le don de l'histoire du succès.

On a revu brièvement aussi comment ces techniques publicitaires fonctionnent dans les campagnes publicitaires de Hammourabi, de Moïse, de Beccaria, de Pradel, d'Hans Kelsen, d'Emmanuel Kant, de Fuller, de Lyons, de Joseph Raz, de MacCormick, de Patterson, d'Harris, de Cover, de Brian Bix, de Moore, de Spooner, de Cardozo, d'Henry Hart, de Sacks, de von Savigny, de Max Weber, d'Habermas, de François Gény, de Stammler, de Deguit, de von Jhering, d'Hauriou, de Fish, de d'Acquinas, de Langdell, de Roscoe Pound, de Lasswell, de McDougal, de Fiss, d'Epstein, de Bork, de Rawls, de Grotius, de de Vattel, d'Antony Giddens, de David Held, de Martti Koskenniemi, de Bobbio, de Richard Posner, d'Aharon Barak, d'Hodson, de Bengoetxea, de Koopmans, d'Opocher, de Puppo, de Bell, d'Esckridge, de Gotlieb, de Summers, de Wróblewski, de Novak, de Boente,

d'Hobbes, d'Hollerbach, de Kuznetsov, de Sapargaliev, de Villey, de Maritain, d'Allen, de Beyleveld et de Brownsword, de Nersesyants. Nous les avons présentées comme flux de conscience.

La vision de la **philosophie du droit en tant que publicité apporte plusieurs choses** :

1. Elle vous donne un mécanisme pour construire votre propre « philosophie du droit » et la rendre plus efficace, ce qui est dans un certain sens « bon ».
2. Cette approche délégitime la « philosophie du droit » en la mettant au même niveau que les autres formes de publicité. Cette démarche contribue à la transparence et à la concurrence sur le marché juridique.
3. Finalement, j'aime le sentiment analytique que l'on reçoit sous cet angle.

Propositions politiques des études critiques du droit, du postmodernisme et des idées similaires.

On a terminé la revue du marché juridique par la présentation des marchandises des crites (ce que je vends aussi) : les montages politiques de Roscoe Pound, de Jerome Frank, de Redlich, de Hale, de Duncan Kennedy, de Roberto Unger, de Richard Posner, de Fred Rodell et de Gutzman. La vision crite et postmoderne est gauchiste : la protection des personnes de revenus modestes, le féminisme, la protection des minorités raciales, ethniques, culturelles, linguistiques et sexuelles. Mais le but de ce travail n'est pas de formuler une théorie politique ou de présenter une conceptualisation complète de ce qui est exigé par les crites et par les postmodernistes. Il faut montrer leur vision politique, mais il n'est pas opportun, dans le cadre de la présente recherche, d'aller plus loin sur ce point.

Voilà, une vision du fonctionnement du juridisme et ce à quoi l'on peut penser en poursuivant ces objectifs. Et comme dans un bon film de Bruce Lee, je dois ajouter que ces 99 techniques d'interprétation chamanique et ces 3 stratégies avec 21 techniques publicitaires doivent être employées pour pousser la transformation sociale gauchiste et non pour le succès du chamanisme judiciaire des juristes d'entreprise.

Quelle est la valeur ajoutée du chamanisme judiciaire ?

La réponse à cette question peut être résumée en quelques points :

- ❑ La théorie du chamanisme judiciaire englobe deux idées principales de cette école : la sacralité du « Droit » et l'abus de déduction, ce qui représente un certain développement.
- ❑ Les techniques argumentatives des Cours européennes ne montrent pas seulement l'indétermination juridique mais contribuent également à la prévisibilité des décisions judiciaires en rendant ce qui se passe devant la cour davantage compréhensible.
- ❑ Cette thèse élargit la méthodologie des écd et du postmodernisme juridique, et montre le fonctionnement de cette méthodologie.
- ❑ Ce travail aide les écd et le postmodernisme à faire face aux attaques du juridisme classique et des « philosophes du droit », en les mettant dans la catégorie de la publicité du chamanisme judiciaire et en classifiant leur discours adversaire comme différentes sortes de techniques publicitaires.
- ❑ Cette recherche contribue à la promotion sexy du patrimoine des écd et du postmodernisme, à la conversion de nouvelles adhérentes, à notre prosélytisme.
- ❑ Cette thèse contribue également à la formation d'une vision juridique plus ouverte et antidogmatique.
- ❑ La démonstration de l'indétermination juridique au moyen des 99 techniques d'interprétation renforce également la thèse des écd que la prise de décisions judiciaires est une forme de la politique et qu'on peut avancer l'agenda politique gauchiste dans les cours plus audacieusement – sans peur de violer quelque chose qui n'existe pas.
- ❑ La reconnaissance du chamanisme judiciaire, de l'indétermination juridique et de l'abus de déduction renforce la responsabilité des juges envers ce qu'elles font car cette reconnaissance détruit « Le Droit » au nom duquel elles pouvaient faire leurs propres choix politiques. L'absence de la croyance en « Le Droit » augmente également la transparence des décisions judiciaires.
- ❑ Comme le dit Duncan Kennedy, la reconnaissance de l'abus de déduction va rendre « meilleur » la qualité des décisions judiciaires. La transparence et la responsabilité personnelle mènent à la promotion de l'agenda gauchiste dans les cours.

- ❑ Ce genre de recherche, en niant l'existence du « Droit », renforce la tendance « Faites-le vous-même », c'est-à-dire qu'elle renforce la croyance des gens à pouvoir eux-mêmes faire des appels en justice, et contribue ainsi à baisser les prix des services juridiques.
- ❑ Un autre élément qui peut être promu par le développement des écd est l'esprit libérateur (« fuck this bullshit » de Peter Gabel) – les protestations et les pressions populaires sur les juges, et même éventuellement la création de mécanismes institutionnels pour cet objectif.
- ❑ Les 99 techniques d'interprétation judiciaire sont précisément la partie la plus importante pour les avocates luttant sur le terrain : ils peuvent être considérés comme la technologie industrielle qu'une juriste doit savoir gérer afin de devenir un terminator judiciaire.

Comment continuer ?

Trois niveaux peuvent être envisagés pour tenter de répondre à la question de comment continuer : immédiat, institutionnel et global.

Au niveau immédiat, je dirais que si vous voulez réussir sur le marché juridique, il faut comprendre comment ces 99 techniques d'interprétation juridique, les 3 stratégies et les 21 techniques publicitaires fonctionnent et, ensuite, nier leur existence, nier l'indétermination. Utilisez-les sans le reconnaître. Essayez de promouvoir une vision gauchiste de temps en temps.

Il ne me semble pas que l'on puisse solutionner le problème de l'indétermination juridique au niveau institutionnel. Il faut remarquer quand même que des alternatives au gouvernement des juges existent. En France et dans les pays influencés par la tradition française comme, par exemple, le Kazakhstan, nous avons le Conseil constitutionnel qui a été créé particulièrement afin de ne pas avoir de « Cour » constitutionnelle. Il n'y a pas de « Cour » suprême administrative, par exemple, en Bulgarie, mais le « Conseil » d'État.

En Chine, le rôle de la cour interprétative de dernière instance est joué par le Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire.

Au Japon, les juges à la Cour suprême, après la nomination par le gouvernement japonais sont soumis au référendum populaire qui a le pouvoir de remplacer la juge.

Je ne pense pas que nous devons procéder à une analyse profonde des alternatives institutionnelles – la réalité est trop complexe pour comparer objectivement les avantages et les désavantages. Donc, je préfère rester dans l'inconnaissabilité dans le cadre de la présente thèse.

Finalement, quelle vision pouvons-nous avoir au niveau global ? Je dirais que nous pouvons observer les techniques d'interprétation, les techniques publicitaires ainsi que le fonctionnement même du chamanisme judiciaire également en dehors des pratiques régulatrices. Une policière, un père dans la famille, une bureaucrate, une professeure, une travailleuse de la sécurité dans un magasin, peuvent également être considérées comme chamanes.

BIBLIOGRAPHIE

Livres

- Ackerman, Bruce, *Reconstructing American Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984.
- Adorno, Theodor, et Horkheimer, Max, *Dialectic of Enlightenment*, trad. de J. Cumming, New York : Herder and Herder, 1972.
- Ancel, Marc, et Stefani, Gaston, *Le Traité des délits et des peines de Beccaria*, Paris : Cujas, 1966.
- Anderson, Jon Lee, *Che Guevara: A Revolutionary Life*, New York: Grove Press, p. 624, 1997.
- Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, New York: Penguin, 1963.
- Arnold, Thurman, *Fair Nights and Foul*, New York: Harcourt, Brace & World, 1965.
- Austin, John, *Lectures on Jurisprudence: or, The Philosophy of Positive Law*, 5e éd., London : Murray, 1885.
- Barak, Aharon, *The Judge in a Democratic Society*, Princeton : Princeton University Press, 2006.
- Baudrillard, Jean, *Amérique*, Paris : Grasset et Fasquelle, 1986.
- Baudrillard, Jean, *La transparence du mal : Essai sur les phénomènes extrêmes*, Paris : Galilée, 1990.
- Baudrillard, Jean, *Le système des objets*, Paris : Gallimard, 1968.
- Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Beccaria, Cesare, *On Crimes and Punishments (Dei delitti e delle pene)*, trad. de M. Paolucci, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1963.
- Bell, Derrick, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice*, New York: BasicBooks, 1987.
- Bentham, Jeremy, *A comment on the commentaries and a fragment on Government*, réed., J.H. Burns et H.L.A Hart (dir.), Oxford: Oxford University Press, 2008 (1977).
- Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789 (dernière édition: Adamant Media, 2005), Chapitre I.

- Berkes, Niyazi, *The Development of Secularism in Turquie*, New York : Routledge, 1998.
- Beyleveld, Deryck, et Brownsword, Roger, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford.: Oxford University Press, 2001.
- Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.
- Bickel, Alexander, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New York: Harper & Row, 1970.
- Bix, Brian, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Bottomley, Anne, et Moore, Nathan, *City, Cinema, Control*, le livre n'est pas encore publié.
- Bowring, Bill, *The Degradation of the International Legal Order? The Rehabilitation of Law and the Possibility of Politics*, Abingdon: Routledge, 2008.
- Boyle, John A., *The Mongol World Empire: 1206-1370*, Londres : Variorum Reprints, 1977.
- Butler, Judith, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, New York: Routledge, 1997.
- Cardozo, Benjamin N., *The Nature of Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1921.
- Chantebout, Bernard, *Droit constitutionnel et science politique*, 14^e édition, Paris : A. Colin, 1997.
- Cherdyayev, A. F., *Теория государства и права: Учебник для вузов*, Moscou : Yourait, 2000.
- Chestnov, Пюа, « Общее и особенное в праве », *Государство и право на рубеже веков*, Saint-Petersbourg : Université du ministère des affaires intérieures de Russie à Saint-Petersbourg, 2000.
- Ching, Julia, *Mysticism and Kingship in China*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- Cicéron, *Traité sur les Lois*, 52 av. J.-C., disponible sur http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/philosophes/philosophie_morale/ciceron.htm, 14 04 2010.
- Couplet, Douglas, *Generation X: Tales for an Accelerated Culture*, New York, St. Martin's Press, 1991.
- David, Jack, et McKay, Robert B., *The blessings of liberty— an enduring constitution in a changing world*, New York : Retom House, 1989.
- Debord, Guy, *La Société du spectacle*, Paris : Gallimard, 1996 (1967).
- Deleuze, Gilles, *Différence et Répétition*, Paris : Presses Universitaires de France, 1968.
- Deleuze, Gilles, et Guattari, Felix, *Capitalisme et schizophrénie: l'anti-oedipe*, Paris : Minit, 1972.

- Demogue, René, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris : Rousseau, 1911.
- Derrida, Jacques, *De la grammatologie*, Paris : Minuit, 1967.
- *Dictionnaire de l'Académie Française, neuvième édition*, 1992, disponible sur [http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?22;s=952576470;";](http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?22;s=952576470;), 14 01 2010.
- Dontsov, A., et Ovcharenko, A., *Ekonomicheskie rezultaty reklamnoy vospriimchivosti*, Moscou : Eksmo Education, 2007.
- Duguit, Léon, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris : Guillaumin, 1908.
- Dupuis, Jean, *L'aubergiste oublié : approches pèlerines sur le chemin occidental*, Paris : Beauchesne, 1999.
- Durkheim, Émile, *The Division of Labour in Society*, trad. de KE Fields, New York: Free Press, 1997 (1893).
- Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, rééd., Oxford : Hart Publishing, 2007 (1986).
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA : Harvard University Press, 1977.
- Edwards, Chilperic, *The Hammurabi code and the Sinaitic legislation*, London : Watts, 1904.
- Eemeren, Frans van, et al., *Fundamentals of Argumentation Theory: A Hetbook of historical backgrounds and contemporary developments*, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 1996.
- Ehrlich, Eugen, *Die juristische Logik*, Tübingen : Mohr, 1918.
- Eloyeva, F., Gol, N., Norin, D., Streltsova, E., *Мифологический bestiарий: от Алконоста до Ягила. Иллюстрированная энциклопедия фантастических существ, составленная по древним легендам, мифам и сказаниям народов всего мира*, Kaliningrad : Yantarny Skaz, 1999. Disponible sur *Европейские и славянские драконы*, <http://dragonest.by.ru/def/europe.html>, 14 04 2010.
- Feuerbach, Ludwig, *L'Essence du christianisme*, 2^e éd, trad. de l'allemand par Joseph Roy, Paris : Lacroix, Verboekhoven, 1864.
- Finnis, John, *Natural Law et Natural Rights*, rééd., Oxford : Clarendon Press, 2001 (1980).
- Fish, Stanley, *Is There a Text in This Class ? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.
- Fisher, William W. III, Horwitz, Morton J., et Reed, Thomas A.(dir.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993.

- Fitzpatrick, Peter, *The Mythology of Modern Law*, London: Routledge, 1992.
- Frank, Jerome *Law and the Modern Mind*, New Brunswick: Transaction Publishers, 2009 (1930).
- Gallop, Jane, *Feminist Accused of Sexual Harassment*, Durham: Duke University Press, 1997.
- Gaponenko, Alexandr, et Pankrukhin, Alexandr, *Strategicheskoe upravlenie*, Moscou : Omega-L, 2004.
- Garner, Brian A., (dir.), *Black's Law Dictionary*, 8 éd., St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- Gaucher, Marcel, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Paris : Gallimard, 1995.
- Gicquel, Jean, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 15^e édition, Paris : Montchrestien, 1997.
- Giddens, Anthony, *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, London: Polity, 1991.
- Gierke, Otto von, *Political Theories of the Middle Age*, trad. de Frederic William Maitlet, rééd., Cambridge : Cambridge University Press, 2009 (1913).
- Gilmore, Grant, *The Ages of American Law*, New Haven : Yale University Press, 1977.
- Girdzijauskas, Juozapas, et al. (dir.), *Visuotinė lietuvių enciklopedija*, vol. 11, Vilnius: Mokslo ir enciklopedijų leidybos institutas, 2007.
- Goodell, Grace, *The Elementary Structures of Political Life: Rural Development in Pahlavi Iran*, Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Gramsci, Antonio, *Selections from the Prison Notebooks*, trad. de Quintin Hoare et Geoffrey Nowell-Smith, New York: International Publishers, 1971.
- Gray, John Chipman, *The Nature and Sources of the Law*, New York : Columbia University Press, 1909.
- Grotius, Hugo, *The Rights of War and Peace*, vol. 1, trad. De Archibald Colin Campbell, London: B. Boothroyd, 1814.
- Gurvitch, Georges, *La magie et le droit*, rééd., Paris : Dalloz, 2004 (1938).
- Gutzman, Kevin, *The Politically Incorrect Guide to the Constitution*, Washington: Regnery Publishing, 2007.
- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- Habermas, Jürgen, *Moral Consciousness and Communicative Action*, 6e éd., trad. de Christian Lenhardt et Shierry Nicholsen, Cam. Mass.: Massachusetts University Press, 1999 (1983).

- Hacker, Peter, *Insight and Illusion : Wittgenstein on Philosophy and the Metaphysics of Experience*, Oxford : Clarendon Press, 1972.
- Hägerstöm, Axel, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1953.
- Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford : Clarendon Press, 1983.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994 (1961).
- Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Community Law: an Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, 3e éd., New York: Oxford University Press, 1994.
- Hauriou, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 1929.
- Heck, Philipp von, *Das Problem der Rechtsgewinnung : Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen : Mohr, 1912.
- Hoebel, Edward Adamson, *The Law of Primitive Man : a Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge : Harvard University Press, 2006.
- Hoecke, Mark van, *Law as Communication*, Oxford : Hart Publishing, 2002.
- Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston: Little, Brown, 1881.
- Horowitz, Joseph, *Law and Logic*, New York: Springer, 1972.
- Hurley, Susan L., *Natural Reasons: Personality and Polity*, Oxford: Oxford University Press, 1989.
- Hutchinson, Allan C., *Its All in the Game: A Nonfoundationalist Account of Law and Adjudication*, Durham: Duke University Press, 2000.
- Kant, Immanuel, *Kant : Political Writings*, Hans. S. Reiss (dir.), 14e rééd., Cambridge : Cambridge University Press, 2003 (1793).
- Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, trad. de M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1996 (1790).
- Katz, Jerrold, *The Metaphysics of Meaning*, Cambridge, MA: Massachusetts Institute of Technology Press, 1992.
- Kelman, Mark, *A guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.
- Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law*, trad. de Max Knight, Berkeley: University of California Press, 1967.
- Kelso, R. Retall, et Kelso, Charles D., *Studying Law: An Introduction*, St. Paul, Minn. : West Publishing, 1984.

- Kennedy, David, *International Legal Structures*, Baden-Baden : Nomos, 1987.
- Kennedy, David, *The Dark Sides of Virtue : Reassessing International Humanitarianism*, Princeton: Princeton University Press, 2004.
- Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997.
- Kennedy, Duncan, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*, Cambridge, MA: Afar, 1983.
- Kennedy, Duncan, *Sexy Dressing, etc.: Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.
- Kenny, Anthony, *Wittgenstein*, Madrid: Revista de Occidente, 1974.
- Kipke, Saul, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982.
- Klyutchevsky, Vasily. Курс русской истории. Лекция 8, publié en 1900, disponible sur <http://www.tuad.nsk.ru/~history/Author/Russ/K/KluchevskijVO/kurs/kllec08.htm>, 14 04 2010.
- Koskenniemi, Martti, *La politique du droit international*, Paris : A. Pedone, 2007.
- Kuyu, Camille, *Écrits d'anthropologie juridique et politique*, Bruxelles : Bruylant, 2008.
- Lacan, J., *The Ethics of Psychoanalysis*, Londres : Routledge, 1992
- Lambert, Édouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis ; l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris : Giard, 1921.
- Leach, Philip, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, 2e éd., Oxford : Oxford University Press, 2005.
- Legendre, Pierre, *Le désir politique de Dieu : étude sur les montages de l'État du Droit*, Paris : Fayard, 2e éd. 2005 (1988).
- Lévi-Strauss, C., « Leçon d'écriture », chap. XXVIII, *Tristes tropiques*, Paris : Plon, 1955.
- Levi-Strauss, Claude, *The Savage Mind*, Chicago : University of Chicago Press, 1966.
- Livshits, Roman, *Теория права*, Moscou : БЕК, 2001.
- Llewellyn, Karl N., *The Bramble Bush, or, Our Law and Its Study*, New York: Oceana Publishing, 1960.
- Llewellyn, Karl N., *Tradition – Deciding Appeals*, Boston: Little, Brown and Company, 1960.
- Lundstedt, Vilhelm, *Legal Thinking Revised : My Views on Law*, Stockholm : Almqvist & Wiksell, 1956.
- Lygina, Nina, et Makarova, Tatyana, *Povedenie potrebiteley*, Moscou : Forum, 2005.

- Lyotard, Jean-Francois, *La Condition postmoderne: Rapport sur le savoir*, Paris : Minuit, 1979.
- Lyotard, Jean-François, *Le différend*, Paris : Les éditions de minuit, 1983.
- MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, rééd., Oxford: Oxford University Press, 2007 (1978).
- MacCormick, Neil, *Questioning sovereignty: law, state, and nation in the European Commonwealth*, Oxford : Oxford University Press, 2002 (1999).
- MacKinnon, Catharine, *Toward Feminist Jurisprudence*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1989.
- Maine, Henry, *Ancient Law*, rééd., Washington: Beard Books, 2000 (1861).
- Malakhov, Valery, et Kazakov, Vladimir, *Теория государства и права*, Moscou : Akademitchesky projekt, 2002.
- Maritain, Jacques, *Sept leçons sur l'être*, 5^e édition, Paris : J. de Monléon et Y. Simon, (1934).
- Mark van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford : Hart Publishing, 2002.
- Matantsev, Aleksandr, *Effektivnost reklamy*, Moscou : Finpress, 2002.
- McBain, Howard, *Living Constitution*, New York : Workers Education Bureau Press, 1927.
- Mercurio, Nicholas, et Medema, Steven G., *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, 2e edition, Princeton: Princeton University Press, 2006.
- *Merriam-Webster's Dictionary of Law*, 1996, disponible sur <http://dictionary.lp.findlaw.com/scripts/results.pl?co=dictionary.lp.findlaw.com&topic=63/63b4fcaa9491b3dbc9046a8eb1b07293>, 10 04 2010.
- Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York : New York University Press, 1995.
- Montesquieu, Charles de, *De l'esprit des lois*, rééd., Paris : Gallimard, 1995 (1758), Livre VI, Chapitre III, disponible sur http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html, 14 04 2010.
- Moore, Henrietta L., et Seters, Todd, “Magical Interpretations et Material Realities: an Introduction”, dans Moore, Henrietta L., et Seters, Todd (dir.), *Magical interpretations, Material Realities: Modernity, Witchcraft et Occult in Postcolonial Africa*, London: Routledge, 1997.
- Morgan, Augustus De, *A Budget of Paradoxes*, Vol. II, David Eugene Smith (dir.), New York : Cosimo, 2007 (1954), p.2 en ligne sur Project Gutenberg, <http://www.gutenberg.org/files/26408/26408-8.txt>. Muromtsev, Sergey, *Определение и основное разделение права*, Saint-

Pétersbourg : Издательский Дом Санкт-Петербургского государственного университета, réédition, 2004 (1879).

- Nelson, Sarah Milledge, *Shamanism and the Origin of States: Spirit, Power, and Gender in East Asia*, Walnut Creek, California: Left Coast Press, 2008.
- Nicolau, Gilda, Pignarre, Geneviève, et Lafargue, Régis, *Éthnologie juridique : autour de trois exercices*, Paris : Dalloz, 2007.
- Ogden, Charles, et Richards, Ivor, *The Meaning of Meaning : A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*, London: Kegan Paul, Trench, Trubner, 1923.
- Opocher, Enrico, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova : Cedam, 1983.
- Ost, François, et Kerchove, Michael van de, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, 1988.
- Pashukanis, Evgeny, *The General Theory of Law and Marxism*, trad. de Barbara Einhorn, New Brunswick: Transaction Publishers, 2007 (1924).
- Pashukanis, Evgeny, *Избранные произведения по общей теории права и государства*, S. Kudryavtsev (dir.), Moscou: Nauka, 1980.
- Pears, David *The False Prison*, vol. 2., Oxford: Clarendon Press, 1987-1988.
- Perry, Michael J., *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*, Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Pesotskiy, Evgeny, *Reklama I psikhologiya potrebitelia*, Postov-na-Donu : Fenix, 2004.
- Piaget, Jean, *The Child's Conception of the World*, trad. de Joan Tomlinson et de Etrew Tomlinson, : Patterson, NJ: Littlefield, 1960.
- Posner, Richard A., *How Judges Think*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2008.
- Posner, Richard, *The Economic of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.
- Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.
- Pound, Roscoe, *Law and Morals*, Chapel Hill : University of North California Press, 1924.
- Pradel, Jean, Corstens, Geert, et Vermeulen, Gert, *Droit pénal européen*, Paris : Dalloz, 1999.
- Purcell, Edward A., Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, Lexington : University Press of Kentucky, 1973.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1979.

- Ringelnatz, Joachim, *Und auf einmal steht es neben dir: gesammelte Gedichte*, Berlin: Henssel, 1957.
- Ritzer, George (dir.), *Encyclopedia of social theory*, vol. 2, London: Sage Publications, 2005.
- Rodell, Fred, *Woe Unto You, Lawyers!*, New York : Pageant Press, 1939).
- Ronald Dworkin, *The Supreme Court Phalanx: the Court's New Right-Wing Bloc*, New York : New York Review of Books, 2008, p. 48.
- Rorty, Richard, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis: University of Minneapolis Press, 1982.
- Rorty, Richard, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton: Princeton University Press, 1979.
- Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Clark, New Jersey : The Lawbook Exchange, 6e ed., 2008 (1959).
- Ross, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence : A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen : E. Munksgaard, 1946.
- Rousseau, Jean-Jacques, *Le contrat social*, livre IV chapitre VIII, disponible sur <http://www.cvm.qc.ca/ccollin/conception/rousseau/rousseau7.htm>, 14 04 2010.
- Rozhkov, Igor, *Reklama: planka dlia "profi"*, Moscou : Yurait, 1997.
- Russell, Bertrand, *Mysticism and Logic*, London: Longmans, Green, 1918.
- Rùthers, Bernd, *Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen in Dritten Reich*, München: Beck, 2e éd., 1989.
- Sainsbury, Richard M., *Concepts Without Boundaries*, London: King's College London, 1991.
- Sapargaliev, Gairat, *Komentariy k Konstitutsii RESpubliki Kazakhstan*, Almaty: Zhety Tharhy, 2004.
- Sapargaliev, Gairat, *Комментарий Конституции Республики Казахстан*, Almaty : Zhety Zharhy, 1998.
- Saywell, John T., *The Lawmakers– Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto : University of Toronto Press, 2002.
- Schmitt, Carl, *Political Theology : Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trad. de George Schwab, Chicago: University of Chicago Press, réédition, 2005 (1922).
- Sergey Alexeev, *Теория права*, Moscou : BEK, 1994.
- Seyock, Barbara, *Auf den Spuren der Ostbarbaren*, vol. 8, Tübingen: Bunka, 2004.
- Shirokogoroff, Sergey, *Psychomental Complex of the Tungus*, London : Kegan, Paul, Trench, Trubner, 1935.

- Soble, Alan, *Sex from Plato to Paglia : A Philosophical Encyclopedia*, Westport, CT : Greenwood Press, 2006.
- Spooner, Lyseter *The Unconstitutionality of Slavery*, 2e éd., New York : Burt Franklin, 1965 (1860).
- Tucker, St. George, *Blackstone's commentaries : with notes of reference to the constitution and laws, of the federal government of the United States, and of the Commonwealth of Virginia : with an appendix to each volume, containing short tracts upon such subjects as appeared necessary to form a connected view of the laws of Virginia as a member of the federal union*, vol. 2, Union, N.J. : Lawbook Exchange, 1996.
- Tushnet, Mark, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitution Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1988.
- Tuzmukhamedov, Bakhtiar, et Kuznetsov, Valery, *Mezdunarodnoje pravo*, Moscou : Norm, 2007.
- Unger, Roberto, *Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1983.
- Unger, Roberto, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press, 1975.
- Unger, Roberto, *What Should Legal Analysis Besome?*, London : Biddles Ltd., 1996.
- Vaiskopf, Mikhail, *Писатель Сталин*, Moscou: Novoe literaturnoe obozrenie, 2001, disponible sur http://www.plexus.org.il/texts/vaiskopf_pisat.htm, 14 04 2010.
- Vattel, Emer de, *Le droit de la guerre et de la paix*, Paul Pradier-Fodéré (dir.), Parris : Guillaumin, 1867, vol. 1.
- Vattel, Emer de, *Le droit des gens, ou, Principes de la loi naturelle*, avec l'introduction de Albert Geouffre de Lapradelle, Washington : Carnegie Institution of Washington, 1916.
- Vergès, Jacques, *De la stratégie judiciaire*, Paris : Minuit, 1968.
- Vyshinsky, Andrey, *Основные задачи науки советского социалистического права*, Moscou: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1938.
- Waismann, Friedrich, *The Principles of Linguistic Philosophy*, R. Harre (dir.), London: Macmillan, 1965.
- Waismann, Friedrich, « Language Strata » in A. Flew (dir.), *Logic and Language*, Oxford: Basil Blackwell, 1961.
- Weber, Max, *Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology*, Guenther Roth et Claus Wittich (dir.), Los Angeles : University of California Press, 1978 (première publication en 1921-1922).

- 🌐 Weber, Max, *Max Weber on Law in Economy and Society I*, Max Rheinstein (dir. et traducteur), New York: Free Press, 1954 (1925).
- 🌐 Williams, Robert A. Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: the Discourses of Conquest*, Oxford: Oxford University Press, 1990.
- 🌐 Wintgens, Luc, *Droit, principes et théories pour un positivisme critique*, Bruxelles : Bruylant, 2000.
- 🌐 Wittgenstein, Ludwig, *Wittgenstein's Lectures on the Foundations of Mathematics*, Cora Diamond (dir.), Sussex: Harvester Press, 1976.
- 🌐 Wittgenstein, Ludwig, *Wittgenstein's Lectures: Cambridge 1930-1936*, D. Lee (dir.), Chicago: University of Chicago Press, 1980.
- 🌐 Wittgenstein, Ludwig, *Zettel*, G.E.M. Anscombe, G.H. von Wright (dir.), Oxford: Basil Blackwell, 2007 (1967).
- 🌐 Wolf, Erik, *Das Problem der Naturrechtslehre : Versuch einer Orientierung*, Karlsruhe : Müller, 1964.
- 🌐 Yan, Viktor, *Provedenie reklamnykh kompaniy: Strategiya, Struktura, Nositeli*, Moscou : Vershina, 2003.
- 🌐 Žižek, Slavoj, *Tarrying with the Negative: Kant, Hegel, and the critique of ideology*, Durham : Duke University Press, 1993.
- 🌐 Zupančič, Boštjan M., *The Owl Of Minerva: Essays On Human Rights*, Utrecht : Eleven International Publishing, 2008.

Articles

- 🌐 Abel, Rick, “Why does the ABA Promulgate Ethical Rules?”, 59 *Texas Law Review* 639 (1981).
- 🌐 Allen, Jessie, “A Theory of Adjudication : Law as Magic”, 41 *Suffolk University Law Review* 843 (2008).
- 🌐 Alston, Philip, „Introduction” dans Philip Alston (dir.), *Human Rights Law*, Aldershot: Dartmouth Publishing, 1996.

- ☺ Arnold, Thurman W., „Institute Priests and Yale Observers – A Reply to Dean Goodrich”, 84 *University of Pennsylvania Law Review* 815 (1936).
- ☺ Austin, Regina, “Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of Intentional Infliction of emotional distress”, 41 *Stanford Law Review* 44 (1988).
- ☺ Baitin, Mikhail, « О современном нормативном понимании права », 1 *Журнал российского права* 103 (1999).
- ☺ Baker, Gordon P., « Defeasibility and Meaning » dans P. M. S. Hacker, J. Raz (dir.), *Law, Morality, and Society*, Oxford: Clarendon Press, 1977.
- ☺ Balkin, Jack M., “Deconstructive Practice and Legal Theory”, 96 *Yale Law Journal* 743 (1987).
- ☺ Balkin, Jack, “The Crystalline Structure of Legal Thought”, 39 *Rutgers Law Review* 1 (1986).
- ☺ Balkin, Jack, et Levinson, Stanford, “Law, Music, and Other Performing Arts”, 139 *University of Pennsylvania Law Review* 1597 (1991).
- ☺ Barak, Aharon, „The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administrator of Justice” dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- ☺ Barav, Ami, “The European Court of Justice and the Use of Judicial Discretion” dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- ☺ Barshack, Lior, “Between Ritual and Theatre: Judicial Performance as Paradox” dans Oren Perez, Gunther Tuebner (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford: Hart Publishing, 2006.
- ☺ Barshak, Lior, “The Totemic Authority of the Court”, 11 *Law and Critique* 308 (2000).
- ☺ Baudrillard, Jean, “L’Europe divine”, *Libération*, 17 03 2005.
- ☺ Bender, Leslie, „An Overview of Feminist Tort Scholarship“, 78 *Cornell Law Review* 575 (1993).
- ☺ Berdyaev, Nicolay, « L. Tolstoy », disponible sur <http://www.vehi.net/berdyaev/tolstoi.html>, 14 04 2010.
- ☺ Bickel, Alexander M., “The Supreme Court. 1960 Term – Foreword: The Passive Virtues”, 75 *Harvard Law Review* 40 (1961).
- ☺ Bolick, Clint, “Viva el activismo judicial!”, in *Gaceta de los Negocios*, 25 05 2007.
- ☺ Bork, Robert, « Neutral Principles and Some first Amendment Problems », 47 *Indiana Law Journal* 10 (1971).

- 👤 Bowring, Bill, “Negating Pluralist Democracy: The Strasbourg Court Forgets the Rights of the Electors”, 11 *Kurdish Human Rights Project Legal Review* 67 (2007).
- 👤 Boyle, James, “Introduction” dans James Boyle (dir.), *Critical Legal Studies*, Dartmouth : New York University Press, 1994.
- 👤 Boyle, James, “Legal Realism and the Social Contract: Fuller’s Public Jurisprudence of Form, Private Jurisprudence of Substance”, 78 *Cornell Law Review* 371 (1993).
- 👤 Boyle, James, “The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought”, 133 *University of Pennsylvania Law Review* 685 (1985).
- 👤 Breyer, Stephen, « Judicial Independence : Remarks by Judge Breyer », 95 *Georgetown Law Journal* 903 (2007).
- 👤 Carlshamre, Ur, *Language and Time*, Göteborg 1987, disponible ici <http://www.philosophy.su.se/kurser/Fakultetskurs/fktexter/intro3.pdf> 01 02 2010.
- 👤 Carlson, David, « Bankruptcy Theory and the Creditors’ Bargain », 61 *University of Cincinnati Law Review* 453 (1992).
- 👤 Carrington, Paul, “Of Law and the River”, 34 *Journal of Legal Education* 222 (1984).
- 👤 Carter, James C., „The Ideal and the Actual in Law“, 24 *American Law Review* 752 (1890).
- 👤 Casebeer, Ken, "Unemployment Insurance: American Social Wage, Labor Organization and Legal Ideology" 35 *Boston College Law Review* 259 (1994).
- 👤 Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost”, 3 *Journal of Law and Economics* 19 (1960).
- 👤 Cohen, Felix “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, 35 *Columbia Law Review* 809 (1935).
- 👤 Cohen, Morris, “Property and Sovereignty”, 13 *Cornell Law Quarterly* 14 (1927).
- 👤 Cook, Walter, « Scientific Method and the Law », 13 *American Bar Association Journal* 303 (1927).
- 👤 Corbin, Arthus, “Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations”, 26 *Yale Law Journal* 204-206 (1917).
- 👤 Cornell, Drucilla, “Toward a Modern/Postmodern Reconstruction of Ethics”, 133 *University of Pennsylvania Law Review* 291 (1985).
- 👤 Coste, F.C. de, et al. (dir.), *Feminist Legal Literature: A Selected Annotated Bibliography*, New York: Garland Publishers, 1991. Dalton, Clare, “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine”, 84 *Yale Law Journal* 997 (1985).
- 👤 Cover, Robert, “The Violence of the Word”, 95 *Yale Law Journal* 1625 (1986).
- 👤 Cover, Robert, « Violence and the Word », 95 *Yale Law Journal* 1625 (1986).

- 👤 Crenshaw, Kimberlé, “Whose Story Is It, Anyway ? Feminist and Antiracist Appropriations of Anita Hill” dans Toni Morrison (dir.), *Race-ing Justice, En-gendering Power: Essays on Anita Hill, Clarence Thomas, and the Construction of Social Reality*, New York: Pantheon Books, 1992.
- 👤 Crenshaw, Kimberlé, « Race, Reform and Retrenchment : Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law », 101 *Harvard Law Review* 1372 (1988).
- 👤 Dalton, Clare, “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine”, 94 *Yale Law Journal* 999 (1985).
- 👤 Damich, Edward J., "The Essence of Law According to Thomas Aquinas", 30 *American Journal of Jurisprudence* 79 (1985).
- 👤 Delgado, Richard, « The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature », 132 *University of Pennsylvania Law Review* 561 (1982).
- 👤 Derrida, Jacques, “Force of Law : The Mystical Fondation of Authority” 11 *Cardozo Law Review* 945 (1990).
- 👤 Dewey, John, « Logical Method and Law », 10 *Cornell Law Quarterly* 17 (1924).
- 👤 « Drôles de bêtes », *Science et Vie* - N°1079 - Août 2007, p. 88.
- 👤 Dworkin, Ronald, “Law as Interpretation”, 60 *Texas Law Review* 560 (1982).
- 👤 Dworkin, Ronald, “No Right Answer?” dans P.M.S. Hacker, J. Raz (dir.), *Law, Morality, and Society*, Oxford: Clarendon Press, 1977.
- 👤 Dworkin, Ronald, “On Gaps in the Law” dans P. Amselek, N. MacCormick (dir.), *Controversies about Law’s Ontology*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991.
- 👤 Eskridge, William, « A Social Constructionist Critique of Posner’s Sex and Reason : Steps toward a Gaylegal Agenda », 102 *Yale Law Journal* 333 (1992).
- 👤 Fairman, Christopher, “Fuck”, 59 *Public Law and Legal Theory – Ohio State University Moritz College of Law* 11 (2006).
- 👤 Fallon, Marc, « Libertés communautaires et règles de conflit de loi », dans Angelika Fuchs, Horatia Watt, Étienne Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris : Dalloz, 2004.
- 👤 Finley, Lucinda, "The Pharmaceutical Industry and Women's Reproductive Health: The Perils of Ignoring Risk and Blaming Women" in J. Fox & E. Szockyj (dir.), *Corporate Victimization of Women*, Boston : Northeastern University Press, 1996.
- 👤 Finnis, John, “On Reason and Authority in *Law’s Empire*”, 6 *Law & Philosophy* 357 (1987).
- 👤 Finnis, John, « Concluding Reflections », 38 *Cleveland State Law Review* 231 (1990).

- 👤 Fiss, Owen, « Objectivity and Interpretation », 34 *Stanford Law Review* 739, 763 (1982).
- 👤 Fletcher, George, *Rethinking Criminal Law*, Boston: Little, Brown and Co., 1978.
- 👤 Foucault, Michel, “Two Lectures” (1976) in Colin Gordon (dir. et trad.), *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977 / Michel Foucault*, New York: Pantheon, 1980.
- 👤 Freeman, Alan, “Truth and Mystification in Legal Scholarship”, 90 *Yale Law Review* 1229 (1981).
- 👤 Freud, Sigmund, “The Ego and the Id” dans James Strachey (dir.), *The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud*, vol. 19, London: The Hogarth Press, 1966.
- 👤 Fromm, Erich, “Avtoritarnaya lichnost” dans D. Raygorodsky (dir.), *Psikhologiya I psikhoanaliz vlasti: Khrestomatiya*, vol. 2, Samara: Bakhrakh, 1999.
- 👤 Frowein, Jochen A., « Konstitutionalisierung des Völkerrechts », 39 *Bericht der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht -Völkerrecht und internationales Recht in einem sich globalisierenden internationalen System* 427 (2000).
- 👤 Frug, Gerald E., “The Ideology of Bureaucracy in American Law”, 97 *Harvard Law Review* 1276 (1984).
- 👤 Frug, Gerald, “The City as a Legal Concept”, 93 *Harvard Law Review* 1057 (1980).
- 👤 Frug, Mary J., « Commentary : A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft) », 105 *Harvard Law Review* 1045 (1992).
- 👤 Frug, Mary Joe, “A Postmodern Feminist Legal Manifesto (an unfinished draft)”, 105 *Harvard Law Review* 1045 (1992).
- 👤 Frug, Mary Joe, “Re-Reading Contracts: A Feminist Analysis of a Contract Casebook”, 34 *American University Law Review* 1065 (1985).
- 👤 Fuller, Lon L., “American Legal Realism”, 82 *University of Pennsylvania Law Review* 452 (1934).
- 👤 Fuller, Lon L., et Perdue, William R. Jr., “The Reliance Interest in Contract Damages”, 46 *Yale Law Journal* 52 (1936-1937).
- 👤 Fuller, Lon, “Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart”, 71 *Harvard Law Review* 662 (1958).
- 👤 Gabel, Peter “Reification in Legal Reasoning”, 3 *Research in Law and Sociology* 27 (1980).
- 👤 Gallie, Walter, « Essentially Contested Concepts », 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 180-181 (1956).

- 👤 Gardner, John, « Concerning Permissive Sources and Gaps », 8 *Oxford Journal of Legal Studies* 457-460 (1988).
- 👤 George, Paul M., et McGlamery, Susan, “Women et Legal Scholarship: A Bibliography”, 77 *Iowa Law Review* 87 (1991).
- 👤 Gilligan, Carol, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
- 👤 Glick, Caroline B., “Israel’s Judicial Tyranny”, *Jerusalem Post*, 18 11 2005.
- 👤 Gordon, Robert, “Critical Legal Histories”, 36 *Stanford Law Review* 93 (1984).
- 👤 Gordon, Robert, “Some Critical Theories of Law and their Critics” in David Kairys (dir.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 3e éd., New York: Basic Books, 1998.
- 👤 Gordon, Robert, “Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law”, 15 *Florida State University Law Review* 195 (1987).
- 👤 Green, Leon, „The Duty Problem in Negligence“, 28 *Columbia Law Review* 1014 (1928).
- 👤 Grey, Thomas, “Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory”, 63 *Southern California Law Review* 1569 (1990).
- 👤 Griswold, Erwin, « The Supreme Court. 1959 Term – Foreword : Of Time and Attitudes – Professor Hart and Judge Arnold », 74 *Harvard Law Review* 81 (1960).
- 👤 Habermas, Jürgen, “¿Es aún possible el proyecto kantiano de la constitucionalización del derecho internacional?” dans M. Escamilla, M. Saavedra (dir.), *Derecho y justicia en una sociedad global*, Granada : Anales de la cátedra Francisco Suárez, 2005.
- 👤 Hale, Robert, “Cohercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State, 38 *Political Science Quarterly* 475 (1923).
- 👤 Hale, Robert, “Prima Facie Torts, Combinations, and Non-Feasance”, 46 *Columbia Law Review* 196 (1946).
- 👤 Hart, Henry Jr., “The Supreme Court, 1958 Term: Forward: The Time Chart of the Justices”, 73 *Harvard Law Review* 84 (1959).
- 👤 Heck, Philipp von, « The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests», in M. Magdalena Schoch (dir. et traducteur), *The Jurisprudence of Interests: selected writings of Max Rümelin [et autres]*, Cambridge, Harvard University Press, 1948.
- 👤 Held, David, « Los principios del orden cosmopolita », in M. Escamilla, M. Saavedra (dir.), *Derecho y justicia en una sociedad global*, Granada : Anales de la cátedra Francisco Suárez, 2005.

- 👤 Hohfeld, Wesley, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *23 Yale Law Journal* 16 (1913).
- 👤 Holmes, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *10 Harvard Law Review* 457 (1897).
- 👤 Holmes, Oliver Wendell, « Privilege, Malice, and Intent » dans *Collected Legal Papers*, éd. Buffalo, New York: William S. Hein, 1985 (article publié pour la première fois en 1894).
- 👤 Hutcheson, Joseph C., « The Judgment Intuitive : The Function of the « Hunch » in Judicial Decision », *14 Cornell Law Quarterly* 274 (1929).
- 👤 Johns, Claude H. W., "Law (Babylonian)", in James Hastings et al. (dir.), *Encyclopædia of religion and ethics*, New York : Ch. Scribner's Sons, 1915, p. 817.
- 👤 Joxerramon Bengoetxea, « The Scope for Discretion, Coherence and Citizenship » dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- 👤 Kairys, David, “Law and Politics”, *52 George Washington Law Review* 243, 248-249 (1984).
- 👤 Kedar, Nir, “The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes” dans Oren Perez et Gunther Tuebner (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford: Hart Publishing, 2006.
- 👤 Kelman, Mark, “Interpretative Construction in the Substantive Criminal Law”, *33 Stanford Law Review* 591 (1981).
- 👤 Kelman, Mark, “Trashing”, *36 Stanford Law Review* 293 (1984).
- 👤 Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987.
- 👤 Kennedy, David “The Spectacle and the Libertine”, in L.V. Kaplan, B.I. Moran (dir.), *Aftermath: The Clinton Impeachment and the Presidency in the Age of Political Spectacle*, New York : New York University Press, 2001.
- 👤 Kennedy, Duncan, “American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist,” *19 Nova Law Review* 909 (1995).
- 👤 Kennedy, Duncan, “Boola!”, *49 Social Text* 31 (1996).
- 👤 Kennedy, Duncan, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *89 Harvard Law Review* 1685 (1976).
- 👤 Kennedy, Duncan, “Freedom and Constraint in Adjudication : A Critical Phenomenology”, *36 Journal of Legal Education* 518 (1986).
- 👤 Kennedy, Duncan, “The Stakes of Law, or Hale and Foucault!”, *15 Legal Studies Forum* 327 (1991).

- 👤 Kennedy, Duncan, “The Structure of Blackstone’s Commentaries”, 28 *Buffalo Law Review* 209 (1978).
- 👤 Kennedy, Duncan, “Two Globalisations of Law and Legal Thought: 1850-1968”, 36 *Suffolk University Law Review* 648 (2003).
- 👤 Kennedy, Duncan, « A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation » in Enrique Cáceres et al. (dir.), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, Mexico : Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 154.
- 👤 Kennedy, Duncan, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber’s Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought », 55 *Hastings Law Journal* 1033 (2004).
- 👤 Kennedy, Duncan, et Belleau, Marie-Claire, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », 56 *Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques* 171 (2006).
- 👤 Kennedy, Duncan, et Gabel, Peter, « Roll over Beethoven », 36 *Stanford Law Review* 1 (1984).
- 👤 Kennedy, Duncan, Interview avec Duncan Kennedy par Gerard J. Clark, “A Conversation with Duncan Kennedy”, 24 *The Advocate* 54 (1994).
- 👤 Kennedy, Duncan, Interview de Vicki Quade avec Duncan Kennedy, “Are lawyers really necessary?” dans *Barrister*, automne 1987.
- 👤 Khashenko, Valery, et Baranova, Anna, « Vzaimosviaz otsenki kachestva zhizni i ekonomiko-psikhologicheskogo statusa lichnosti » dans A. Zhuravleva, A. Kupeichenko (dir.), *Problemy ekonomicheskoy psikhologii*, Moscou : Institut de psychologie de l’Académie des sciences de Russie, 2004.
- 👤 Kingston, Jennifer A., *Harvard Tenure Battle puts „Critical Legal Studies“ on Trial*, New York Times, 30 08 1987.
- 👤 Klare, Karl, “Workplace Democracy and Market Reconstruction: An Agenda for Legal Reform”, 38 *Catholic University Law Review* 1 (1988).
- 👤 Kmiec, Keenan D., “The origin and current meanings of “judicial activism””, 92 *California Law Review* 1445 (2004).
- 👤 Koopmans, Thijmen, “Methods of Interpretation” dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- 👤 Kornhauser, Lewis, « The Great Image of Authority », 36 *Stanford Law Review* 354 (1984).

- ☺ Kūris, Egidijus, Interview de Jūratė Skėrytė avec Egidijus Kūris, le président de la Cour constitutionnelle lituanienne, publié sur le site web de la Cour constitutionnelle de la Lituanie le 20 03 2008, www.lrkt.lt/APublikacijos_20080320a.html, 14 04 2010.
- ☺ Kymlicka, Will, « Las bases morales y las funciones geopolíticas de las normas internacionales de los derechos de las minorías : un estudio del case europeo », in M. Escamilla, M. Saavedra, *Derecho y justicia en una sociedad global*, Granada : Anales de la cátedra Francisco Suárez, 2005.
- ☺ Lacey, Linda J., « Introducing Feminist Jurisprudence : An Analysis of Oklahoma’s Seduction Statute », *25 Tulsa Law Journal* 777 (1990).
- ☺ Laski, Harold, “The Basis of Vicarious Liability”, *26 Yale Law Journal* 135.
- ☺ Lasser, Mitchel, “Sur “Critical Legal Studies”” in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.
- ☺ Lasswell, Harold, et McDougal, Myres, “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, *52 Yale Law Journal* 203 (1943).
- ☺ Leist, Oleg, « Теория права » in N. Marchenko (dir.), *Общая теория государства и права*, vol. 2, Moscou : Zertsalo, 1998.
- ☺ Lem, Anton van der, « Het gedoogbeleid in de zestiende eeuw » in W. J. van Noort, R. T. P. Wiche (dir.), *Nederland als voorbeeldige natie*, Hilversum: Verloren, 2006.
- ☺ Llewellyn, Karl N., "On the Good, the True, the Beautiful, in Law," *9 University of Chicago Law Review* 224 (1941-1942).
- ☺ Llewellyn, Karl N., “Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound”, *44 Harvard Law Review* 1222 (1931).
- ☺ Llewellyn, Karl N., “What Price Contract? – An Essay in Perspective”, *40 Yale Law Journal*, 1931.
- ☺ Llewellyn, Karl N., „Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to be Construed“, *3 Veterbilt Law Review* 401 (1950).
- ☺ Llewellyn, Karl, “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, *30 Columbia Law Review* 431 (1930).
- ☺ Loicq, Jean, « Les druides dans l’ancienne société celtique », *57 Mélanges de science religieuse* 31-45 (2001).
- ☺ Lyons, David, « Moral Aspects of Legal Theory », *7 Midwest Studies in Philosophy* 223 (1982).

- ☺ MacKinnon, Catharine, “Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence”, 8 *Signs* 635 (1983).
- ☺ Matsuda, Mari, « Looking to the Bottom : Critical Legal Studies and Reparations », 22 *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 324 (1987).
- ☺ Mauzin, Maurizio, “Justice, Argumentation and Truth in Legal Reasoning” dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007.
- ☺ Mazzaresse, Tecla, « Judicial Implementation of Human Rights », 15 *Recht, Gerechtigkeit und der Staat, Rechtstheorie, Beiheft* 206 (1993).
- ☺ McDowell, John, « Non-Cognitivism and Rule-Following », in Steven Holtzman, Christopher Leich (dir.), *Wittgenstein: to Follow a Rule*, London: Routledge & Kegan Paul, 1981.
- ☺ Mensch, Elizabeth, “Book Review”, 33 *Stanford Law Review* 753 (1981).
- ☺ Miller, Fred D., Jr., "Aristotle and the origins of natural rights", 49 *The Review of Metaphysics* 873 (1996).
- ☺ Minda, Garry, “Phenomenology, Tina Turner and the Law”, 16 *New Mexico Law Review* 479 (1986).
- ☺ Minda, Gary, “The Lawyer-Economist at Chicago : Richard Posner and the Economic Analysis of Law”, 39 *Ohio State Law Journal* 439 (1978).
- ☺ Minow, Martha, “Law Turning Outward”, 73 *Telos* 84-85 (1986).
- ☺ Minow, Martha, « Forward : Justice Engendered », 101 *Harvard Law Review* 10 (1987).
- ☺ Moller Okin, Susan, “Sexual Difference, Feminism, and the Law”, 16 *Law and Social Inquiry* 553 (1991).
- ☺ Montesquieu, Charles de, *De l'esprit des lois*, rééd., Paris : Gallimard, 1995 (1758).
- ☺ Moore, Michael, “A Natural Law Theory of Interpretation”, 58 *Southern California Law Review*, 277 (1985).
- ☺ Moore, Michael, “Metaphysics, Epistemology and Legal Theory”, 60 *Southern California Law Review* 480 (1987).
- ☺ Moore, Michael, “Moral Reality”, 6 *Wisconsin Law Review* 1061 (1982).
- ☺ Moore, Michael, “The Interpretative Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?”, 41 *Stanford Law Review* 878 (1989).
- ☺ Moore, Michael, « Law as a Functional Kind » dans R. George (dir.), *Natural Law Theories*, Oxford: Oxford University Press, 1992.
- ☺ Moore, Underhill, « Rational Basis of Legal Institutions », 23 *Columbia Law Review* 612 (1923).

- ☺ Morawetz, Thomas, « Understating Disagreement, the Root Issue of Jurisprudence : Applying Wintgenstein to Positivism, Critical Theory and Judging », 141 *University of Pennsylvania Law Review* 371 (1992).
- ☺ Nersetsyants, Vladik, “Философия права: либертарно-юридическая концепция“, 3 *Вопросы философии* 3-15 (2002).
- ☺ Novak, Marko, « Limiting Courts : Towards Greater Consistency of Adjudication in the Civil Law System » dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007.
- ☺ Oliphant, Herman, « A Return to Stare Decisis », 14 *American Bar Association Journal* 159 (1928).
- ☺ Olivecrona, Karl, « Legal Language and Reality », in R. A. Newman (dir.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis : Bobbs-Merrill Co., 1962.
- ☺ Olsen, Frances, “The Sex of Law” dans David Kairys (dir.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York: Pantheon Books, 1990.
- ☺ Ost, François, « Le droit au miroir de la littérature », *Le Monde*, 21 10 2002, http://www.lemonde.fr/savoirs-et-connaissances/article/2002/10/21/francois-ost-le-droit-au-miroir-de-la-litterature_295009_3328.html, 14 04 2010.
- ☺ Patterson, Dannis, « What Was Realism ? », 2 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 193 (1989).
- ☺ Patterson, Dennis, “Law’s Pragmatism: Law as Practice and Narrative”, 76 *Virginia Law Review* 942 (1990).
- ☺ Pavilionis, Rolandas, « Šamanai, teisė ir logika », R. Pavilionis (dir.), *Kada tauta tyli*, Vilnius : Institute for Scientific Research, 2006.
- ☺ Peller, Gary, “Neutral Principles in the 1950s”, 21 *University of Michigan Journal of Law Reform* 586 (1988).
- ☺ Peller, Gary, “The Metaphysics of American Law”, 73 *California Law Review*, 1151 (1985).
- ☺ Perez, Oren, “The Institutionalisation of Inconsistency: From Fluid Concepts to Random Walk” dans Oren Perez and Gunther Tuebner (dir.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Oxford: Hart Publishing, 2006.
- ☺ Poliakov, Andrey, *Введение в общую теорию права и государства : Основные этапы развития общей теории права и государства в России*, <http://pravoznavec.com.ua/books/231/17350/17/#chapter>, 01 04 2010.

- 👤 Pollack, Louis, « Racial Discrimination and Judicial Integrity : A Reply to Professor Wechsler », 108 *University of Pennsylvania Law Review* 28 (1959).
- 👤 Posner, Richard, “Foreword: A Political Court”, 119 *Harvard Law Review* 63 (2005).
- 👤 Posner, Richard, “The Material Basis of Jurisprudence”, 69 *Indiana Law Review* 1 (1993).
- 👤 Posner, Richard, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, 8 *Journal of Legal Studies* 103 (1979).
- 👤 Pound, Roscoe, “Law in Books and Law in Action”, 44 *American Law Review* 36 (1910).
- 👤 Pound, Roscoe, “The Call for a Realist Jurisprudence”, 44 *Harvard Law Review* 697 (1931).
- 👤 Pound, Roscoe, „Liberty of Contract“, 18 *Yale Law Journal* 454 (1909).
- 👤 Pouthier, Jean-Luc, « Avant-propos à N. Bobbio » in N. Bobbio, *Le futur de la démocratie*, trad. De Jean-Luc Pouthier, Paris : Le Seuil, 2007.
- 👤 Prince, Rafael, thèse *A César o que é de Deus : magia, mito e sacralidade do direito*, Université de Sao Paulo, 2008.
- 👤 Puppo, Federico, “The Problem of Truth in Judicial Argumentation” dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007.
- 👤 Putnam, Hilary, « It Ain't Necessarily So » dans *Mathematics, Matter and Method*, Cambridge: Cambridge University Press, 1975.
- 👤 Rantoul, Robert, « Oration at Scituate » (1836), dans Kermit L. Hall et al., *American Legal History*, New York : Oxford University Press, 1991.
- 👤 Raz, Joseph, „Legal Principles and the Limits of Law“ dans M. Cohen (dir.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London: Duckworth, 1984.
- 👤 Reich, Charles, “The New Property”, 73 *Yale Law Journal* 733 (1964).
- 👤 Reich, Charles, « Beyond the New Property : An Ecological View of Due Process », 56 *Brooks Law Review* 731 (1990).
- 👤 Rodell, Fred “Goodbye to Law Reviews – Revisited”, 48 *Virginia Law Review* 280 (1962 (1936)).
- 👤 Rodríguez Boente, Sonia Esperanza, « Los principios generales del derecho en la argumentación jurídica », dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007.
- 👤 Romano, Roberta, “Metapolitics and Corporate Law Reform”, 36 *Stanford Law Review* 923 (1984).

- 👤 Rosa de Bustamente, Thomas da, et Silva, Denis Franco, « Prospective Overruling : Why and How Italie Sould be Applied (The exemple of the Brazilian Legal System » dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007.
- 👤 Rosaldo, Michelle Z., „It’s All Uphill: The Creative Metaphors of Llongot Magical Spells“, in M. Sancher, D. Blount (dir.), *Sociocultural Dimensions of Language Use*, New York: Academic Press, 1975.
- 👤 Ross, Alf, « Tû-tû », 7 *Enquêtes* 276 (1998), Eric Millard et Elsa Matzner (trad).
- 👤 Rousseau, Jean-Jacques, “Discours sur l’inégalité” dans C.E. Vaughan (dir.), *The Political Writings of J.-J. Rousseau*, Cambridge: Cambridge University Press, 1915, vol. I.
- 👤 Sachot, Maurice, “Comment le christianisme est-il devenu *religio* ?”, 59 *Revue des sciences religieuses* 95 (1985).
- 👤 Scales, Ann, « Towards a Feminist Jurisprudence », 56 *Indiana Law Journal* 375 (1981).
- 👤 Schanck, Peter, “Understeting Postmodern Thought”, 65 *Southern California. Law Review* 2505 (1992).
- 👤 Schutter, Olivier de, « Les Critical Legal Studies au pays du droit international public », 22 *Droit et Société* 585 (1992).
- 👤 Schuyler, Montgomery, « The Philosophy of Law: James C. Carter Makes a Notable Contribution to Its Exposition », *The New York Times*, 09 11 1907.
- 👤 Shellens, Max, "Aristotle on Natural Law", 4 *Natural Law Forum* 75 (1959).
- 👤 Simon, Bill “Social-Republican Property”, 33 *University of California in Los Angeles Law Review* 1335 (1991).
- 👤 Simon, Bill, “The Invention and Reinvention of Welfare Rights”, 44 *Maryland Law Review* 1 (1985).
- 👤 Smiley, Marion, “Gender Justice without Foundations”, 89, *Michigan Law Review*, 1574 (1991).
- 👤 Smith, Carel, “Sincerity in Legal Argumentation Theory” dans Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation and Interpretation*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2007.
- 👤 Stekolnikova, Tatyana, „Reklama: dobro i zlo v odnom flakone“, 5 *Prikladnaya ekonomika* 106 (1999).
- 👤 Stephen M. Feldman, “Diagnosing Power: Postmodernism in Legal Scholarship and Judicial Practice (With Emphasis on the Teague Rule against New Rules in Habeas Corpus Cases)”, 88 *Northwestern University Law Review* 1046 (1994).

- 👤 Stone Sweet, Alec, et McCown, Margaret, “Discretion and Precedent in European Law” dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- 👤 Stone, Kathy, “Labor and Corporate Structure”, 55 *University of Chicago Law Review* 73 (1988).
- 👤 Stone, Kathy, “Labor and Corporate Structure”, 55 *University of Chicago Law Review* 73 (1988).
- 👤 Thayer, James B., “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review* 135 (1893).
- 👤 Tisha Lepp, "Trees", in Mariko Namba Walter, Eva Jane Neumann Fridman (dir.), *Shamanism— an encyclopedia of world beliefs, practices, and culture*, vol. 1, Santa Barbara : ABC Clio, 2004.
- 👤 Tomas, Stanislovas, “European Judicial Shamanism” choisi pour la publication dans Rūta Brūzgienė, Agnieška Juzefovič (dir.), *Metamorphoses of Ritual: From Archaic World Toward Postmodern*, Vilnius : Institute of Philosophy and Culture, 2010.
- 👤 Tomas, Stanislovas, “Theory of Judicial Shamanism” in Josep Aguiló-Regla (dir.), *Logic, Argumentation et Interpretation: Proceedings of the 22nd IVR World Congress 2005*, vol. 5, Stuttgart: Franz Steiner, 2007.
- 👤 Troper, Michel, « La théorie de l’Interprétation et le problème de la supra-légalité constitutionnelle », *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris : Cujas, 1974.
- 👤 Troper, Michel, « Le juge constitutionnel et la volonté générale » dans P. Cometucci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1999, Turin : G. Giappichelli, 1999.
- 👤 Troper, Michel, « Réflexions autour de la théorie kelsenienne de l’État », 17 *Cahiers de Philosophie juridique et politique* 11 (1990).
- 👤 Villey, Michel, « Abrégé du droit naturel classique », dans 6 *Archives de philosophie du droit* 53 (1961).
- 👤 Visscher, Charles de, « Cours général de principes de droit international public », 86 *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye* 451 (1954).
- 👤 Voltaire, “Pensées sur le gouvernement” dans L. Mollet (dir.), *Œuvres complètes de Voltaire*, Paris : Garnier, 1877 (1752).
- 👤 Waismann, Friedrich, « Verifiability », 19 *Proceedings of the Aristotelian Society* 119 (1945).

- 👤 Watson, Donald “If Demons are Real, They're Allergic to Neuroleptics”, *Psychiatric Times*, 3 12 1987.
- 👤 Wechsler, Herbert, « Towards Neutral Principles of Constitutional Law », *73 Harvard Law Review* 12 (1959).
- 👤 Weisberg, Richard, « Family Feud: A Response to Robert Weisberg on Law and Literature », 1 *Yale Journal of Law and the Humanities* 69 (1988).
- 👤 Weisberg, Robert, « Law-Literature Enterprise », 1 *Yale Journal of Law and Human* 1 (1988).
- 👤 West, Robert, “Authority Autonomy and Choice: The Role Of Consent In The Moral and Political Visions Of Franz Kafka and Richard Posner”, *99 Harvard Law Review* 384 (1985).
- 👤 White, James B., “What Can a Lawyer Learn from Literature?”, *102 Harvard Law Review* 2022 (1989).
- 👤 White, James Boyd, « Law as Language : Reading Law and Reading Literature », *60 Texas Law Review* 415 (1982).
- 👤 Wiklund, Ola, « Taking the World View of the European Judge Seriously – some reflections on the role of ideology in adjudication. » dans Ola Wiklund (dir.), *Judicial discretion in European perspective*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- 👤 Williams, Joan C., “Deconstructing Gender”, *87 Michigan Law Review* 828 (1989).
- 👤 Williams, Joan, « Gender Wars : Selfless Women in the Republic of Choice », *66 New York University Law Review* 1567 (1991).
- 👤 Wintgens, Luc, “Introduction” in L. Wintgens (dir.), *Legisprudence*, Oxford : Hart Publishing, 2002.
- 👤 Woolley, Anthony D., « No Right Answer » dans M. Cohen (dir.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London : Duckworth, 1984.
- 👤 Wright, Crispin, “Critical notice of Colin McGinn, Wittgenstein on Meaning”, *98 Mind* 297 (1989).
- 👤 Wright, James Skelly, « Professor Bickel, the Scholarly Tradition, and the Supreme Court », *84 Harvard Law Review* 780 (1971).

Sources orales

- Débat avec le professeur Duncan Kennedy en avril 2008, l'Université de Harvard.
- François Ost, Cours sur la jurisprudence générale donné en 2004-2005 aux Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles.
- Cour du professeur Luc Wintgens sur la légisprudence donné en 2004/2005 à l'Université Catholique de Bruxelles.

Internet

- Conseil national des barreaux, http://archives.cnb.avocat.fr/pdf/observatoire/chiffres_des_7.pdf, 21 09 2007. Engle, Eric, Critical Legal Studies in America, disponible ici <http://www.gradnet.de/papers/pomo2.papers/engle00.htm>, 14 04 2010.
- Fairman, Christopher "Fuck and Law Faculty Rankings", 14 03 2007, disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=971103>, 14 04 2010.
- Goldberg, Jonah, Justice Kennedy's Mind: Where the Constitution resides, 09 03 2005, <http://old.nationalreview.com/goldberg/goldberg200503090749.asp>, 14 04 2010.
- Gouvernement du District autonome de Tchoukotka, Чукотка в древности, http://www.chukotka.org/ru/region/history/old_chukotka/ 07 11 2009.
- Kalugin, Vasily, *Образование древнерусского извода церковнославянского языка*, <http://www.ruscenter.ru/737.html>, 14 04 2010. Lintrop, Aado The incantations of Tubyaku Kosterkin, <http://www.folklore.ee/Folklore/vol2/tubinc.htm>, 14 04 2010.
- Khutbat Ul-Vidam, Прощальная проповедь Пророка Мухаммада (мир ему), http://www.islam.ru/lib/forpeople/propoved_last, trad. de Ashik-Saida Konurbaeva de <http://www.usf.edu.pk>, 14 04 2010.
- Lenkijos- Lietuvos valstybės raida XVI– XVIII a., <http://www.mokslai.lt/referatai/konspektas/lietuvos-lenkijos-valstybes-raida-xvi-xviii-a-puslapis14.html>, 14 04 2010.
- Limburgs – Deutsche Dialekte. University of Portsmouth. <http://userweb.port.ac.uk/~joyce1/dialects/nllimburg.html>. 22 janvier 2010.
- Limburgs als steektaal : tien vragen. Universiteit van Amsterdam. <http://cf.hum.uva.nl/natlearn/limburgs/limbvirg.html>, 22 janvier 2010.
- Masse Gudea, Martin, Urukagina, and the Mesopotamian Origin of the Concept of Liberty, 15 08 2008, <http://www.quebecoislibre.org/10/100115-4.htm>, 14 04 2010.

- 🌐 National Aeronautics and Space Administration, http://www.nasa.gov/worldbook/saturn_worldbook.html, 10 04 2009. Mat Syra Zemlia, <http://godsabay.ru/slavs/syrazeml.html>, 14 04 2010.
- 🌐 New York Times, Marks & Spencer gets 30 million pound tax rebate, http://www.nytimes.com/2005/12/13/business/worldbusiness/13iht-web.1213eutax.html?_r=1 2009-07-09.
- 🌐 Prévot, M., Historique du Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen, <http://www.uclouvain.be/287157.html>, 14 04 2010.
- 🌐 Schrank, Jeffrey, The Language of Advertising Claims, <http://home.olemiss.edu/~egjbp/comp/ad-claims.html>, 14 04 2010.
- 🌐 Sowell, Thomas, Judicial Activism Reconsidered, <http://www.tsowell.com/judicial.htm>, 14 04 2010.
- 🌐 The “Living and Breathing” Constitution?”, <http://www.american-conservativevalues.com/constitution/living-constitution.html>, 14 04 2010.
- 🌐 Under, Roberto, “European Constitutionalism : Proposals for an Agenda of Debate”, disponible sur <http://www.law.harvard.edu/unger/english/docs/europe1.doc>, 14 04 2010.
- 🌐 Unger, Roberto, “Espana y su Futuro”, 11 2009, disponible sur <http://www.law.harvard.edu/unger/english/docs/europe2a.doc>, 14 04 2010.
- 🌐 Бурятские шаманы, <http://www.buriatia.ru/religion/shaman.htm>, 14 04 2010.
- 🌐 Мифология ацтеков и майя, <http://godsabay.ru/maya/index.html>, 14 04 2010.

Sources audiovisuelles

- ❑ *Besoin de neuf ? IKEA*, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=w8bqPFp2hD8>. 12 12 2009.
- ❑ Boirgeois, Bernard, *Hegel et le droit*, Radio académique francophone sur Internet, 06 04 2008, <http://www.canalacademie.com/emissions/es327.mp3>, 14 04 2010.
- ❑ Britney Spears, Beyoncé, Pink, *We will rock you*, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=CfxwXneCtEM>, 21 03 2008.
- ❑ Britney Spears, *For those who think young*, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=zzYODWYftwQ>, 22 Mar. 08.
- ❑ Britney Spears, *I'm not a girl*, <http://www.youtube.com/watch?v=tG8T0IfBxIk>, 21 03 2008.

- Britney Spears. *The Joy of Pepsi*, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=Jt8uNG02ixA>, 21 03 2008.
- Durex Chocolate, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=zeUF5oCzVeI>, 21 mars 2008.
- Durex Classic, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=bizJWtJ0xXo>, 07 12 2009.
- Durex Fruit, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=B95Dos7vegs>, 21 mars 2008.
- Durex Ultra Mega Thins, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=xBr98Nji-mA>, 21 mars 2008.
- Guy Debord, *La société du spectacle* (filme).
- Hansaplast Ribbed Condoms, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=8NvgyYHeY4o>, 12 12 2009.
- Happiness Factory 1, Coca Cola, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=R1NnyE6DDnQ>, 12 12 2008.
- Jonny's Condoms, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=xHagIVGGdOo>, 12 12 2009.
- Joy of Pepsi, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=Jt8uNG02ixA>, 12 12 2009.
- Macnair, Mike, et Bowring, Bill, *War, human rights and humanitarian interventions*, 2009, <http://video.google.com/videoplay?docid=4327085583682187118#>, 10 04 2010.
- Member of the European Parliament makes internal fraud report public*, <http://www.youtube.com/watch?v=ExTb8M0sIzI>, 14 04 2010.
- Menomale che Silvio c'è, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=WXf-YbsSh0Y>, 12 12 2008.
- Trust (Umbrella), publicité, http://www.youtube.com/watch?v=C8MN9F6_Mk4, 12 12 2009.
- Trust Condoms, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=ypE89iMQsb0>, 12 12 2008.
- Trust, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=D76SMAe84B8>, 21 mars 2008.
- ZaZoo Condoms, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=F5GeFQO7KXk>, 12 12 2008.
- Галыгин ЖЖот*, publicité, <http://www.youtube.com/watch?v=84oWgSGLY7A>, 21 mars 2008.

Jurisprudence de la CEJ

-  *Aalborg*, C-204/00 P, CEJ.
-  *Acampora*, 827/79, CEJ.
-  *Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2/94, CEJ.
-  *Alfa Romeo*, C-305/89, CEJ.
-  *Almini*, 19-70, CEJ.
-  *Ams terdam Bulb*, 50/76, CEJ.
-  *Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, CEJ.
-  *Archer Daniel Midland*, T-150/89, TPI.
-  *Arning*, 125/80, CEJ.
-  *Assicurazioni generali*, T-87/96, TPI.
-  *Atlanta Fruchthetelsgesellschaft e.a.*, C-466/93, CEJ.
-  *Audi*, T-16/02, CEJ.
-  *Baars*, C-251/98, CEJ.
-  *Babahenini*, C-113/97, CEJ.
-  *Bachmann*, C-204/90, CEJ.
-  *Banco Exterior de España*, C-387/92, CEJ.
-  *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, CEJ.
-  *Becker*, C-41/88, CEJ.
-  *Bosal*, C-168/01, CEJ.
-  *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, CEJ.
-  *CARCARD*, T-356/00, TPI.
-  *Casati*, 203/80, CEJ.
-  *Cimenteries CBR*, T-25/95, TPI.
-  *Commission c. Autriche*, C-437/03, CEJ.
-  *Commission c. Belgique*, 149/79, CEJ.
-  *Commission c. Belgique*, C-172/98, CEJ.
-  *Commission c. Belgique*, C-300/90.
-  *Commission c. Conseil*, 22-70, CEJ.
-  *Commission c. Conseil*, C-176/03, CEJ.
-  *Commission c. Conseil*, C-27/04, CEJ.
-  *Commission c. Conseil*, C-29/99, CEJ.
-  *Commission c. Espagne*, 119/89, CEJ.

-  *Commission c. Espagne*, C-83/99, CEJ.
-  *Commission c. Irlande*, C-459/03, CEJ.
-  *Commission c. Italie*, 120/88, CEJ.
-  *Commission c. Italie*, 168/85, CEJ.
-  *Commission c. Italie*, C-40/93, CEJ.
-  *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, 58/86, CEJ.
-  *Dassonville*, 8-74, CEJ.
-  *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ.
-  *De Lasteyrie*, C-9/02, CEJ.
-  *Defrenne*, 43/75, CEJ.
-  *Demirel*, 12/86, CEJ.
-  *Deville*, 240/87, CEJ.
-  *Di Leo*, C-308/89, CEJ.
-  *DOUBLEMINT*, T-193/99, TPI.
-  *Edis*, C-231/96, CEJ.
-  *EMU Tabac*, C-296/95, CEJ.
-  *Enichem Anic*, T-6/89, TPI.
-  *Enso Espanola*, T-348/94, TPI.
-  *EP c. Conseil*, C-70/88, CEJ.
-  *EP c. Raynolds*, C-111/02 P, CEJ.
-  *Eyckeler & Malt*, T-42/96, TPI.
-  *Faroe Seafoods*, C-153/94, CEJ.
-  *Fiatagri*, T-34/92, TPI.
-  *Fiorani*, T-50/92, TPI.
-  *First National Bank of Chicago*, C-172/96, CEJ.
-  *Francovich*, C-6/90, CEJ.
-  *Front national*, C-486/01 P (Martinez), CEJ.
-  *Futura Participations*, C-250/95, CEJ.
-  *Gaspari c. Parlement*, T-36/96, TPI.
-  *Gil*, T-207/95, TPI.
-  *Glaxosmithkline*, C-296/03, CEJ.
-  *Gómez de Enterría*, T-82/95, TPI.
-  *Gravier*, 293/83, CEJ.

-  *Griesmar*, C-336/99, CEJ.
-  *Günzler Aluminium*, T-75/95, TPI.
-  *Hectors*, C-150/03 P, CEJ.
-  *Hectors*, T-181/01, TPI.
-  *Hewlett Packard France*, C-250/91.
-  *Hoefner c. Elser*, C-41/90, CEJ.
-  *Höfner*, C-41/90, CEJ.
-  *Hüls*, C-199/92 P, CEJ.
-  *Humblet*, 6/60, CEJ.
-  *IBM*, 60/81, CEJ.
-  *ICI*, C-264/96, CEJ.
-  *IMS Health/Commission*, T-184/01 R, TPI
-  *Interhotel*, C-291/89, CEJ.
-  *Italie c. Commission*, C-303/88, CEJ.
-  *Italie c. Conseil*, C-352/96, CEJ.
-  *K.B.*, C-117/01, CEJ.
-  *Kaufring*, T-186/97, TPI.
-  *Keck*, C-267/91, CEJ.
-  *Klett*, C-204/01, CEJ.
-  *Koelman*, T-575/93, TPI.
-  *Koschniske*, 9/79, CEJ.
-  *Kreil*, C-285/98, CEJ.
-  *Krid*, C-103/94, CEJ.
-  *Kuusijärvi*, C-275/96, CEJ.
-  *Kziber*, C-18/90, CEJ.
-  *Land de Sarre*, 187/87, CEJ.
-  *Le Pen*, C-208/03 P, CEJ.
-  *Le Pen*, T-353/00, TPI
-  *Lechouritou*, C-292/05, CEJ.
-  *Leitner*, C-168/00, CEJ.
-  *Lemmens*, C-226/97, CEJ.
-  *LVM*, T-305/94, TPI.
-  *Marks & Spencer*, C-446/03, CEJ.

-  *Marshall*, 152/84, CEJ.
-  *Martinelli*, T-150/89, TPI.
-  *Martínez Sala*, C-85/96, CEJ. CEJ.
-  *Martinez*, T-222/99, TPI.
-  *Mattila*, T-204/99, TPI.
-  *Mecanarte*, C-153/94, CEJ.
-  *Metallgesellschaft*, C-397/98, CEJ.
-  *Microsoft*, T-201/04 R du 22 11 2004, Président du TPI.
-  *Miller*, 19/77, CEJ.
-  *Mouflin*, C-206/00, CEJ.
-  *Nunes et de Matos*, C-186/98, CEJ.
-  *Orkem*, 384/87, CEJ.
-  *Pascoal*, C-97/95, CEJ.
-  *Pays-Bas c. Commission*, C-48/90, CEJ.
-  *PE/Reynold*, C-111/02 P, CEJ.
-  *Poucet*, C-159/91, CEJ.
-  *PreussenElektra*, C-379/98, CEJ.
-  *Prisco*, C-216/99, CEJ
-  *Quijano c. Commission*, T-169/95, TPI.
-  *Racke*, C-162/96, CEJ.
-  *Raulin*, C-357/89, CEJ.
-  *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, 120/78, CEJ.
-  *Reynolds (pré-pourvoi)*, T-237/00, TPI.
-  *Reynolds (post-pourvoi)*, T-237/00, 08 12 2005, TPI.
-  *Safir*, C-118/96, CEJ.
-  *Sarrió*, C-291/98 P, CEJ.
-  *Schertzer*, 25/68, CEJ.
-  *SCK*, T-213/95, TPI.
-  *Sevince*, C-192/89, CEJ.
-  *SFEI*, C-39/94, CEJ.
-  *Singh*, C-370/90, CEJ.
-  *Sürül*, C-262/96, CEJ.
-  *Sytraval*, C-367/95 P, CEJ.

-  *Taflan-Met*, C-277/94, CEJ.
-  *Van Duyn*, 41-74, CEJ.
-  *Van Gend & Loos*, 26-62, CEJ.
-  *Van Gend*, 98/83, CEJ.
-  *Verkooijen*, C-35/98, CEJ.
-  *Verros*, 306/81, CEJ.
-  *Vogel*, C-35/02, CEJ.
-  *VTM*, T-266/97, TPI.
-  *Weis*, C-292/91, CEJ.
-  *WestLB*, T-228/99, TPI.
-  *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie*, 13/57, CEJ.
-  *X et Y*, C-436/00, CEJ.
-  *Zwartveld et autres*, C-2/88, CEJ.

Jurisprudence de la CEDH

- A.D.T. c. Royaume-Uni*, 35765/97, CEDH.
- Acmanne et autres c. Belgique*, 10435/83, CEDH.
- Acquaaviva*, 19248/91, CEDH.
- Aerts*, 5357/94, CEDH.
- Affaire linguistique belge*, 1474/62, CEDH.
- Al-Adsani*, 35763/97, CEDH.
- Aziz*, 69949/01, CEDH.
- B*, 13343/87, CEDH.
- Banković*, 52207/99, CEDH.
- Baškauskaitė*, 41090/98, CEDH
- Beard*, 24882/94, CEDH.
- Boškoski*, 11676/04, CEDH.
- Broniowski*, 31443/96, CEDH.
- Buckley*, 20348/92, CEDH.

- Butkevičius*, 48297/99, CEDH.
- Chypre c. Turquie*, 25781/94, CEDH.
- Čonka*, 15576/89, CEDH.
- Czekalla*, 38830/97, CEDH.
- D c. Royaume-Uni*, (1997) 24 EHRR 423, CEDH.
- Daktaras*, 42095/98, CEDH.
- Daud*, 22600/93, CEDH.
- De Savoie*, 53360/99, CEDH.
- De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 2832/66, 2835/66, 2899/66, CEDH.
- Drozd*, 12747/87, CEDH.
- Dudgeon*, 7525/76, CEDH.
- Engel and autres*, 5100/71, CEDH.
- Ex-roi de Grèce*, 25701/94, CEDH.
- F*, 11329/85, CEDH.
- Goodwin*, 28957/95, CEDH.
- Gregory*, 22299/93, CEDH.
- Guliyev*, 35584/02, CEDH.
- Guzzardi*, 7367/76, CEDH.
- Hamer*, 19953/92, CEDH.
- Hetyside*, 5493/72, CEDH.
- Hornsby*, 18357/91, CEDH.
- Ilaşcu*, 48787/99, CEDH.
- Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, CEDH.
- James et autres*, 8793/79, CEDH.
- Keenan c. Royaume-Uni*, 27229/95, CEDH.
- Kerojärvi*, 14282/88, CEDH.
- Kılıç c. Turquie*, 22492/93, CEDH.
- Kokkinakis*, 14307/88, CEDH.
- L.C.B. c. Royaume-Uni*, 23413/94, CEDH.
- Laskey, Jaggard et Brown*, 21627/93, 21826/93, 21974/93, CEDH.
- Lawless No. 3*, 332/57, CEDH.
- Loizidou (exceptions préliminaires)*, 15318/89, CEDH.
- Loizidou (merits)*, 15318/89, CEDH.

- Maaouia*, 39652/98, CEDH.
- Malone*, 8691/79, CEDH.
- Mamatkulov*, 46827/99, 46951/99, CEDH, §§ 109, 121.
- Mantovanelli*, 21497/93, CEDH.
- Margareta et Roger Andersson*, 12963/87, CEDH.
- Markt Intern*, 10572/83, CEDH.
- Mathieu-Mohin et Clerfayt*, 9267/81, CEDH.
- Matthews*, 24833/94, CEDH.
- McVicar*, 46311/99, CEDH.
- Mellors*, 57836/00, CEDH.
- Mikulić*, 53176/99, CEDH.
- Nachova*, 43577/98, CEDH.
- Orkem*, 374/87, CEDH.
- Osman c. Royaume-Uni*, 23452/94, CEDH.
- Pedersen*, 49017/99, CEDH.
- Pellegrin*, 28541/95, CEDH.
- Perez*, 47287/99, CEDH.
- Pierre-Bloch*, 24194/94, CEDH.
- Podkolzina*, 46726/99, CEDH.
- Pretty*, 2346/02, CEDH.
- S.N.*, 34209/96, CEDH.
- Saffi*, 22774/93, CEDH.
- Sardinas Albo*, 56271/00, CEDH.
- Sari*, 21889/93, CEDH.
- Schmidt et Dahlström*, 5589/72, CEDH.
- Sheffield*, 22985/93, CEDH.
- Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 16130/90, CEDH.
- Šleževičius*, 55479/00, CEDH.
- Soering*, 14038/88, CEDH.
- Sporrong*, 7151/75, CEDH.
- Sunday Times (no. 1)*, 6538/74, CEDH.
- Swedish Engine Drivers' Union*, 5614/72, CEDH.
- Tolstoy Miloslavsky*, 18139/91, CEDH.

- Tomasi*, 12850/87, CEDH.
- Vera Cruz*, 15576/89, CEDH.
- Vogt*, 17851/91, CEDH.
- Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 7601/76, 7806/77, CEDH.
- Yumak & Sadak I*, 10226/03, CEDH
- Yumak & Sadak*, 10226/03, CEDH.
- Ždanoka I*, 58278/00, CEDH.
- Ždanoka II*, 58278/00, CEDH
- Zeter*, 17506/90, CEDH.

Jurisprudence étrangère

- * *Commonwealth c. Smith*, 4 Binn.117 [Pennsylvania, 1881].
- * District of Columbia c. Heller 554 U. S. - US Supreme Court Cases from Justia & Oyez, disponible sur <http://supreme.justia.com/us/554/07-290/opinion.html>, 14 04 2010.
- * *Golberg c. Kelly*, 397 US 254 (1970).
- * *Hynes c. New York Central R. Co.*, 231 NY 229, 236 (1921).
- * *Lochner c. New York*, 198 US p. 76, opinion dissedante du juge Oliver Holmes.
- * *Shaw c. Kellogg*, 170 U.S. 312, 341 (1898).
- * *Sims Leffe c. Irvine*, 3 U.S. 425, 454 (1799). Disponible sur <http://openjurist.org/3/us/425/sims-leffe-v-irvine>
- * *Witmark & Sons c. Fred Fisher Music Co*, 125 F.2d 949, Cour d'Appel du 2e arrondissement, opinion dissedante du juge Jerome Frank.