



HAL
open science

Propos Conclusifs

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Propos Conclusifs. Quel sens pour le droit?, Nov 2007, Sceaux, France. pp.165-170.
halshs-00367623

HAL Id: halshs-00367623

<https://shs.hal.science/halshs-00367623>

Submitted on 11 Mar 2009

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.

Propos conclusifs

Eric Millard
Professeur de droit public
Université Paris X-Nanterre
Centre de Théorie et Analyse du droit (UMR 7074)

1 - Il ne fait aucun doute que la question du sens du droit est une question que ne se posent pas assez les juristes, ni même les utilisateurs des ressources juridiques. Pour autant, cela ne les empêche pas de disposer généralement de réponses, du moins de croyances qui constitueraient, en première analyse, des réponses intuitives à une telle question, si elle était posée ou formalisée : progrès, tendances, clarté du droit, etc. sont tous, en ce qui les concerne, des concepts (davantage que des faits), corrélables à cette question. C'est là un des puissants paradoxes de la représentation du droit : nous croyons connaître cet objet avec certitude, et nous dispensent généralement d'une réflexion critique à son égard ; mais ne prenons-nous pas alors pour des évidences ce qui n'est qu'un fantasme ?

Il n'était donc pas inutile, loin de là, de poser la question du sens du droit, et il y a sans doute quelque chose de révélateur, et de très sain, que ce soit à l'initiative de jeunes chercheurs que les contributions que l'on vient de lire ont été réunies.

Pour autant, la question « quel sens pour le droit » a-t-elle elle-même un sens ? A vrai dire, il est possible de la comprendre, et les textes que l'on vient de lire l'ont comprise en pratique, comme dotée de plusieurs sens. Parler de sens du droit dénote à la fois ce que serait la direction pour le droit, entre sens unique et sens interdit, et ce que serait la signification du droit, ou en droit. Autant de pistes pour des réponses, mais autant de distinctions à effectuer préalablement pour tenter de ne pas rendre la question incompréhensible, les réponses confuses, et les propos dépourvus, eux-mêmes, de sens. Pour éviter donc de se retrouver entre des réponses fantasmées à une question occultée, ou des réponses inadaptées à plusieurs questions confondues ; sens dessus dessous.

2- Le sens comme direction est vraisemblablement la signification qui paraîtra la plus évidente. La doctrine juridique souligne fréquemment les grandes lignes des politiques juridiques, générales (le droit) ou spécialisées (la jurisprudence, la réglementation...). Le vocabulaire employé (progrès, évolution, régression) traduit d'ailleurs avec emphase ce que cet exercice peut avoir d'ambigu. Il est en effet probable que l'on puisse, comme un historien, dire qu'elles ont été les tendances qui nous ont conduit à l'état actuel du droit positif, et repérer les étapes, les contradictions, les effets. Pour autant, ni la prédiction de ce que seront les tendances à venir (le futur de ce droit positif, la désignation des objectifs à atteindre, etc.), ni l'évaluation des tendances passées ou à venir (progrès ou régression) ne sont exemptes de travail d'évaluation, dans lequel les préférences du locuteur comptent autant sinon plus que la simple analyse de mécanismes.

Donner du sens à l'histoire est sans doute davantage que dire l'histoire : c'est la faire ou la refaire, mais c'est aussi, ce faisant, y projeter sa subjectivité, au mieux l'inscrire dans l'intersubjectivité. Donner du sens à l'histoire car, sauf à s'inscrire dans une vision transcendantale, les choses ne sont pas univoques, ni dans le passé (on ne retient que l'histoire des vainqueurs, et l'on occulte ce qui gênerait, construisant une hiérarchie de la pertinence des faits), ni évidemment dans l'avenir. Les juristes échappent peu à la croyance pré-moderne de la prédestination pour l'avenir, et à la posture retrodictive de Cassandre pour le passé : ils *savent* en général le sens de l'histoire, et se gargarisent des évolutions qu'ils avaient annoncées sans être crus. Il est vrai qu'ils annoncent tant. Ceux qui y échappent sont souvent attirés au contraire par les mythes post-modernes, peut-être pas les meilleurs, comme celui de la fin de l'histoire.

Peu de place ici hélas pour la modernité, sinon chez ceux qui se taisent : la modernité qui rend sa place à l'indécidable et au politique, avec son lot d'imprévisibilité, mais aussi de liberté, cette modernité qui est au coeur des projets de démocratie, de libéralisme politique et des philosophies anti-autoritaires, semble remise aux archives. Bien sûr, tout n'est pas imprévisible et des théories, comprises comme outils de la description du monde, permettent de tenir compte des contraintes d'un système donné, par exemple, pour prévoir avec une probabilité acceptable le sens de telle évolution du droit, et pour analyser, si cette évolution ne se produit pas, ce qui a pu causer l'évolution effectivement constatée ; et à un degré plus fort de technique juridique, certaines questions ne semblent pas totalement ouvertes. Mais cela ne fait pas *le sens du droit*, qui renvoie intuitivement à des lignes de force plus solides, traversant l'ensemble de la question : qui renvoie donc pleinement à la question politique première.

Or l'idée du sens du droit, ou du sens de la décision politique, devient ici plus compliquée et surtout plus illusoire si on l'appréhende dans les systèmes politiques que nous connaissons, car elle ne prend sa signification que rapportée aux contradictions internes du libéralisme politique. Le libéralisme politique affirme en premier lieu l'égalité de chacun sur des questions fondamentales liées à sa propre détermination : liberté de croyance, d'expression, de mouvement, d'installation, de moeurs, etc. Les limites à ces libertés entrent dans un cadre très précis, aussi bien procéduralement (la loi, l'autorité judiciaire, etc.) que substantiellement (les raisons permettant de justifier une limite aux libertés : l'exercice par autrui des mêmes libertés, la protection des droits reconnus d'autrui, la dangerosité des comportements, etc.). En ce sens, le libéralisme politique s'affirme comme éthiquement neutre puisque ce ne sont pas des croyances morales, seules, qui peuvent servir en tant que telles de base juridique à une limitation des libertés. Or dans le même temps, le libéralisme politique s'est déployé dans le cadre d'un système politique spécifique, qui lui donne toute sa substance, et qui est celui de la démocratie procédurale. La conséquence de la jonction de ces deux modèles, loin d'un compromis démo-libéral maintes fois critiqué, réside dans l'apparition et la circonscription d'une contradiction. Les deux modèles s'accordent pour ne pas tolérer de limites à l'action et à la décision publiques qui ne soient simplement justifiées par l'affirmation des libertés fondamentales et par l'organisation des procédures d'action et de décision : il n'y a ni légalité supra-constitutionnelle, ni valeurs autres que celles fondant le libéralisme et la démocratie procédurale qui s'imposent ; et encore ces dernières valeurs ne s'imposent qu'aux institutions, et non au pouvoir qui pourrait se vouloir, à nouveau, instituant.

La première caractéristique de la philosophie politique libérale et du système de démocratie procédurale est évidemment d'admettre le risque que fait peser sur leur propre consécration toute opposition (au libéralisme, à la démocratie), mais de se refuser à la condamner *a priori* sauf à se contraindre à renier leurs propres valeurs. Ceci est bien connu et du "pas de liberté pour les ennemis de la liberté" au conditionnement de telle liberté à l'acceptation ou à l'adhésion aux valeurs mêmes du libéralisme politique et de la démocratie (qui dès lors n'est plus procédurale !), les tentations du renoncement sont multiples.

Ce qui est moins explicitement relié à cela est l'autre versant du risque, parce qu'il est totalement interne à la conceptualisation même du libéralisme politique dans une démocratie procédurale, et parce qu'il paraît moins déboucher sur une remise en cause du système politico-juridique. Si le propre du libéralisme politique est de refuser de consacrer une valeur morale contre la liberté, le propre de la démocratie procédurale est de décider les choix moraux du moment. La contradiction naît de cette articulation (elle échappe au libéralisme politique non démocratique : que celui-ci soit imaginé dans des contextes pré démocratiques ou dans des contextes alterdémocratiques comme les projets libertaires ; elle échappe aussi aux démocraties non procédurales, i.e. non reliés au libéralisme politique), et du fait évidemment que ces choix moraux du moment, qui s'expriment dans les choix de la démocratie procédurale, peuvent être en contradiction avec les valeurs mêmes de liberté affirmées par le libéralisme politique. Deux espèces de valeurs sont en cause : certaines sont liées à la possibilité même de la démocratie procédurale (celles qui sont nécessaires au débat

public : réunion, manifestation, expression, etc.) et l'on peut tenir que leur remise en cause empêche le maintien de la démocratie procédurale elle-même, et la détourne vers, au mieux, une démocratie substantielle ; d'autres sont liées aux libertés individuelles (notamment la question des choix de vie : par exemple le traitement juridique de l'homosexualité, le droit de la femme à avorter, etc. ; ou des questions liées à l'usage légitime de la violence : peines, etc.) et leur remise en cause traduit le recul du libéralisme politique autant qu'elle pose directement la question des limites de la démocratie procédurale. Il n'y a là rien d'autre qu'un conflit de valeurs, qui ne peut être tranché que par la décision ; la légitimité tiendra seulement à la voie procédurale adoptée. Si le libéralisme politique a autant besoin du constitutionnalisme (véritable : avec un réel droit au recours), c'est bien pour trouver une solution acceptable à ces conflits de valeur, sous la forme de hiérarchisation des normes. Les valeurs du libéralisme, constitutionnalisées, s'imposent à la démocratie procédurale dans le système (contrôle de constitutionnalité) sans pouvoir garantir pour autant le système, qu'un coup d'état ou une révision constitutionnelle peuvent faire disparaître. Gloser sur la direction du droit devient alors particulièrement difficile, car le droit sera essentiellement le produit des contradictions indiquées, et produira à son tour de nouvelles contradictions, dans un système qui n'est ni fermé, ni indépassable. On peut soupçonner que tout discours sur le sens du droit qui ne partirait pas des prémisses posées par une telle configuration du système politico-juridique serait à proprement parler un non-sens. Une analyse politique du droit est nécessaire à toute compréhension du sens du droit.

3 – Le sens comme signification est en revanche une question davantage délaissée par la plupart des juristes, même si paradoxalement la théorie du droit permet de mieux la connaître. Il est vrai que les juristes prétendent majoritairement disposer de méthodes d'interprétation adaptées, leur permettant de dire qu'un texte est clair, et que dès lors la question du sens est une simple question technique, ne posant pas de difficulté à qui maîtrise la technique : un sens s'impose évidemment. Or cet empire du sens est en réalité un éveil des sens, puisqu'aussi bien une théorie un peu plus fouillée, qui tient compte de la nature linguistique des textes de droit, souligne quelques distinctions.

La norme n'est pas un acte, or le droit est un ensemble de normes. La norme n'est pas un énoncé car la norme est du côté du signifié et l'énoncé du signifiant. Parler dès lors de sens du droit comme signification suppose que l'on prenne au sérieux les questions de normativité, et que l'on s'interroge sur les possibilités et limites de déterminer quels actes d'énonciation sont pertinents selon les normes en vigueur et quelle(s) signification (s) nous devons retenir comme pertinente (s) : comme norme valide. Questions pour lesquelles évidemment les prétendues méthodes d'interprétation des juristes sont inadaptées puisqu'elles ne visent en rien à dire quel est le sens du texte (comme les juristes le prétendent) mais quel *doit être* ce sens (ce qui n'est pas une question de détermination de sens du texte mais de décision de la norme valide).

On sait que deux positions sur la question de l'interprétation se partagent les faveurs des théoriciens du droit. La première assure que l'interprétation peut être un acte de connaissance, dans le cadre d'une linguistique appliquée : l'analyse des textes validement énoncés selon des méthodes syntaxiques (les règles de la langue), sémantiques et systémiques (dans un système de normes) permettrait de savoir quelles significations sont correctes ; selon cette théorie cependant, il est peu envisageable qu'une seule signification soit valide, et donc il s'agit davantage de définir un cadre de significations correctes que de trouver le sens du droit ; surtout, toujours selon cette théorie, cette interprétation laisse entière la question de la décision par une autorité authentique du système du sens appliqué, dans le cadre de signification ou en dehors de lui. La seconde considère que la signification juridique ne préexiste pas à l'application par une autorité authentique, et donc que l'interprétation juridique n'est pas une activité de connaissance mais une simple activité de décision (acte de volonté de ceux qui disposent d'un pouvoir).

Ces deux positions sont radicalement inconciliables, mais elles présentent toutes deux le mérite de partir d'une véritable théorie de l'interprétation des textes. Elles contestent toutes deux, à leur

manière, l'idée de la connaissance du sens du droit : pour une théorie de la connaissance, il ne peut y avoir un sens, mais simplement plusieurs sens dans un cadre de signification ; pour une théorie de la volonté, il y a bien un sens du droit, mais ce sens ne peut être connu directement et est décidé par une autorité (on ne peut connaître que des actes d'interprétation).