

Septième Colloque des doctorants et jeunes docteurs
de l'École Doctorale 101

LA DISCRÉTION

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG, 12 DÉCEMBRE 2019

APPEL À COMMUNICATION

Les doctorants et les jeunes docteurs de l'École doctorale des sciences juridiques de l'Université de Strasbourg, en collaboration avec la direction de l'École doctorale et la direction de la Fédération de Recherche *L'Europe en mutation*, organisent le septième Colloque des doctorants et jeunes docteurs de l'École Doctorale.

Cette journée a vocation à permettre aux doctorants et jeunes docteurs de présenter une communication et, ainsi, de valoriser leurs travaux ou leur objet de recherche.

Les frais afférents au voyage et au séjour à Strasbourg sont pris en charge par les organisateurs du colloque.

Les actes du colloque seront publiés dans le courant de l'année 2020.

Le comité scientifique se tient à votre disposition à l'adresse suivante :
colloque.ed101@gmail.com

Au fondement de la discrétion se trouvent le *pouvoir* et le *savoir*. D'un point de vue juridique, l'on constate que discrétion et droit entretiennent des rapports manifestes. Le *discernement*, c'est-à-dire la faculté d'isoler et de choisir, sens original de la *discretio*, est au fondement du droit, qui se donne pour mission d'isoler, de choisir, d'adopter et de faire adopter une conduite, individuelle ou collective, par des *décisions*.

Le pouvoir, qui permet l'exercice de la discrétion, éclaire le glissement de la discrétion au *discrétionnaire*, renvoyant à une volonté illimitée, celle-là même à qui l'on confie la faculté de choix, « à la *discrétion de* » laquelle on s'abandonne.

Le savoir, quant à lui, éclaire la discrétion d'acceptations plus convenues : celles de la dissimulation et du secret. Il faut alors tâcher de saisir les oscillations entre ces deux limites.

AXE 1 : LA DISCRÉTION COMME TECHNIQUE DU POUVOIR

La discrétion peut être explorée dans la perspective de l'exercice du pouvoir. Sur la question de la légitimité de cet exercice, le droit surgit de prime abord par la *justice* et l'ordination du pouvoir à des principes et à des finalités objectives, principalement théologiques. Le droit, qui procéduralise ensuite le pouvoir, introduit alors une dimension subjective par l'invention de la personnalité et le mécanisme du consentement. À cet instant, la discrétion, c'est-à-dire le discernement et la décision, donc le pouvoir, s'exerce *discrètement* ; autrement dit, avec mesure. Les considérations sur l'État de droit, pensé en termes de séparations fondamentales (nation et État, communauté et société, personnalité morale et personnalité juridique, personne et fonction, fonction et pouvoir, pouvoirs entre eux), éclairent cet aspect.

Mais cet exercice du pouvoir peut également entretenir avec la notion de discrétion des rapports moins consensuels. Le *pouvoir discrétionnaire*, dans son acception classique, renvoie à une faille dans l'ordonnancement rationnel du droit. Le constat de l'indétermination de la norme laisse place, dans le processus de concrétisation, à une marge d'appréciation pour les autorités chargées de l'appliquer. Cette marge, qui a pu être critiquée, mais qui conserve une belle actualité, soulignée par la jurisprudence la plus récente du Tribunal des conflits et du Conseil d'État en matière d'*acte de gouvernement*, amène simultanément à l'exploration de la notion de pouvoir, d'un point de vue sociologique, comme antérieure à la justice ou au droit. Son exercice apparaît dès lors nécessairement réservé à une élite supposée plus à même de saisir la *vérité* du pouvoir et d'établir les principes de son exercice. La réflexion menée dès les années 1920 et continûment poursuivie depuis lors sur la réforme de l'État et sur la technocratie pourrait être soulignée.

De même, il apparaît que de nombreux pans de la fiscalité sont investis par la matière discrétionnaire, faisant de la réserve une caractéristique transversale de l'éventail fiscal. Le consentement à l'impôt est en soi un véritable leitmotiv inhérent aux sociétés modernes, autant garanti par l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qu'il est un fondement historique de la désobéissance civile. Avec logique, le droit français est donc allé dans le sens d'une forte marge de manœuvre en faveur du contribuable quant à ses modalités d'imposition, soit celui la dimension stratégique de dispositions fiscales.

À l'échelon supranational, le fonctionnement des institutions de l'Union européenne revêt également une dimension discrétionnaire. Le processus de décision de l'Union, s'il est marqué par le culte du consensus, l'est aussi par la permanence du clair-obscur. L'efficacité de ce processus décisionnel est intimement liée à l'opacité et à la discrétion stratégiquement adoptée par ses différents acteurs. Une réflexion saura être engagée sur le trilogue, notamment sur son institutionnalisation formelle, la *comitologie*, le COREPER ou encore les intergroupes du Parlement européen. De même, la dotation d'instruments récents de *soft law*, tels que certaines dispositions du règlement interne du Parlement européen depuis 2009 ou celui de la Commission depuis janvier 2018, pourront être questionnées en ce qu'elles tentent de mieux prévenir les conflits d'intérêt. Sur le processus de décision spécifiquement lié au Parlement, l'impact du fonctionnement des groupes politiques saura, pour partie, être évalué à la lumière des modalités de désignation des *shadow rapporteurs* de directive ou encore sur la publicité quant aux réunions des intergroupes.

L'historique des oppositions doctrinales sur les théories de l'intégration amène aussi à une meilleure appréhension du poids de l'opacité sur le fonctionnement des institutions. À travers l'étude des auteurs les plus influents, passés ou actuels, des courants fonctionnalistes et néo-fonctionnalistes, transactionnalistes, réalistes et néo-réalistes, intergouvernementalistes, institutionnalistes ou constructivistes, au même titre que certaines démonstrations de stratégies de ces courants (*spillover*, *encapsulate*, *muddle-about*, *spill-back*, *path dependancy*, *home discipline*, ...), le potentiel de démonstration de la dimension discrétionnaire de l'intégration européenne est particulièrement fort.

AXE 2 : L'OPACITÉ COMME INSTRUMENT DE POUVOIR

La discrétion, suivie dans ses relations avec la question du pouvoir, est à présent comprise comme liée à celle du savoir. Si l'on se réfère Hobbes, la limitation du pouvoir résulterait alors de sa compréhension. Sa transposition technique en *administration*, lui confère la légitimité de la durée. Toutefois, si cette procéduralisation du pouvoir ne permet pas de s'affranchir du recours à l'autorité, et ce faisant, ne garantit pas que tous les détenteurs d'une connaissance des techniques du pouvoir puissent l'exercer effectivement, l'hypothèse de zones d'ombre, menaces pour la démocratie, ressurgit. Le pouvoir est alors principalement exercé dans le *secret*, phénomène particulièrement sensible dans le *secret-défense*. Machiavel, bien entendu, peut être réétudié.

Cette nouvelle discrétion-dissimulation fait évoluer la rationalité politique parallèlement à la raison commune. Richelieu, dans ses *Maximes d'État*, forge une distinction qui nous est désormais bien connue (c'est le *privilège du préalable*) entre les affaires de l'État et les affaires ordinaires, les secondes devant être soumises au droit, les premières ne pouvant l'être qu'après leur exécution. Face à cette dualité, la connaissance des mécanismes du pouvoir apparaît impossible ou, pourvu qu'elle ne le fût, inefficace. Le mécanisme du consentement en ressort affaibli. Pour y remédier, et parer au retrait des citoyens de l'espace public tel que constaté par Alexis de Tocqueville ou étudié par Hannah Arendt, il est désormais soutenu qu'il convienne de soumettre le pouvoir, et les institutions qui l'exercent, à une vérification absolue. Cette exigence générale de publicité prend souvent le nom, aussi bien dans le discours politique que

dans sa concrétisation légale, de *transparence*. Jeremy Bentham peut être étudié comme l'un des pères du concept de transparence et plus encore de son application politico-juridique. Outre l'introduction du terme *transparency*, Bentham propose d'offrir à tous l'accès à la *réalité* de l'opération administrative. Il n'est pas anodin de souligner que le modèle panoptique est construit, plutôt que sur le modèle de la prison, sur le modèle de la fabrique. Aux obligations de publicité, la transparence de Bentham se double d'une exigence d'efficacité *économique* de l'action publique, passant notamment par un usage intensif du procédé normatif, pris ici non dans son acception déontique, mais dans une perspective de standardisation, de *normalisation*. En ce sens, l'on voit que la technicisation du pouvoir, qui était dans un premier moment la justification d'un recul du savoir, peut être pensée au service de la transparence.

Ces éléments peuvent conduire à évoquer les travaux de Foucault sur le libéralisme qui vit, à la fin de sa trajectoire intellectuelle, émerger la vérité du marché. Le jalon juridique précédemment utilisé pour entendre les liens entre pouvoir et discrétion doit selon lui être écarté comme contraire à l'émancipation sociale. Un certain anticontractualisme gouverne une pensée rejetant l'État, même *de droit*, en ce qu'il présupposerait l'impossibilité d'une sociabilité véritablement spontanée, et placerait la société dans la contrainte d'un artifice maintenu par la surveillance et la répression. Toutefois, si dans la perspective contemporaine d'un pouvoir saisi par l'économie il y a bien mutation de la domination, il n'est pas absolument certain que cet écart emporte résolution du problème de la discrétion, et tout particulièrement de la discrétion-dissimulation. Le *secret des affaires* semble d'ailleurs fortement gouverner une architecture économique qui peine à admettre l'imposition de règles de transparence et de concurrence, dont l'intense exigibilité est à la mesure des espoirs désormais placés dans l'entreprise par des institutions publiques vraisemblablement désireuses d'un certain renoncement au politique. La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 est l'un des instruments mis en place par le législateur pour lutter contre les dérives constatées de cette opacité.

La promotion de la « nouvelle gouvernance européenne » au début du siècle est d'ailleurs aussi celle d'un regain d'intérêt pour la transparence du processus décisionnel. Si l'expression est multiples fois utilisée, notamment en matière budgétaire, elle renvoie à un impératif de responsabilité politique de l'Union dans ses domaines les plus intégrés. L'influence des systèmes juridiques d'États membres dans lesquels le devoir de probité se conjugue le plus avec la charge politique est plausible, mais ne saurait être la source exclusive de ce mouvement. La lutte contre le vide politique dans l'Union recouvre ainsi celle du secret du fonctionnement de ses institutions. Bien que de nombreux éléments allèguent une volonté de transparence dès les prémices de la construction communautaire, plusieurs dispositifs ont été unilatéralement mis en place par les institutions depuis le traité de Lisbonne afin de porter à la connaissance du public la pluralité des acteurs investis et les modalités de prise de décision dans l'espace public européen. Les contours majeurs de ce principe de transparence s'articulent adéquatement avec un affaiblissement attendu de la discrétion du processus décisionnel de l'Union.

Animé par une forte volonté d'interdisciplinarité, et au regard de la potentialité de nombreux autres éléments indirectement liés aux sciences juridiques quant au traitement de la discrétion, le comité saura apprécier les propositions de contribution innovantes et faisant intervenir d'autres domaines et spécialités académiques. Les suggestions d'orientations du présent appel ne sauraient, pareillement, être exhaustives.

Les propositions de communications (8000 signes en format Word ou PDF + bibliographie), accompagnées d'un *curriculum vitae*, doivent être adressées avant le dimanche 15 juillet 2019 à minuit au courriel suivant :

colloque.ed101@gmail.com

Les doctorants et jeunes docteurs dont les communications auront été sélectionnées en seront informés par courriel à mi-août 2019.

Le texte définitif des communications, qui contiendra 40 000 signes espaces compris au maximum, devra être transmis au comité scientifique avant le 1^{er} décembre.

Comité scientifique :

M. Raphaël ECKERT, Professeur à l'Université de Strasbourg, Directeur de l'École Doctorale 101

M. Emanuel CASTELLARIN, Professeur à l'Université de Strasbourg, Directeur de la Fédération de recherche

Mme Andrea HAMANN, Professeur à l'Université de Strasbourg, Directrice adjointe de l'École Doctorale 101

M. Jean-Philippe KOVAR, Professeur à l'Université de Strasbourg, Directeur adjoint de la Fédération de recherche

Mme Juliette LELIEUR, Maître de conférences HDR à l'Université de Strasbourg, Directrice adjointe de la Fédération de recherche

M. François BARVIAUX, Doctorant à l'Université de Strasbourg

M. Yann LE FOULGOC, Doctorant à l'Université de Strasbourg

Mme Pauline LAZZAROTTO, Doctorante à l'Université de Strasbourg

Mme Gaëlle SAMPIETRO, Doctorante à l'Université de Strasbourg