

Programme analytique sur l'argumentation judiciaire en droit du travail.

La justification de la prémisse normative

Frédéric GÉA
Catherine MARRAUD

CERIT-CRDP (Université de Nancy 2)

Février 2008



Le présent document constitue la synthèse du rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP Mission de recherche Droit & Justice. Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

PROBLÉMATIQUE ET OBJECTIFS DE LA RECHERCHE

Le XX^{ème} siècle a été celui de la découverte, sinon de la redécouverte, du rôle actif du juge dans l'élaboration de la règle de droit. L'on sait désormais que l'office du juge ne se réduit point à la figure classique de la « bouche de la loi » et que l'interprète judiciaire participe à la codétermination du contenu des règles juridiques qu'il met en œuvre. Loin d'être un interprète neutre et objectif, le juge contribue à forger, à façonner, le sens de la norme, et intervient donc directement dans le processus de production des règles juridiques.

Cette prise de conscience conduit, au regard la représentation dominante en théorie du droit, à reconnaître que le raisonnement judiciaire se réalise, notamment, au travers de choix effectués par le juge – choix qui interviennent, entre autres, au stade de la détermination de ce qui peut être présenté comme la prémisse normative du raisonnement à l'aune du schéma syllogistique. Il s'agira, à ce titre, tant du choix de la norme (ou la règle) juridique applicable que du choix entre les sens possibles du texte, la norme étant analysée comme le résultat de l'interprétation à laquelle le texte donne lieu. Dans ces conditions, une des questions essentielles est de savoir quels sont les arguments, raisons et éléments qui *justifient* les propositions normatives que les magistrats insèrent au cœur de leur raisonnement et qui déterminent, au moins partiellement, la solution retenue dans le cadre du litige. Cette question est celle, pour reprendre la terminologie de Wróblewski, de la justification « externe » de la décision – notion qui se rapporte à la justification des prémisses du raisonnement, par opposition à ce que le théoricien polonais appelait la justification « interne », laquelle concerne la cohérence interne du raisonnement, plus précisément l'articulation des prémisses entre elles. Il s'agit là, assurément, d'un enjeu fondamental dans une société démocratique, qui correspond à une attente, tant de la part des juristes (qu'ils soient praticiens ou universitaires) que des justiciables : *le besoin de justification « externe » des décisions judiciaires*.

En dépit de cet enjeu, il est permis de relever la relative faiblesse, dans notre pays, des réflexions sur l'argumentation judiciaire et, plus largement, sur la question de la justification de la (ou des) prémisses(s) normative(s) à laquelle (auxquelles) s'adosse le raisonnement judiciaire. A notre connaissance, aucun programme de recherche n'avait, jusque là, été développé sur ce thème. Hormis quelques contributions ponctuelles d'ordre théorique, il est permis de diagnostiquer un manque sur ce terrain précis. Le constat apparaît d'autant plus frappant que de telles recherches connaissent à l'heure actuelle un essor indéniable dans d'autres pays européens, à l'instar de l'Allemagne. Ce qui, sans doute, s'explique partiellement – mais partiellement seulement – par le fait que la théorie de l'argumentation juridique n'est guère investie par les juristes français, alors que ce secteur de la théorie du droit fait, ailleurs, l'objet d'études approfondies. Qu'il suffise, à cet égard, d'évoquer les travaux des Professeurs Robert Alexy, en Allemagne, Neil MacCormick, en Ecosse, Manuel Atienza, en Espagne, Aulis Aarnio, en Finlande, Aleksander Peczenik, en Suède, Constantin Stamatis, en Grèce, et, avant eux, notamment, de Chaïm Perelman, bien sûr, en Belgique.

Dans ces conditions, ce programme de recherche s'est donné pour principal objectif de procéder à des investigations approfondies dans le champ des discours judiciaires en droit du travail afin de cerner et de caractériser la manière dont, le cas échéant, les magistrats justifient la (ou les) proposition(s) normative(s) dont procède et/ou que met en œuvre leur raisonnement. Le choix a été fait de s'engager, non pas dans l'élaboration d'une théorie prescriptive visant à définir par exemple la manière dont les magistrats « doivent » argumenter ou les conditions dans lesquelles tel ou tel type d'argument « doit » être mis en œuvre pour être valable ou du moins

pertinent, mais dans la voie d'une démarche, à visée descriptive, se fixant pour ambition de rendre compte des modes de justification mobilisés dans le cadre du raisonnement judiciaire. En définitive, il ne s'agissait pas d'éprouver la pertinence ou la validité des arguments rencontrés dans les discours judiciaires, mais de décrire les formes que revêt, pour ainsi dire, la justification « normative » dans le raisonnement des juges, en se laissant la possibilité, le cas échéant, d'identifier la place réservée, à cet égard, à l'argumentation proprement dite.

ÉNONCIATION ET JUSTIFICATION DES CHOIX MÉTHODOLOGIQUES EFFECTUÉS

Le programme de recherche sur l'argumentation judiciaire en droit du travail privilégie l'examen, d'une part, des arrêts rendus par les chambres sociales des cours d'appel et, d'autre part, des rapports et conclusions (ou avis) produits dans le cadre du processus décisionnel interne à la Chambre sociale de la Cour de cassation. Cette orientation appelle une double justification, relative au choix du corpus soumis à examen, d'une part, et au choix de privilégier le droit du travail – le droit judiciaire du travail – comme champ d'investigation, d'autre part.

► Le choix du *corpus* soumis à examen

Le choix des *corpus* soumis à examen procède – pour partie – du constat que les arrêts rendus par la Cour de cassation ne comportent généralement pas, en tant que tels, les arguments qui ont conduit les hauts magistrats à opter en faveur d'un contenu significationnel ou normatif plutôt qu'un autre. Souvent qualifiée d'elliptique, la motivation des décisions de la Haute juridiction tend à maintenir dans l'ombre la justification des choix interprétatifs ou normatifs qui ont été effectués. Si elle a ses raisons, cette absence de justification « externe » des arrêts de la Cour de cassation rend illusoire toute tentative visant à approfondir la question de l'argumentation en se focalisant sur ce « matériau ».

Parce que leur motivation se révèle substantiellement plus riche que celle retenue dans les arrêts de la Cour de cassation, le choix a été fait de prendre pour champ d'investigation, *en premier lieu, les décisions rendues par les chambres sociales des Cours d'appel*. Jamais, à notre connaissance, ces décisions n'avaient, en France, fait l'objet d'un examen approfondi et systématique sous l'angle de la justification de la prémisse normative du raisonnement mis en œuvre. Il y avait là un terrain vierge – peut-être un trésor inexploité, au regard de notre perspective d'analyse. C'est ce qui nous a conduit à étudier la façon dont les arrêts d'appel justifient ou non les propositions normatives qu'ils expriment et mettent en œuvre.

La nécessité d'appréhender les raisons sous-tendant les choix normatifs des juges tant en contexte de justification qu'en contexte de découverte – selon une distinction empruntée à l'épistémologie¹ – nous a cependant conduit à nous intéresser non seulement à la façon dont les magistrats justifient, « après coup », la ou les propositions normatives qu'ils retiennent ou consacrent, mais encore à la manière dont se déploie l'argumentation dans la phase située en amont de la décision, donc au stade où la solution ou l'interprétation se construisent rationnellement. Car l'argumentation ne remplit pas nécessairement la même fonction, ni n'a la même finalité, dans l'un et l'autre de ces contextes. C'est la raison pour laquelle un second champ d'investigation a été retenu : celui des *rapports rédigés par des conseillers de la Chambre sociale de*

¹ Et qui ne saurait être comprise comme instituant une séparation radicale entre les deux « contextes ». La réalité, de notre point de vue, est beaucoup plus nuancée. Cela n'a toutefois pas d'incidence directe sur notre propos ici.

la Cour de cassation et des conclusions (ou avis) émanant des membres du Parquet général, dans la mesure où ces discours judiciaires sont élaborés – dans leur version « originelle », tout du moins – en amont de la décision de la Cour.

► Le choix du droit (judiciaire) du travail comme champ d’investigation

Cette recherche prend pour champ d’investigation le droit (judiciaire) du travail.

Ce parti pris méthodologique se justifie par des éléments de différents ordres.

Une des raisons tient naturellement à l’activité que développe, depuis plus de trois décennies, le CERIT-CRDP, tout particulièrement en ce qui concerne le développement et l’exploitation du système de traitement du contentieux en matière de relations individuelles de travail mis en place par Mme Catherine Marraud. Le programme sur l’argumentation judiciaire constitue un prolongement de ce dispositif dans une direction qui n’avait point été, jusqu’ici, investie, mais au service de laquelle a été mise en place, en particulier, l’expérience dans le traitement analytique des décisions d’appel en droit du travail.

Plus fondamentalement, le choix du droit judiciaire du travail comme champ d’investigation procède de raisons liées au particularisme du droit du travail. Deux aspects méritent, à ce titre, d’être mis en avant. Le fait, d’abord, que le droit du travail apparaisse aujourd’hui comme un terrain d’observation privilégié du point de vue de la recherche théorique ou fondamentale sur le droit, qu’il s’agisse de la réflexion sur la légitimité du droit, comme l’a souligné M. Alain Supiot en montrant que l’une des particularités du droit du travail était d’inscrire au cœur des débats qui le traversent cette problématique généralement abandonnée aux théoriciens ou aux philosophes du droit², mais aussi la problématique sur les « sources » du droit, sur l’interprétation ou encore sur l’effectivité en droit. Le fait, ensuite, que ce « secteur » du droit semble favoriser ce que l’on peut appeler la conflictualité interprétative de ses normes, ou leur discutabilité foncière, pour emprunter au langage de MM. Antoine Jeammaud et Antoine Lyon-Caen³. Cette dimension, que l’on peut imputer à différentes hypothèses avan-cées par des spécialistes du droit du travail (la réversibilité du droit du travail⁴, son ambivalence et son dualisme⁵, son caractère éminemment conflictuel⁶, etc.), est de nature à expliquer que la problématique de la justification du contenu assigné à la norme soit, en quelque sorte, intensifiée en ce domaine⁷. Au-delà, elle contribue, nous semble-t-il, à instituer le droit du travail en observatoire privilégié du processus de justification du choix normatif – et, partant, le cas échéant, de l’argumentation judiciaire.

² A. Supiot, *Critique du droit du travail*, coll. Les voies du droit, PUF, 1994, Introduction, pp. 10-11.

³ A. Lyon-Caen et A. Jeammaud (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise*, Actes Sud, Hubert Nyssen éd., 1986, Introduction, p. 10

⁴ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Connaissance du droit, Droit privé, Dalloz, 1995, spéc. pp. 6-7, soulignant le rôle décisif de l’argumentation en droit du travail.

⁵ J. Péliissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Droit privé, Précis, Dalloz, 23^{ème} éd., 2006, n° 32, pp. 40-42 ; F. Collin et alii, *Le Droit capitaliste du travail*, coll. « Critique du droit », 5, Presses Universitaires de Grenoble, 1980 ; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, préc.

⁶ F. Ewald, « Le droit du travail : une légalité sans droit ? », *Dr. soc.* 1985, pp. 723-728.

⁷ Ce qui pourrait bien expliquer, au moins partiellement le débat doctrinal qui s’est engagé, à la fin des années 1990, sur la thématique de l’interprétation en droit du travail. Voir, not. : Ph. Langlois, « La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail », *D.* 1997, *Chron.*, p. 45.

► Les décisions rendues par les chambres sociales des Cours d'appel

Le *corpus* d'arrêts d'appel examinés dans le cadre de cette recherche est principalement constitué de décisions rendues par les chambres sociales de Cours d'appel de janvier 2005 à août 2007. Pour la plupart des Cours d'appel (Besançon, Chambéry, Douai, Metz, Nancy, etc.), ce sont l'intégralité des décisions d'appel rendues au cours de cette période qui ont été scrutées, analysées, à l'aune de la justification de la prémisse normative du raisonnement mis en œuvre. Il s'agit des juridictions d'appel qui communiquent systématiquement et régulièrement la totalité de leurs décisions au CERIT-CRDP, et ce, depuis de nombreuses années le plus souvent. Dans le cas des juridictions qui n'adressent pas, systématiquement, l'ensemble de leurs arrêts à notre centre de recherche, c'est la partie des décisions à laquelle nous avons pu accéder, par différents moyens (publication dans une revue juridique, insertion dans une base de données, accès privilégié par l'intermédiaire de collaborateurs), qui a pu être étudiée. D'un point de vue quantitatif, ce sont plus de 10000 décisions d'appel qui ont servi de support à la recherche – si l'on s'en tient à la période définie ci-dessus. Ce corpus a encore été élargi aux décisions antérieures à 2005 qui avaient été intégrées dans le système de traitement informatisé du contentieux d'appel en matière de relations individuelles de travail développé, ainsi que nous l'avons rappelé, au sein de notre centre de recherche bien avant le lancement du programme.

► Les décisions rendues par les Cours du travail en Belgique

Afin de prendre du recul sur le mode de justification de la prémisse normative déployé par les juridictions d'appel françaises, le choix a été fait de scruter la manière dont les Cours du travail belges – c'est-à-dire l'équivalent, en Belgique, des chambres sociales des Cours d'appel françaises – motivent leurs décisions. Dans la mesure où cette exploration ne constituait pas un objet principal de notre recherche, mais se trouvait mise au service d'une démarche « comparatiste », les investigations ont consisté à caractériser les différences significatives – et signifiantes – entre les décisions d'appel françaises et belges en droit du travail, au regard des préoccupations qui étaient les nôtres, et à repérer des illustrations emblématiques à ce titre. C'est dans cette perspective qu'ont été exploitées les ressources de Juridat, le Portail du Pouvoir judiciaire en Belgique (<http://www.juridat.be>), qui permet d'accéder, entre autres, aux arrêts rendus par les cinq Cours du travail (Anvers, Bruxelles, Gand, Liège et Mons).

► Les rapports et conclusions (ou avis) élaborés à l'occasion d'affaires soumises à la Chambre sociale de la Cour de cassation

A côté du *corpus* constitué par les arrêts des Cours d'appel françaises, le second grand ensemble de discours judiciaires qui ont servi de support à cette recherche est composé des rapports et conclusions élaborés à l'occasion de l'examen d'un dossier soumis à la Chambre sociale de la Cour de cassation et qui ont fait l'objet d'une publication dans une revue juridique. Il faut rappeler, à ce titre, que ces discours judiciaires, produits par les conseillers de la Chambre sociale ou par les avocats généraux, n'ont traditionnellement pas vocation à être diffusés en dehors de l'enceinte de la Haute juridiction – d'où le fait qu'ils soient parfois qualifiés de discours judiciaires « internes ». Il est cependant fréquent, en droit du travail, que ces rapports et conclusions donnent lieu – dans une version allégée – à une publication au moment même où la décision se trouve diffusée. Plusieurs revues juridiques font place actuellement à ce type de

discours : la *Revue de Jurisprudence Sociale (RJS)*, *Droit social*, la *Semaine sociale Lamy* ou *Droit ouvrier*. Le phénomène n'est pas nouveau, mais il a pris une ampleur indéniable depuis la fin des années quatre-vingt. Entre 1989 et 2006, ce ne sont pas moins de 95 conclusions et 42 rapports relatifs à des décisions de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui ont été publiés dans les deux premières revues que nous venons de citer. La masse significative de ces publications autorise – mieux : invite – à scruter et à analyser le raisonnement interprétatif des magistrats au travers de ces discours judiciaires, tout particulièrement en ce qui concerne la question de la justification de la prémisse des propositions normatives défendues par les magistrats et de l'argumentation éventuellement déployée à cette fin. C'est ce à quoi nous nous sommes attachés en étudiant la totalité des rapports et conclusions (ou avis) relatifs à des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation publiés entre 1938 (date de la création de ladite Chambre sociale, mais aussi de la revue *Droit social*) et fin 2006.

PRINCIPALES CONCLUSIONS DE LA RECHERCHE

L'examen des *deux corpus* principaux constitués, d'une part, des arrêts rendus par les Chambres sociales des Cours d'appel, et, d'autre part, des rapports et conclusions (ou avis) élaborés à l'occasion d'un dossier soumis à la Chambre sociale de la Cour de cassation débouche sur la caractérisation de *deux approches nettement différenciées* de la « justification normative » : si l'argumentation prend une part relativement marginale (sans être pour autant inexistante) dans la justification de la prémisse normative du raisonnement développé dans les arrêts d'appel en droit du travail français, elle se développe, au contraire, de manière éclatante dans les discours des conseillers de la Chambre sociale ou des membres du Parquet général au niveau de la production normative de la Cour de cassation – disons au niveau jurisprudentiel. Cette différenciation, qui *semble* s'apparenter à une évidence, cache en réalité, lorsque l'on y regarde de près, un montage plus complexe qu'il y paraît à première vue.

► Principales conclusions s'agissant des arrêts rendus par les Cours d'appel

Si elle n'apparaît pas comme le mode prototypique de justification de la prémisse normative, dans le raisonnement déployé par les magistrats d'appel au sein de leurs décisions, l'argumentation – telle que l'envisagent les théories de l'argumentation en droit – s'institue quelquefois au cœur de la motivation judiciaire des arrêts d'appel en droit du travail. Bien que l'assise rationnelle d'une telle justification soit contestable d'un point de vue théorique, l'on caractérise une tendance particulièrement marquée, dans ces décisions, à mettre en avant, de manière plus ou moins explicite, d'une façon plus ou moins discrète, l'argument du prétendu « sens clair » des textes. Nombreuses sont les décisions d'appel qui laissent entendre que la signification du texte légal interprété *se déduit* de sa substance même, de ses termes – et ce, sans que l'on soit nécessairement en présence d'une argumentation littérale ou grammaticale, à proprement parler. L'on se trouve bien souvent, en pareille hypothèse, en présence d'un argument d'autorité. Reste que cette référence, implicite ou non, à la « clarté », réelle ou supposée, d'un texte dont le contenu significationnel s'imposerait à l'interprète judiciaire comme un donné « objectif », sans par conséquent que celui-ci ne procède à la codétermination du sens de la norme, révèle, nous semble-t-il, l'efficacité d'une représentation interne dans le raisonnement des magistrats : une représentation interne qui présuppose l'existence de limites interprétatives intrinsèques au texte applicable. Ces traits caractéristiques se retrouvent pour l'ensemble des arguments mis en avant par les magistrats des cours d'appel aux fins de justification de la prémisse normative de leur raisonnement, qu'il s'agisse de la référence à la volonté ou à l'intention du législateur

(et plus largement du ou des auteurs du texte) ou du recours à l'argument systémique (ou systématique), à l'argument téléologique, à l'argument dit de l'effet utile, à la référence à la lettre et/ou à l'esprit du texte, ou aux arguments logiques (*a fortiori*, *a contrario*, etc.), par exemple. L'on ajoutera à cette liste l'argument conséquentialiste (ou pragmatique) dont, contrairement à une idée reçue, on trouve trace dans le raisonnement des magistrats, et qui consiste à justifier la solution ou l'interprétation d'un texte qu'ils adoptent par les conséquences qu'impliquerait la solution contraire. Alors que leur mise en œuvre procède, au moins partiellement, d'une construction de l'interprète judiciaire, ces arguments se présentent dans les décisions judiciaires sous des apparences objectives, comme s'ils permettaient, en tant que tels, à accéder, pour ainsi dire, à la « vérité » significationnelle du texte... Pareille illusion occulte, en de nombreux cas, le recours à ce qui semble devoir s'analyser comme un argument d'autorité.

La justification de la prémisse normative, *lorsque justification il y a*, ne prend pas simplement la forme d'une argumentation (au singulier, car il est rare que plusieurs arguments se trouvent mobilisés afin de conforter une option interprétative ou normative). Elle emprunte également d'autres chemins. Bien que le phénomène soit exceptionnel et souvent très difficile à repérer, l'examen des décisions d'appel fait apparaître, ici ou là, une référence à la doctrine ou à l'analyse d'un auteur de doctrine. Certaines décisions font, quant à elles, place à une référence aux arrêts d'autres cours d'appel, voire aux arrêts rendus antérieurement par la Cour d'appel saisie du litige. Mais le mode de justification le plus répandu demeure – et de loin – celui consistant à se référer à la jurisprudence : la jurisprudence de la CJCE ou celle de la CEDH, certes, mais aussi et surtout celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Il est singulier d'observer que cette référence à la production normative de la Cour de cassation dans le domaine du droit du travail connaît de multiples déclinaisons. Certaines décisions d'appel érigent expressément la règle jurisprudentielle en prémisse normative de leur raisonnement, en reproduisant parfois le principe ou l'interprétation consacré par la Cour et/ou en désignant de façon précise les décisions prises pour objet. Les magistrats prendront soin, le cas échéant, de rattacher un principe à « la jurisprudence », éventuellement qualifiée de « constante ». Des variations sont, à cet égard, repérables, non seulement d'une Cour d'appel à l'autre, mais également en fonction du rédacteur de la décision. Le plus souvent cependant, la référence à la jurisprudence de la Haute juridiction se fait plus discrète : les juges d'appel reprennent dans la motivation de leurs décisions une solution, une interprétation, une règle jurisprudentielle, mais sans spécifier qu'elle a été posée par la Chambre sociale de la Cour de cassation. La formule jurisprudentielle s'immisce au cœur de la décision judiciaire d'appel – quelquefois au mot près, mais pas toujours ; l'énoncé jurisprudentiel pénètre la décision d'appel, mais au prix parfois d'une reformulation, d'un (ré)ajustement, d'une (forme de) transcription. Cette observation n'a rien d'anecdotique ; loin s'en faut. Elle ouvre, pensons-nous, sur la clef de ce qui constitue de mode prototypique de la justification de la prémisse normative dans les décisions rendues par les Cours d'appel.

Expliquons-nous. La plupart du temps, les décisions des chambres sociales des Cours d'appel ne comportent aucune justification *argumentée*, quant au choix de la prémisse normative ou à la détermination du contenu qui lui est assigné, ni aucune indication s'agissant de la source de la règle dont il est fait application. Le discours des juges semble ainsi se présenter sous les allures du discours de l'Autorité. Le recours fréquent à des formules du type « *il est de principe que* », « *il est constant que* », « *il est certain que* », « *il est admis que* », « *il est de règle que* », paraît conforter l'hypothèse suivant laquelle les propositions normatives sont avancées, exprimées, sur le mode péremptoire dans les arrêts d'appel. Une telle grille de lecture, en ce qu'elle s'en tient à la surface du discours judiciaire, serait cependant passablement réductrice. A bien y regarder, elle occulte l'essentiel : ce qui se joue *sous la surface* du discours, dans *sa profondeur même*. Le mode habituel, général, prototypique, de justification de la prémisse normative

dans les décisions d'appel se réalise, fondamentalement, à notre sens, au travers d'*interactions discursives*. La justification de la « prémisses normative » dans ces arrêts s'origine, se déploie, s'accomplit, dans les relations – sous-jacentes – que l'énoncé (ou le discours) entretient, d'une part, avec des énoncés (ou discours) produits antérieurement, et d'autre part, avec les énoncés (ou discours) à venir que pourraient produire ses destinataires, des relations qui sont, à proprement parler, constitutives de l'énoncé (ou du discours) lui-même. Sur le mode du *dialogisme*, au sens attribué à ce concept dans le champ de l'analyse du discours⁸. Et ce, dans le prolongement des travaux de Bakhtine et/ou du cercle de Bakhtine.

Une analyse *exclusivement* centrée sur les contraintes liées à la configuration du système juridique, sur la place des juridictions au sein du système juridique et de l'ordre juridictionnel, ne permet point, en tant que telle, d'appréhender le fait que la justification des énoncés normatifs s'institue dans la double orientation du discours judiciaire vers l'amont et l'aval de sa production. Ces relations ne se décodent pas uniquement en termes de pouvoirs, et, en particulier, au travers de la perspective d'un possible contrôle ou d'une éventuelle censure par la Haute juridiction. Cette réalité est indéniable, mais elle ne rend pas compte de la complexité des ressorts sur lesquels repose le mode de réalisation du discours judiciaire au niveau particulier des juridictions d'appel. Une analyse focalisée sur les contraintes « internes » du système juridique, à notre avis, s'avère insusceptible d'expliquer pourquoi en France la référence à la jurisprudence de la Cour de cassation ou à la doctrine, par exemple, reste le plus souvent implicite – avec des variations notables d'une cour d'appel à l'autre, voire en fonction du rédacteur de la décision –, alors qu'elle se déploie de façon explicite dans nombre de décisions rendues, en Belgique, par les Cours du travail, lesquelles sont, dans le système juridique belge, l'équivalent des chambres sociales des Cours d'appel françaises, dès lors qu'elles occupent une position semblable à ces dernières au sein de l'ordre juridictionnel national. D'un côté le dialogisme est – généralement – *voilé*, de l'autre il est *montré*. Mais c'est toujours de dialogisme dont il s'agit. Cette grille de lecture dialogique permet de cerner les relations que le discours judiciaire d'appel entretient avec l'amont mais aussi avec l'aval de sa production. Ainsi peut-on décrypter et comprendre que ce qui se joue à travers les reformulations, les ajustements, les traductions (le fait de « dire *presque* la même chose », pour reprendre l'intitulé de l'ouvrage de M. Umberto Eco) opérées par les juges d'appel des énoncés jurisprudentiels (ceux émanant de la Cour de cassation) est essentiel : c'est la part prise par les juridictions du fond dans le processus d'élaboration de la norme jurisprudentielle – leur contribution à l'élaboration de la jurisprudence – qui apparaît ainsi éclairée d'un jour relativement nouveau.

Synthétisée à l'extrême, notre conclusion, à ce titre, est que la justification de la prémisses normative dans les décisions d'appel se réalise, essentiellement et principalement, sur le mode du dialogisme – et ce mode se présente, *ici*, comme un modèle alternatif à celui de la justification argumentée. Cela s'explique, *in fine*, selon nous, par le modèle théorique qui, implicitement, sous-tend le discours des différents acteurs du procès – la décision judiciaire s'inscrivant dans une chaîne discursive dont elle ne constitue qu'un maillon, aussi essentiel soit-il.

► Principales conclusions s'agissant des rapports et avis produits à l'occasion du processus d'élaboration d'une décision de la Cour de cassation

L'examen des rapports et conclusions (ou avis) produits dans le cadre du processus d'élaboration d'une décision de la Cour de cassation se révèle particulièrement riche en enseignements.

⁸ Sur le concept de « dialogisme », voir : F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, Thèse droit, Université Nancy 2, 2007, spéc. n° 22 et s., p. 61 et s., ainsi que n° 726 et s., p. 1990 et s., plus spéc. n° 763 et s., p. 2061 et s.

Ces discours judiciaires dits « internes » donnent à voir le raisonnement interprétatif des magistrats de la Cour de cassation comme un processus consistant à identifier puis à choisir entre les sens possibles du (ou des) texte(s) pris comme point(s) de départ de l'analyse. L'interprétation se dévoile nettement, sur ce registre, comme une activité rationnelle placée sous le double signe du pluralisme et du constructivisme. Le pluralisme dont il est question réfère, d'abord, à la conception que les conseillers rapporteurs et les avocats généraux se font des « sources » du droit, dans la mesure où leur raisonnement conduit à mettre en présence des discours, des textes, envisagés comme des systèmes de contraintes. Et ce, qu'ils émanent du législateur, des partenaires sociaux ou de la jurisprudence – celle de la CJCE ou de la CEDH, mais également celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation elle-même, sous l'angle de l'exigence de cohérence de l'œuvre jurisprudentielle. Entre autres textes ou discours. Mais si le raisonnement se marque du pluralisme, c'est aussi, et surtout, parce qu'il s'accomplit au travers de modes d'interprétation particulièrement diversifiés, ce qui ouvre sur une extrême diversité des arguments et des éléments invoqués par les magistrats. Les arguments tirés de la lettre de la loi, de la volonté du législateur, de la finalité ou de l'objectif de la loi ou encore de l'effet utile de celle-ci côtoient, à cet égard, des éléments plus atypiques, à l'instar, notamment, de l'argument conséquentialiste (ou pragmatique). Ainsi rencontre-t-on, au détour de certaines argumentations, le souci de veiller à ce que la jurisprudence n'ait pas de conséquences excessives, de prendre en compte la réalité, ce qui amène le magistrat à s'appuyer, le cas échéant, sur des considérations (qualifiées de) pratiques, d'opportunité, voire d'ordre sociologique, social ou économique. Le discours des conseillers rapporteurs et des avocats généraux est, par ailleurs, marqué du sceau du constructivisme. L'analyse révèle que les contraintes interprétatives et les arguments invoqués par les magistrats laissent place à une appréciation, à une marge d'incertitude – et que, de fait, ils sont, eux-mêmes, interprétables et objet d'une codétermination de la part de l'interprète. Le constat vaut pour l'ensemble des arguments susceptibles d'être mis en avant par les magistrats. Au-delà de ces considérations, ou plus précisément à leur point de jonction, l'on remarque, de façon tout à fait frappante, que les analyses de la doctrine se voient assigner une place centrale dans le raisonnement des magistrats de la Cour de cassation. Dans les rapports et conclusions, la doctrine participe (directement) à l'élaboration de la norme jurisprudentielle : elle est généralement – sauf bien sûr lorsqu'aucun auteur ne s'est penché sur la question soumise à la Cour de cassation – la matrice dont procèdent les significations admissibles du texte ainsi que les arguments en présence.

Argumentation et dialogisme vont, ici, de pair. Cette idée se cristallise avec une grande netteté lorsque l'on s'intéresse à l'impact ou aux fonctions de ces rapports et avis, à partir du moment où ils font l'objet d'une large diffusion, et en particulier d'une publication. Deux perspectives peuvent être mises en évidence, que l'on peut respectivement qualifier d'interprétative et d'argumentative. Parce qu'ils sont une fenêtre ouverte sur le processus d'élaboration de la norme jurisprudentielle, ces discours – en tant, répétons-le, que discours publiés – incarnent une anticipation de l'interprétation pouvant être faite de l'arrêt, en offrant des clefs de lecture susceptibles d'influencer sa compréhension et en mettant en lumière le processus « rationnel » qui le sous-tend, notamment. Ils ouvrent, par ailleurs, sur un enrichissement de l'arrêt, tant au plan de son contenu significationnel que de sa portée normative. En quelque sorte, ils contribuent à en façonner le sens, en opérant comme un appendice de la décision rendue par la Cour de cassation. Les rapports et conclusions jouent également un rôle crucial sur le registre proprement argumentatif. Là réside leur fonction propre : ils introduisent, dans l'espace discursif du droit, une argumentation tendant ou visant à justifier la position consacrée par la Haute juridiction. Mais il y a plus : le déploiement argumentatif de la justification « externe » de l'interprétation

jurisprudentielle instaure, du même coup, la possibilité d'une discussion, d'un échange argumenté sur l'option retenue par les hauts magistrats. Les rapports et conclusions (ou avis) sont doublement orientés : vers la décision à laquelle ils se rattachent et vers les interprétations qui pourront en être donnés à l'avenir. Dialogisme. Et c'est au travers de cette double orientation dialogique que s'origine et se réalise l'argumentation, dans l'espace jurisprudentiel.

► La mise au jour des relations complexes entre *dialogisme* et *argumentation*

Cette recherche fait ressortir comme un paradoxe. Si, en effet, le dialogisme transparait tant dans les décisions d'appel que dans les rapports et conclusions produits par les magistrats de la Cour de cassation⁹, les relations qu'entretiennent argumentation et dialogisme apparaissent de nature très différente suivant que l'on se situe dans le premier ou le second de ces ordres de discours judiciaires. D'un côté, le dialogisme opère comme un mode de justification alternatif à la justification argumentée, de l'autre, il constitue le mode de réalisation de l'argumentation. Le paradoxe n'est cependant qu'apparent. L'on se trouve, en réalité, en présence de deux « mondes discursifs ». Les décisions des Cours d'appel sont prises dans une dynamique discursive, les rapports et conclusions dans une autre. Dans cette « strate » particulière qu'incarne le niveau de la production normative de la Cour de cassation, l'argumentation constitue le cœur du raisonnement, et elle se déploie, dans une large mesure, à travers l'interaction entre discours jurisprudentiels et discours doctrinaux. C'est une interaction d'une autre nature qui se réalise au niveau de la Cour d'appel (avec, en amont, les conclusions des avocats et, en aval, l'éventualité d'une cassation), interaction qui débouche sur un mode de justification dialogique... mais pas nécessairement de type argumentatif.

Les relations entre argumentation et dialogisme se révèlent dans leur complexité. Dialogisme et argumentation. Dialogisme et *non*-argumentation. Il se pourrait bien que la problématique de la justification normative, en droit, se réalise dans cette « dialogique »¹⁰.

PISTES DE RÉFLEXION OUVERTES

- Approfondissement de la problématique de la combinaison entre règle de droit et appréciation des faits sur la base des décisions rendues par les Cours d'appel.
- Elaboration d'une théorie dialogique de l'argumentation en droit, qui fasse toute sa place au dialogisme – au sens bakhtinien du terme.
- Reflexions sur les éclairages respectifs et complémentaires qu'offrent, à propos du raisonnement judiciaire, certains paradigmes ou conceptions actuellement défendus dans le champ de la théorie du droit : le paradigme de l'argumentation, le paradigme de la traduction, le paradigme du dialogisme, la théorie des contraintes juridiques, etc.

⁹ Il est vrai qu'il ne s'agit pas exactement du même dialogisme.

¹⁰ Au sens spécifique que M. Edgar Morin donne à ce terme : « Unité complexe entre deux logiques, entités ou instances complémentaires, concurrentes et antagonistes qui se nourrissent l'une de l'autre, se complètent, mais aussi s'opposent et se combattent » (E. Morin, *La méthode. 6. Éthique*, Seuil, 2004, Points essais, 2006, p. 262).