

CONCLUSION GÉNÉRALE

311. – Approche générale : le droit, c'est ce qui circule au sein de chaque ordre juridique. Dans le titre de l'ouvrage, on a évoqué l'existence de limites générales à la possibilité de connaître le droit : cet objet est destiné à nous demeurer largement insaisissable – au sens propre du terme. La difficulté à appréhender la notion procède d'abord d'une question de langue : de quoi parle-t-on quand on parle de droit ? Quels sont les éléments sous-jacents à cet étrange vocable, qui semble toujours aller de soi ? Depuis toujours, les juristes se plaisent à évoquer la polysémie du mot, partagé entre conceptions objectives et perceptions subjectives. Mais la diversité des significations va au-delà de cette rupture entre Grand droit et petits droits, entre la Loi et les prérogatives individuelles, pour faire vite. Le vrai est que l'on ne parvient pas bien à déterminer la façon la plus adéquate de saisir, par la pensée, le contenu de cet objet qui persiste à nous échapper.

D'ailleurs, où saisir le phénomène juridique dans son entièreté : comment le localiser sans en rogner les limites, ou plus gravement en amputer des provinces entières ? Le parti constamment suivi a été de refuser toute réduction *a priori* dans l'approche en choisissant d'emblée une expression privilégiée de la notion, ce qui aboutit à la mutiler. Pour éviter de choisir, on a adopté une conception globalisante en partant du lieu où l'on pensait trouver le plein épanouissement de la notion : l'ordre juridique. Si l'on a eu recours à cet objet institutionnel – des individus, qui se sont exposés au droit par une soumission native supposant des instances de commandement et d'apurement des conflits –, c'est parce qu'il a paru constituer une épure structurelle dans laquelle toutes les manifestations rattachables au droit produisaient leurs effets. L'ordre réunit les conditions institutionnelles permettant la naissance, le développement, l'interprétation, le recyclage et la disparition des énoncés juridiques susceptibles d'exister. On constate une réelle homogénéité entre la notion de droit et la structure de l'ordre juridique. Plus précisément : le droit, c'est tout ce qui circule dans un ordre juridique – affirmation qui constitue une première identification de la notion de droit.

Encore cette identification n'est-elle pas suffisante, car ce fluide qui parcourt l'ordre n'est pas d'une nature stabilisée. Parce que l'intuition est en ce sens, on aimerait que les manifestations juridiques concernent toutes l'individu, le sujet propre des droits dont le comportement se trouverait déterminé par elles. Ce qui est très loin d'être exact, non pas en raison de la diversité de ces sujets, mais

simplement parce que tous les énoncés juridiques ne concernent pas les individus, même s'ils sont les premiers intéressés par l'existence d'un ordre qui n'aurait pas de sens sans eux. Une partie non négligeable des énoncés juridiques a précisément pour objet les institutions de l'ordre, qu'il s'agit de réglementer afin qu'elles produisent leur plein rendement – au service ultime des sujets de droit. Il s'ensuit que les énoncés juridiques se partagent entre ceux qui sont destinés à l'entretien du système, à cette superstructure institutionnelle sans laquelle le droit n'existerait pas, et ceux qui se réfèrent à la conduite des sujets, qui constituent ainsi un véritable discours destiné à l'individu en société. Au stade même de la contemplation macroscopique de l'ordre juridique, la possibilité d'une approche élémentaire de la notion de droit est condamnée par le caractère hétérogène des données, sur lequel on butte immanquablement !

312. – Les règles de droit concernant les individus : singularité et rareté du discours du droit. Ce discours du droit est une réalité parlante, à laquelle l'intuition accède aisément. Il est constitué de l'ensemble des énoncés qui concernent en propre le sujet de droit, et sont susceptibles de le guider au hasard de sa vie sociale. On se figure aussitôt une sorte de *livre de raison* au fin maillage, qui permettrait d'enserrer le quotidien des individus dans la société qui les réunit. Hélas, ce discours est loin d'avoir la densité qu'on lui suppose : ses prescriptions sont discontinues, rares, quelque peu aléatoires. Des pans entiers de l'existence individuelle, parfois décisifs, sont négligés ; en sens inverse, ce discours se concentre à l'occasion sur des aspects dérisoires, qui ont bien plus d'importance pour la société que pour l'individu. Il faut s'y résoudre : le discours du droit est tenu par l'ordre juridique dans l'intérêt de la société, bien plutôt que dans celui des individus. Il ne s'agit aucunement de leur rendre service en les aidant à adopter des décisions quotidiennes en situation d'incertitude : qu'ils se débrouillent pour cela ! Ce discours est tenu par chaque collectivité parce qu'elle y énonce son fonctionnement de principe, de sorte que l'individu sache à quoi s'en tenir pour s'y insérer. D'où une illusion persistante, favorisée par une attraction individualiste : parce que ce discours prend le sujet de droit pour objet, on croit qu'il lui est destiné. Bien plutôt, la société se borne à décrire ses modalités d'existence, à toutes fins utiles.

Cette méprise n'explique pas seulement la rareté du discours ; elle justifie aussi le statut paradoxal de ses énoncés. Là où l'on estime souvent que le droit ordonne, qu'il commande en maître, on prend conscience qu'il se contente le plus souvent de limiter les possibilités individuelles de sorte à éviter que des débordements ne mettent la société en péril. Ce qui explique l'étrange teneur de ce discours qui cherche moins à guider qu'à poser des limites, à établir de justes mesures pour la paix sociale. Sur le ton de l'évidence, le discours juridique dit ce qui est, sans y insister : les règles impératives existent, mais elles ne sont qu'un cas limite. L'ordre décline son fonctionnement de principe tel qu'il le conçoit, en insistant à l'occasion sur les éléments décisifs. D'innombrables choix sont effectués, qui reposent sur des conceptions sociales sous-jacentes ; des limites sont

posées, que les individus ne franchissent qu'à leurs risques et périls. On est loin du ton apocalyptique, qui est par exemple celui du décalogue : le *discours du droit* est celui de l'évidence fonctionnelle, par laquelle l'ordre s'énonce sans avoir à s'exprimer sur un ton directif.

Admettre cette réalité modeste du discours du droit, c'est accepter qu'il ne représente qu'un discours social parmi bien d'autres, parmi tous ceux qui structurent la collectivité. Cette deuxième approche du droit est quelque peu désarmante : au lieu de nous présenter une réalité tranchante, intimidante, brandissant constamment ses menaces de représailles en se tenant sur le pied de guerre, elle nous offre un discours singulier, qui participe de la régulation sociale sans prétendre la monopoliser. Et pourtant, on est là au plus près de la réalité du droit, telle qu'elle peut être expérimentée par un juriste.

313. – Les éléments de base constitutifs du droit : réalité et incertitudes des normes juridiques. Ce *discours du droit*, tout comme les énoncés destinés aux institutions de l'ordre, est entièrement composé d'énoncés à forme prescriptive que l'on appelle des normes. De même que la plus petite structure de la matière est l'atome, du vivant est la cellule, du langage est le phonème, la plus petite articulation du droit est la norme. Celle-ci n'est rien d'autre que l'énoncé apparent d'un devoir-être : une façon de relier des conditions à des effets, qui incarnent le passage du droit. Cette troisième approche du droit est assurément la plus technique : elle vise à élucider son mode opératoire, en même temps que le principe de son efficacité.

Encore faut-il s'entendre sur ces normes. Le mot suggère toujours l'impératif, qui n'est pas le ton du droit. Plutôt que des règles tranchantes, on y verrait des régularités. En énonçant le fonctionnement théorique de la société, le discours du droit prêche par l'exemple : il suggère que ce qui est doit être ; du moins est-ce ainsi que la plupart des sujets comprennent ses formulations. Peu importe qu'ils y soient ensuite fidèles : c'est affaire de responsabilité individuelle. Mais si l'ordre est troublé par quelque comportement, le juge brandira la norme non en disant qu'elle aurait dû être suivie, mais que l'intéressé ne s'est pas comporté comme on l'attendait, de sorte qu'il doit répondre des troubles qu'il a causés. Il n'y a donc pas de contradiction à décrire les normes comme l'expression de devoir-être, selon leur forme, et à considérer que la réalité de ces objurgations apparentes est bien modeste.

Dans cette acception encore, la notion de droit ne se découvre pas si facilement : ces normes sont hétérogènes. La notion de devoir-être y est partout présente ; mais entre les prescriptions générales et les commandements particuliers, il y a des différences importantes. D'abord, de structure : par toutes ses caractéristiques, une règle s'oppose à une décision. Par-delà, on constate des variations dans l'utilisation puisque les règles sont des normes de premier plan, souvent issues d'un processus de délibération conscient, volontariste, tandis que les décisions procèdent davantage d'applications à des domaines particuliers. Ce qui explique qu'elles tendent à être négligées : dans la conscience collective, la règle

qui pose les principes prime sur les actes de mise en œuvre. Et pourtant : pour une loi donnée, combien de milliers, de millions de décisions ? Surtout, pourquoi survaloriser le général et l'abstrait, alors que la pratique des juristes se concentre sur le particulier ? Parce que les conceptions spontanées s'accrochent à des phénomènes de droit qui paraissent fondamentaux – les règles, si élégantes par leur formulation économe et distanciée –, elles oublient la réalité concrète des manifestations juridiques de détail, moins emblématiques, moins spectaculaires, mais qui constituent un réseau juridique tellement plus dense.

Cette troisième acception de la notion de droit, la plus technique, peut-être même technicienne, constitue encore un piège. En tout cas, ne se préoccuper que de la norme, c'est encore une façon de manquer la globalité du phénomène juridique. Les normes sont des objets fascinants pour la contemplation intellectuelle, et pas seulement en droit. Mais elles ne vont guère au-delà : elles ignorent les réalités les plus concrètes de l'activité juridique, qu'une dernière approche se doit enfin de faire émerger.

314. – Effectivité du droit : la circulation des normes au sein de l'ordre juridique et le rôle des pratiques. Qu'est-ce qui circule dans un ordre juridique ? Des discours destinés aux individus comme aux institutions, constitués de normes diversifiées. Mais cette description pêche par abstraction, car les faits de droit se présentent sous la forme de réalités tangibles. Des éléments de structure, on doit ainsi descendre aux manifestations qui rythment la vie de l'ordre. Car le droit ne peut pas être aussi désincarné que la réflexion le présente : il y a un Parlement qui vote des lois, une administration qui a la charge de les mettre en application, un nombre considérable de professionnels qui se fondent sur leur réalité pour exercer leur métier, des juges à qui les difficultés d'application sont déferées... Tout cela constitue un monde foisonnant, constitué d'offices délimités et de praticiens méconnus, qui conspirent tous ensemble à ce que la régulation juridique soit une réalité.

Là encore, des séparations imposent leur nécessité. Dans tout ce magma, il y a une différence assez bien tranchée entre le monde de la production et celui de l'application. Du côté de la production pèsent des considérations politiques : quels modes de création des énoncés normatifs admettra-t-on, quelle sera la part attribuée à chacun d'eux ? Plus subtilement, quelles variations la différence des modes de production emportera-t-elle dans les types de normes qu'ils produiront ? En revanche, du côté de l'application, tout est affaire de pratiques : ce vaste ensemble de mises en œuvre des règles est presque totalement méconnu. Le cheminement d'une norme est particulièrement tortueux, qui passe de la formulation des objectifs généraux aux décisions de détail qui en constituent la mise en application ; il donne l'étrange sentiment d'une course de relais, dans laquelle le témoin ne passerait pas seulement entre différentes mains, mais serait surtout modifié par la préhension particulière à chacune d'elles. Loin d'être condamnable, cette inflexion constante de la norme est sa chance, car c'est cette diversité des conceptions qui lui permet de s'éprouver patiemment – et partant d'être adaptée et amé-

liorée dans sa teneur. D'où un immense remuement des conceptions, où chaque application de détail contribue à modifier la règle dans sa perception d'ensemble. En dépit des intentions de départ, elle finit par n'être rien d'autre que ce que l'on en fait ! Toutes ces pratiques pèsent d'un poids décisif sur la circulation du droit, qui ne peut être vraiment connue qu'à travers un examen de détail – aujourd'hui délicat faute d'enquêtes.

Il reste que ces pratiques représentent le visage même de la circulation du droit, sans fard. Certains diront qu'elles ne sont pas d'ordre juridique, précisément parce qu'elles ont subi des influences diverses, qui ont emporté des déformations liées à la variété des intervenants. Mais pourquoi limiter le droit de façon préalable, en l'identifiant à ce qui a été consciemment voulu et posé ? On pense bien davantage que là est la réalité vécue du droit – c'est-à-dire l'une de ses réalités. Or le droit, c'est la régulation que pratique constamment un ordre juridique, de quelque façon qu'il parvienne à l'élaborer : n'en négligeons aucune parcelle !

315. – Une appréhension toujours personnelle du droit, à partir d'un apologue de Kafka. Ordre juridique, discours du droit, normes, pratiques : autant d'approches qui contribuent à éclairer la notion de droit, tout en la pulvérisant dans des modes d'objectivation distincts. Comme si l'on ne pouvait jamais parvenir à connaître tout à fait cet étrange objet, et que le seul portrait que l'on puisse en faire soit fragmenté, peut-être même brisé à la façon cubiste. Il reste que cet effort de connaissance n'est pas vain : à tout le moins, on peut en escompter une meilleure description, et donc une compréhension plus fine de la matière telle qu'elle se présente aux yeux d'un juriste – même s'il n'est pas toujours facile de mettre des mots précis sur cette réalité complexe et mouvante. Pour en finir avec ces approches différenciées, on aimerait laisser la parole à un écrivain, celui qui nous a montré de la façon la plus forte à quel point le droit était impossible à connaître objectivement. Peut-être la notion ne peut-elle trouver de réalité que pour chaque individu, au risque de divergences redoutables dans les perceptions que chacun s'en fait. Malgré tout ce que l'on a essayé ici de saisir, d'analyser, de préciser, il y a encore de la place pour la discussion, et surtout pour la sensibilité individuelle : à chacun sa perception de ces réalités ! Il revient à chaque individu d'avancer pas à pas dans la connaissance du droit, cette réalité individuelle qui nous concerne trop intimement pour que des considérations extérieures permettent d'en cerner la réalité dernière !

Dans un apologue célèbre du *Procès*¹, maintes fois évoqué et cité sans que sa mystérieuse signification soit épuisée², Kafka raconte : « devant la porte de la Loi se tient un gardien. Ce gardien voit arriver un homme de la campagne qui

1. Fr. KAFKA, *Le procès*, chap. IX : « À la cathédrale », où la fin du chapitre est consacrée à une glose sans issue de l'apologue. Celui-ci avait été publié à part par Kafka en 1915, sous le titre « Devant la loi », dans le recueil *Un médecin de campagne*.

2. Parmi nombre de tentatives d'approche : J. DERRIDA, « Préjugés, devant la loi », *La faculté de juger*, Éditions de Minuit, 1985, p. 87 ; D. GROS, « Le "gardien de la loi", selon Kafka », *Law and literature*, n° 14, 2002.11.

sollicite accès à la Loi. Mais le gardien dit qu'il ne peut le laisser entrer maintenant. L'homme réfléchit, puis demande si, alors, il pourra entrer plus tard. "C'est possible, dit le gardien, mais pas maintenant." Comme la grande porte de la Loi est ouverte, comme toujours, et que le gardien s'écarte, l'homme se penche pour regarder à l'intérieur. Quand le gardien s'en aperçoit, il rit et dit : "si tu es tellement attiré, essaie donc d'entrer en dépit de mon interdiction. Mais sache que je suis puissant. Et je ne suis que le dernier des gardiens. De salle en salle, il y a des gardiens de plus en plus puissants. La vue du troisième est déjà insupportable, même pour moi." L'homme de la campagne ne s'attendait pas à de telles difficultés ; la Loi est pourtant censée être accessible à tous à tout moment, pense-t-il ; mais en examinant de plus près le gardien dans sa pelisse, avec son grand nez pointu, sa longue barbe de Tartare maigre et noire, il se résout à attendre tout de même qu'on lui donne la permission d'entrer. Le gardien lui donne un tabouret et le fait asseoir à côté de la porte. Il y reste des jours, des années. Il fait de nombreuses tentatives pour être admis et fatigue le gardien par ses prières. Le gardien lui fait fréquemment subir de petits interrogatoires, lui pose toutes sortes de questions sur son pays et sur bien d'autres choses, mais ce sont des questions posées avec indifférence, comme le font les gens importants ; et il conclut à chaque fois en disant qu'il ne peut toujours pas le laisser entrer. L'homme, qui s'est muni de beaucoup de choses pour ce voyage, les utilise toutes, si précieuses soient-elles, pour soudoyer le gardien. Celui-ci accepte bien tout, mais en disant : "j'accepte uniquement pour que tu sois sûr de ne rien avoir négligé." Pendant toutes ces années, l'homme observe le gardien presque sans interruption. Il oublie les autres gardiens et ce premier gardien lui semble être l'unique obstacle qui l'empêche d'accéder jusqu'à la Loi. Il maudit le hasard malheureux, à voix haute et sans retenue les premières années ; par la suite, avec l'âge, il ne fait plus que grommeler dans son coin. Il retombe en enfance : étudiant le gardien depuis des années, il connaît même les puces de son col de fourrure, et il supplie jusqu'à ces puces de l'aider à fléchir le gardien. Finalement, sa vue baisse et il ne sait pas s'il fait réellement plus sombre autour de lui, ou bien si ce sont seulement ses yeux qui le trompent. Mais il distingue bien dans l'obscurité une lueur que rien n'éteint et qui passe par la porte de la Loi. Alors il n'a plus longtemps à vivre. Avant qu'il meure, toute l'expérience de tout ce temps passé afflue dans sa tête et prend la forme d'une question, que jamais jusque-là il n'a posée au gardien. Il lui fait signe d'approcher, car il ne peut plus redresser son corps de plus en plus engourdi. Le gardien doit se pencher de haut, car la différence de taille entre eux s'est accentuée nettement au détriment de l'homme. "Qu'est-ce que tu veux encore savoir ?, dit le gardien. Tu es insatiable. – N'est-ce pas, dit l'homme, tout le monde voudrait tant approcher la Loi. Comment se fait-il qu'au cours de toutes ces années il n'y ait eu que moi qui demande à entrer ?" Le gardien se rend compte alors que c'est la fin et, pour frapper encore son oreille affaiblie, il hurle : "personne d'autre n'avait le droit d'entrer par ici, car cette porte t'était destinée, à toi seul. Maintenant je pars et je vais la fermer..." ».