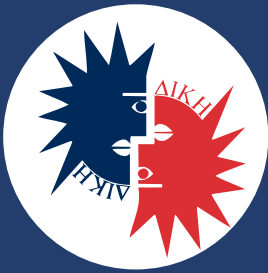


Elodie Bordes

# LE SILENCE ET LE DROIT

RECHERCHES SUR  
UNE MÉTAPHORE



Collection Dikè



## DIKÈ

Collection dirigée par Josiane Boulad-Ayoub et Bjarne Melkevik

« Le soleil ne transgressera pas son orbe (métra).



Ou alors les Érinyes, aides de la justice, le découvriront. »

(Héraclite, *Aphorisme* 94)

Les Érinyes, déesses de la vengeance, dont Héraclite fait les auxiliaires de la justice, se métamorphosent à la fin de l’Orestie d’Eschyle en bienveillantes Euménides. Fille de Thémis dans la mythologie, DIKÈ, alliée cependant aux nouvelles divinités Athéna et Apollon, s’humanise dans la tragédie, se laïcise, se politise en s’associant aux progrès de la démocratie, du débat juridique et politique, du développement des lois.

DIKÈ n’était pas, à Athènes, la mimésis d’une essence de la justice, elle était à la fois l’idée abstraite du droit et, sous de multiples formes, l’action judiciaire.

La collection « DIKÈ », comme la Pnyx et l’Agora athéniennes, offre un espace public, un lieu de rencontre pour penseurs venus d’horizons et de disciplines différents, du droit, de la philosophie du droit, de la philosophie politique, de la sociologie, prêts à débattre des questions juridiques urgentes et disposés à une critique aussi polymorphe et diverse que les structures complexes du droit contemporain qu’ils tenteront de mettre à jour. Penseurs persuadés que DIKÈ, élevée à la dignité autonome du concept, est toujours enchaînée au juste et à l’injuste et que, privée de déterminations concrètes, la justice n’est qu’une forme vide. Persuadés aussi que l’ambivalence des structures juridiques invite à procéder à une enquête sur la généalogie des formes historiques du droit.

Le silence et le droit,  
recherches sur une métaphore



Elodie BORDES

Le silence et le droit,  
recherches sur une métaphore



**Presses de  
l'Université Laval**

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année du Conseil des Arts du Canada et de la Société de développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

Financé par le gouvernement du Canada  
Funded by the Government of Canada



Mise en pages : **Santo** *grafis*

Maquette de couverture : Laurie Patry

ISBN 978-2-7637-3348-7

PDF 9782763733494

© Les Presses de l'Université Laval 2018

Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 1<sup>er</sup> trimestre 2018

Les Presses de l'Université Laval

[www.pulaval.com](http://www.pulaval.com)

Toute reproduction ou diffusion en tout ou en partie de ce livre par quelque moyen que ce soit est interdite sans l'autorisation écrite des Presses de l'Université Laval.

# Table des matières

Introduction.....	1
-------------------	---

## PARTIE 1

### LE SILENCE DANS LE DROIT

Titre 1	
Le silence et le droit imposé : la parole confisquée.....	21
Chapitre 1	
Le silence du citoyen.....	23
Chapitre 2	
Le silence du juge.....	36
Titre 2	
Le silence et le droit négocié : la parole différée.....	55
Chapitre 1	
Les juges et le dialogue régulé dans la durée.....	56
Chapitre 2	
L'individu et le silence négocié.....	69
Chapitre 3	
L'Administration et les voi(e)x de l'administré.....	99

## PARTIE 2

### LE SILENCE DU DROIT

Titre 1	
Les résistances au silence du « logicisme ».....	121
Chapitre 1	
L'ouverture des normes de clôtures au calcul des acteurs tenus au silence.....	127
Chapitre 2	
L'ouverture de la norme de reconnaissance aux valeurs tenues au silence.....	147

Titre 2	
L'ouverture du droit au tacite à l'implicite et à l'indicible .....	167
Chapitre 1	
Le tacite et l'implicite du droit : l'intégration de l'infraordinaire du droit .....	170
Chapitre 2	
la force iconique du silence et l'ouverture à l'imagination juridique .....	193
Bibliographie sélective.....	211



*À mes proches, soutiens de la première heure  
et à celui, soutien du quotidien,  
- sans qui cette aventure n'aurait pu aboutir*



# Introduction

Ce qu'il y a d'excitant dans les idées n'est pas idées ; c'est ce qui n'est point pensé, ce qui est naissant et non né, qui excite. Il faut donc des mots avec lesquels on n'en puisse jamais finir – et qui ne sont jamais annulés par une représentation quelconque : des mots musiques.

P. VALÉRY, *Tel Quel*

La véritable musique est le silence et toutes les notes ne font qu'encadrer ce silence.

Miles DAVIS

Le droit est bien souvent appréhendé comme un phénomène inhérent au langage. Il est ainsi commun d'affirmer que la signification juridique est formée à partir d'énoncés, simples ou complexes, qui sont généralement dotés d'une signification prescriptive<sup>1</sup>. En ce sens, la signification juridique serait véhiculée par un langage et vernaculaire : c'est-à-dire par la manifestation empirique et sociale de la langue et de la parole.

Cette analyse est d'évidence, dès lors, que l'on s'attarde sur la question de la signification. Les objets qui forment « le droit » sont de trois types : l'ensemble des textes normatifs, l'ensemble des normes et enfin l'ensemble des normes qui sont en vigueur<sup>2</sup>. Son espace propre se développe ainsi entre « droit en vigueur » et « droit vivant » pour reprendre la jolie formule du professeur

- 
1. Pour un ouvrage paradigmatique de cette orientation R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, Torino, 2001 pour la première édition.
  2. Notre conception du droit se réfère, en ce sens, à une « théorie réaliste modérée du droit » telle quelle peut être par exemple défendue par des auteurs comme R. Guastini en Italie.

Ferrajoli<sup>3</sup>. La forme du droit est donc celle que lui offre le langage et c'est dans la texture de celui-ci que va se manifester « le droit » comme énonciation dotée d'une déclinaison et d'une signification spécifiquement juridique<sup>4</sup>. Ce droit va, de la sorte, par l'entremise du langage, cristalliser la manifestation d'une volonté – lui donner une forme juridique – au sein d'une énonciation performative<sup>5</sup>. Par le langage juridique, un sujet souhaite produire des effets de droit avec des modalités linguistiques symboliques. La dynamique du droit est clairement dotée ainsi par Kelsen d'une portée pragmatique.

La relation du droit au langage doit, cependant, être distinguée de la relation qui peut être construite entre le droit et la forme verbale de ce même langage.

En effet, le droit peut parfaitement être également généré par ce que le professeur Sacco a théorisé sous le terme évocateur « d'actes muets »<sup>6</sup> (il s'agit d'actes juridiques qui sont appréhendés comme des « actes semi-pragmatiques » et qui manifestent une forme non verbale de communication<sup>7</sup>). Par cette illustration,

- 
3. L. PRIETO SANCHIS, «Intorno a «Principia iuris» Di Luigi Ferrajoli», In, P. DI LUCIA, *Assiomatologia del normativo – Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milan, Edizioni Universitarie di Lettere Economica Diritto, 2014, spéc. p. 243-245.
  4. Cette question de la relation entre norme et énoncés déontiques a été précisée à la suite de la seconde Guerre Mondiale.
  5. En ce sens, H. KELSEN, dans sa «première période» que nous situons entre 1911 et 1935 (c'est-à-dire entre les *Problèmes fondamentaux de la théorie du droit public* et la *Théorie pure du droit*) considère que la norme est produite par un acte de volonté : l'acte de volonté est un phénomène factuel alors que la norme est la signification ou le contenu de sens de cet acte de volonté [*sinngehalt*].
  6. R. SACCO, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 183-184. Sacco distingue deux approches ; il considère que toutes les normes ne sont pas verbales et que de même dans une société toutes les normes ne sont pas verbalisées : c'est sur ces bases qu'il va ainsi développer ses célèbres analyses sur les « crytotypes » et « le droit muet ».
  7. En effet, la doctrine italienne s'est attachée à dépasser la dichotomie qui avait été élaborée par le professeur SACCO entre les « actes parlants » et les « actes muets » dans une perspective propre à l'anthropologie du droit. On sait que par le concept « actes muets » le professeur italien cherchait à prendre en compte des actes juridiques comme l'occupation ou l'abandon de la chose. En fait, Sacco avait complexifié cette analyse initiale en distinguant au sein même de cette

nous entendons indiquer que le droit peut être constitué, certes dans une perspective anthropologique, au-delà du langage verbal (écrit ou parlé) et ceci par la manifestation d'actes dotés d'une portée solennelle – et pour partie symbolique. Cette analyse est finalement relativement classique et se retrouve, par exemple, dans une certaine approche qui associe le droit et la magie<sup>8</sup>.

En ce sens, le droit connaît, dès son origine, historique ou anthropologique, le silence. Le droit sous cette forme « muette » n'est pas supporté par des actes linguistiques, mais doit plus justement être entendu comme se référant à des actes qui s'opposent à cette forme verbale – il manifeste vraisemblablement une forme plus traditionnelle du droit. Cette approche anthropologique semble indiquer que la « forme » juridique qui se cristallise au fil de l'évolution du droit est toujours d'une certaine manière débordée. La fonction du droit semble ainsi expressive et dépasserait l'expressivité même du langage juridique c'est-à-dire la capacité de représenter, dans l'ordre du droit et du langage, un souhait, une croyance sociale ou une attente sociale<sup>9</sup>.

Cette relation entre le droit et le langage ayant été exprimée tentons maintenant, de manière liminaire, d'apporter quelques

---

première catégorie, d'une part, des actes muets instantanés et d'autre part, des actes muets continus ou continués (comme par exemple la constitution d'une société de fait ou la mise en œuvre d'un rapport de dépendance de fait dans une relation de travail. Cf. l'ouvrage précité [*Antropologia...*], principalement les p. 296-297. La doctrine italienne s'est donc attelée à une réflexion importante pour dépasser cette première approche et mettre en évidence le fait que cette typologie n'était pas dans une relation extérieure au langage ce que semble maladroitement laisser entendre le qualificatif d'actes juridiques muets. Cet effort de reconstruction a été principalement mis en œuvre par Paolo DI LUCIA : *Atti muti e pluralità degli ordinamenti*, relazione per il ciclo di incontri « pluralità e pluralismo nel diritto », Pavia, Almo Collegio Borromeo, 11 maggio 2009.

8. Sur cette question les études classiques de certains auteurs de la mouvance réaliste scandinave comme le philosophe Axel HAGERSTRÖM qui considère que les concepts juridiques dérivent en quelque sorte des formules magiques et religieuses de l'ancien droit romain.
9. Cf. au sujet du concept d'attentes sociales de L. FERRAJOLI : B. BOLANOS, « Le droit, machine de Turing, rapport de forces ou équilibre Bayésien ? », *Publications Electroniques de philosophia scientiae – Actes du Colloque de la SOPHA 2003*, Montréal, vol. 2, 2005. Consultable sur : [https://sopha.univ-paris1.fr/fichiers/pdf/2003/02\\_bolanos.pdf](https://sopha.univ-paris1.fr/fichiers/pdf/2003/02_bolanos.pdf) [en ligne]

clarifications en précisant le sens que nous donnons à ces divers termes.

Le langage sera entendu comme un ensemble de conventions produites par des individus afin de mettre en œuvre un bénéfice de cohésion sociale et de permettre la communication au sein de ce même groupe. Diverses théories fondent, dès lors, le langage dans le rapport social. Cette convention peut s'ancrer dans des conceptions holistes, soit s'expliquer au moyen de théories institutionnelles<sup>10</sup>. Cette première définition pose clairement la question du caractère « naturel » des langues. La réponse est dorénavant classique : pour que des langues apparaissent comme la manifestation d'un fait naturel il est nécessaire que ces mêmes faits soient eux-mêmes des faits psychologiques. Au total, la langue serait, elle-même, définie comme une pratique qui apparaîtrait comme gouvernée par des règles syntaxiques, sémantiques et par des conventions pragmatiques.

Enfin, il est nécessaire de préciser la distinction entre la langue et la parole : là où la langue est communautaire, la parole est, quant à elle, un acte individuel.

Nous avons tenu à préciser de manière liminaire ces divers termes, car le droit est pleinement tributaire de toutes ces dimensions. En ce sens, il est véhiculé par le langage et développe lui-même une langue de spécialité. Il fait l'objet d'une langue spécifique et d'actes de langages également particuliers.

*A priori*, si énoncer une chose c'est tenter d'exprimer sa pensée par le biais du langage, force est de constater que le silence n'aurait que peu de place au sein de cette entreprise. Pourtant le sens d'un énoncé ne se manifeste que lorsque la parole cesse et que le silence se fait : le silence n'est ainsi qu'une parole différée<sup>11</sup>. Dans cette perspective, le droit est lié à une forme de désolation ou de consolation qu'exprime parfaitement la métaphore du

---

10. Sur la nature institutionnelle du langage : M. SEYMOUR, *L'institution du langage*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 2005, 414 p. De manière schématique, la conception institutionnelle définit le langage comme un ensemble de conventions produites par des groupes d'individus.

11. Cette analyse n'est finalement qu'une manière de reprendre, dans le domaine spécifique qui nous intéresse, la question bien commune dans le domaine de la philosophie, qui porte sur l'opposition entre idéalisme et réalisme.

silence du droit. La métaphore engendre une relation d'absence d'un terme à l'égard d'un autre. Le droit implique l'idée d'une consolation [entendue comme restitution d'une totalité] à l'égard d'une perte de sens – ou de signification – qui serait inhérente à l'usage même du langage (le signe serait donc le tombeau de la signification comme semble le montrer l'origine du terme *σημα*). À ce titre, le silence peut se présenter dans le domaine du droit sous diverses formes.

En droit, cette question du silence va devoir être appréhendée selon de multiples dimensions : le mutisme, le glissement de sens (ou des sens qui vont être évoqués par les divers opérateurs juridiques dans l'acte d'énonciation de ce qu'est le droit), la manifestation de « quelque chose » qui serait de l'ordre de l'inexprimable ou de l'indicible... Autant de formes dans lesquelles le silence se glisse dans l'ordre de ce qui est exprimé en droit.

Cette question du silence est tout d'abord – et d'évidence – celle du mutisme de l'opérateur juridique. Nous entendons par ce terme un acteur du jeu du droit ou même plus indirectement le silence d'un commentateur de l'énoncé juridique. L'opérateur juridique – le citoyen, le justiciable, le juge, le législateur ou le constituant... – peut se taire et en ce cas il conviendra de faire parler son mutisme, d'opérer en mettant en œuvre une prosopopée. Le mutisme, en ce cas, est un acte qui peut être pourvu d'une importante valeur symbolique (pensons, par exemple, à l'abstention dans le cadre d'une opération électorale). La portée de cet acte symbolique renforce toujours sa fonction. Comme l'observe J.-L. Egger dans son ouvrage *Dire le silence* : le silence est l'exemple le plus typique d'une sorte de « principe de l'excès »<sup>12</sup>. Le droit rejoint cette analyse, par exemple, la solennité d'un acte juridique peut être entendue comme un excès symboliquement justifié<sup>13</sup>. Si, parfois, « dire, c'est faire » il faut

12. J.L. EGGER, (Préface de Giampaolo Azzoni, Trento), *Dire il silenzio: la filosofia di Max Picard*, Il Margine, 2014, 140 p., dans cet ouvrage l'auteur énonce ainsi : « Toute la réalité est fondée sur la norme ontologique de l'excès, en vertu duquel toute entité est davantage que ce qu'il serait nécessaire qu'elle soit ».

13. Sur cette importante question du formalisme : G. AZZONI, *op. cit.*, p. 117. Cette question de l'excès trouve également des développements particulièrement intéressants dans les travaux de G. BATAILLE et la notion de dépense [« La notion

noter que « se taire », c'est toujours manifester une action qui doit être interprétée : il convient donc de faire justice à ce silence qui parfois en « dit long » sur le mouvement du droit, sa perception par les individus ou le fonctionnement des institutions. Le silence est parfois la principale garantie de l'authenticité de la parole<sup>14</sup>.

Le silence en droit peut être également de l'ordre d'un déplacement, d'un glissement. Le silence, on le sait, n'est jamais absolu ou parfait. Le silence peut être imposé par le droit lorsqu'une voix se fait entendre dans l'ordre même du droit et ceci avec une force trop grande faisant ainsi taire ou disparaître la clameur atténuée des voix dissidentes. Le silence n'est plus tant opposé à la parole qu'à l'agitation et au désordre susceptible d'engendrer une communication chaotique. Le silence, en ce cas, est relatif. Il n'est plus absence de sons audibles, mais recherche d'une communication ordonnée. Il est lié à la force et à la légitimité de la parole qui s'est exprimée dans le même temps. Nous le verrons, la force de la Loi impose parfois le silence à bien des acteurs du jeu juridique et politique.

Ce qui se présente, dès lors, c'est un silence qui résulte de la construction même du raisonnement juridique<sup>15</sup>. Il s'agit

---

de dépense», *La critique sociale*, janvier 1933, n° 7, In, *Œuvres complètes*, I, Paris, Gallimard, 1970, p. 302-320.

14. C'est une approche qu'il est possible de retrouver dans les travaux de Heidegger qui concernent le langage. De là, découle l'intérêt de ce philosophe pour la poésie. « Chez Heidegger l'être « dit » : le *logos* est cette Dispensation qui ne l'épuise jamais, car toujours en lui-même il se replie. Si l'homme est celui qui dit [...] c'est parce que de par son être il est entraîné dans le circuit indéfini et mystérieux d'une Dispensation qu'aucune parole ne dira jamais alors qu'elle la dit tout le temps ». L. FONTAINE-DE VISSCHER. « La pensée du langage chez Heidegger ». In, *Revue Philosophique de Louvain*, 1966, Troisième série, Tome 64, n° 82, p. 224-262. C'est, en ce sens, que l'homme doit « habiter en poète » selon le vers célèbre de Hölderlin : M. HEIDEGGER, « ... l'homme habite en poète », in, *Essais et conférences*, Paris, Gallimard, Coll. Tel n° 52, 2014.
15. Sur ce point : on constate que depuis la fin des années 1950 une puissante doctrine juridique s'est attachée à cette question du raisonnement juridique. Cf. par exemple, sur les limites de la construction d'un raisonnement juridique fondé sur les lacunes et les limites d'un raisonnement qui ne serait que logique et déductif : S.E. TOULMIN (et la logique informelle : *Les usages de l'argument*); Th. VIEHWEG (la topique juridique : *Topik und jurisprudentz*); Ch. PERELMAN (la nouvelle rhétorique : *La logique juridique : la nouvelle rhétorique*)...



de récuser une polyphonie pour dégager une voix légitime. Traditionnellement, la pensée juridique est ainsi dominée par une forme déductive dans la construction du raisonnement juridique. Cette dernière permet, en effet, d'ordonner l'argumentation et de réduire le bruit juridique et la polyphonie.

Outre la reconnaissance d'un fait et d'une norme, la subsumption juridique n'est rien d'autre que de la déduction. Et l'approche déductiviste est celle de Montesquieu dans l'*Esprit des lois* : « le juge ne doit jamais être que la bouche de la loi ». À partir de cette approche du droit comme système déductif [...] tout problème juridique est décidable et si jamais il n'est pas décidable, alors il n'est pas juridique.<sup>16</sup>

Il s'agit de transporter la voix même de celui qui fait le droit. La conjonction de la déduction et du formalisme implique ainsi « cette logique de ventriloque ».

Le silence peut, enfin, se présenter comme étant de l'ordre de l'indicible ou de l'impossible. En ce sens, il peut résulter de la structure même du droit ou de son inscription dans l'ordre du langage. En effet, selon cette dernière analyse, il est parfois difficile pour le droit de mettre les mots sur les choses. Se manifeste, en ce cas, la question de la référence du terme juridique. Cette question de la dénotation du langage juridique est intimement liée à la question de la création des concepts juridiques<sup>17</sup>. Cette réflexion est proche de la réflexion développée par Wittgenstein lorsque celui-ci dans le *Tractatus-logico-philosophicus* cherchait à délimiter à partir du langage (doté de sens) les limites de la pensée. Si l'on accepte l'idée selon laquelle le droit serait ainsi constitué, pour partie, de règles constitutives il est aisé de constater, à la suite des analyses célèbres de Wittgenstein, que ces règles manifestent, par essence, une sorte de silence. En effet, ces règles sont logiquement inviolables – car constitutives de la pratique juridique elle-même –, dès, lors leur violation serait non pas

---

16. B. BOLANOS, « Le droit, machine de Turing, rapport de forces ou équilibre Bayésien ? », *Publications Electroniques de philosophia scientiae*, 2005, vol. 2.

17. Cette question de la référence dans le domaine du droit n'est au bout du compte qu'un écho de la question identique de la référence dans le domaine de la philosophie du langage et de son approche sémantique.

impossible, mais *inexprimable* dans le langage même de ce « jeu de droit ». En ce sens, le droit n'exprime, d'une part, que ce qui est propre à son paradigme ou à sa forme logique. D'autre part, le droit peut également être considéré, comme nous l'avons indiqué, comme se formant sur un fond de silence (c'est cette approche que l'on retrouvera dans les démarches qui prennent appui non pas sur la « philosophie du langage », mais sur la « philosophie sur le langage » : par exemple, la démarche herméneutique ou les approches fondées sur la différence que l'on retrouve, parfois, dans certains travaux de théorie du droit nord-américaine<sup>18</sup>). On comprend que cette analyse oppose, finalement, la signification comme *référence* à la signification comme *différence*.

Il appartiendra, dès lors, à la science du droit de faire parler le droit en décrivant ces silences et en étudiant en creux le droit.

Enraciné ainsi dans le langage, le droit est cependant fondamentalement orienté vers la quête d'un sens : il est à la recherche de la signification qui fera de l'énoncé un énoncé juridique doté d'un *sinn*. Est-il possible, dès lors, pour ce droit qui est enserré dans les rets du langage de « dire le silence »<sup>19</sup> ? Cette

---

18. Cf., l'étude du professeur Michel ROSENFELD, *Les interprétations justes*, Paris, LGDJ, Coll. « La pensée juridique », 2000, 235 p. Dans ce texte, le professeur Michel ROSENFELD, s'appuyant sur les intuitions de DERRIDA, cherche à fonder l'interprétation juridique sur un « pluralisme compréhensif » (une sorte de déclinaison du « principe de charité » de DAVIDSON) qu'il dote d'un statut normatif. Les *Critical Legal Studies* manifestent également pleinement cette influence de la philosophie continentale au sein des Universités américaines. Dans les années 70 et 80 au cœur de l'Université de Harvard un groupe de juristes (R. W. GORDON, M. J. HORWITZ, D. KENNEDY, M. TUSHNET) considérant que le droit est fondamentalement injuste vont se référer ainsi aux thèses de la déconstruction de DERRIDA et également à la théorie marxiste qui présente le droit comme une sorte de fiction juridique. Ce mouvement va permettre à divers mouvement « post-modernes » de se développer : ces derniers vont s'attacher à la critique du concept des races, à l'émergence du courant « Droit et littérature », ou à la construction d'un féminisme juridique. Ces divers mouvement vont parvenir par la suite à engendrer une profonde mutation dans le politique et le juridique : le politiquement correct [*politically correct*] allait ainsi naître. Il s'agissait, initialement, de mettre en place un nouveau discours capable d'être plus respectueux des situations des plus faibles et donc d'être capable d'entendre le discours des « sans voix ».

19. J.-L. EGGER, *Dire il silenzio : la filosofia di Max Picard*, op. cit., 2014, 140 p.

question qui traversera l'intégralité de notre réflexion implique que nous fassions le choix d'une posture épistémologique que nous devons expliquer et justifier.

Nous avons conscience qu'il convient toujours d'indiquer à partir de quel point de vue nous avons cherché à construire notre analyse. Nous avons rapidement pris conscience du caractère métaphorique de cette relation entre le silence et le droit. En effet, le silence dans une approche triviale ne peut être que celui d'une personne dotée de la parole. Il s'agit ainsi par la métaphore de rendre compte d'un glissement à l'occasion duquel un terme *impropre* – mais qui est cependant propre à l'égard d'autre chose – est substitué à un terme propre manquant. Nous pouvons synthétiser notre analyse de la manière suivante.

Terme propre manquant	Glissement	Terme impropre présent (le droit ne parle pas...)
« sens du droit »	Consolation (du fait de la crise de la signification et du langage)	« silence du droit »

La métaphore devient ainsi « la forme même de la consolation »<sup>20</sup> : elle permet comme méthode de nous consoler des risques inhérents à l'inscription du droit dans l'ordre du langage (la perte d'une signification qui serait « déjà là » ou d'un sens qui serait toujours présent avant l'usage du langage).

Avec la métaphore, il s'agit de rendre ainsi possible le traitement de « certaines choses » qui échappent à la pleine maîtrise du concept et du langage. Il s'agit, finalement, de percevoir que le langage est souvent dans une relation d'intransitivité à l'égard de ce qu'il est censé représenter.

L'homme, devant un certain désenchantement du rapport entre le langage et le monde, est ainsi consolé, par la présence

20. M. FOESSEL, *Le temps de la consolation*, Paris, Seuil, Coll. « L'ordre philosophique », 2015, p. 74.

de la métaphore, de l'absence portant sur l'objet même de la métaphore.

Pour consoler l'enfant de la chute qu'il vient de faire, sa mère cherche à capter son regard, à obtenir son écoute. Elle lui raconte une histoire où tomber sur le sol est une occasion de rire plutôt que de pleurer [...]. Toutes ces tentatives viennent de ce que [...] la consolation a lieu trop tard. [...] il devient nécessaire de le consoler [l'enfant] lorsque la douleur l'emporte sur le désir de continuer son chemin comme si de rien n'était. Sa mère tente alors de faire paraître ce «rien» en bricolant des discours<sup>21</sup>.

Ce «rien» dont il s'agit avec la métaphore de faire «quelque chose» semble être, selon nous, la perte de sens inhérente à l'inscription du droit dans une certaine modernité. Cette perte de sens résulterait, d'une part, d'une certaine crise liée à la référence du langage et, d'autre part, de l'intégration du droit dans «l'essence de la technique» (le droit devenant davantage un moyen qu'une fin).

En accord avec cette perspective, nous avons cherché à nous doter d'une position épistémique cohérente. Dès lors, pour comprendre ce qu'est l'usage de cette métaphore et pour délimiter notre compréhension du silence, nous avons fait le choix de nous doter d'un «arrière-plan» tenant aux relations entre le langage et le droit et susceptible de synthétiser cette relation.

Pour ce faire, nous avons placé notre travail à la confluence de trois approches : il s'agissait, tout d'abord, de prendre position sur la question de l'exprimabilité du langage juridique; il s'agissait, ensuite, d'accepter une certaine herméneutique; il s'agissait, enfin, de se positionner vis-à-vis d'un certain réalisme juridique.

Avec cet ouvrage nous avons donc cherché à appréhender le «silence du droit» comme une «métaphore vive»: il s'agissait ainsi de prendre le pari que ce trope était pleinement signifiant et qu'à ce titre il était absolument incarné dans l'ordinaire d'une époque et d'un lieu et pouvait, dès lors, nous apprendre «quelque chose» sur le fonctionnement même du droit.

---

21. *Ibid.*, p. 93.

En ce sens, cette métaphore qui fonctionne dans le mouvement même du droit ou dans le discours sur le droit nous est apparue comme heuristique.

Il s'agissait précisément de confronter «le silence du droit» et «le silence dans le droit»: cette dernière formule étant, en quelque sorte, l'incarnation en droit positif de la première. Elle manifestait, à sa manière, le fait complexe que ce qu'il se dit quelque chose disparaisse et laisse sa trace dans ce qui est énoncé.

Nous n'avons jamais cherché à éviter les complexités de notre sujet ou à biaiser avec lui. Nous avons, au contraire, entendu le prendre très au sérieux et le traiter «au pied de la lettre». En effet, nous avons conscience qu'il nous aurait été possible de traiter cette question «par évitement» en restant sourd à ce que pouvait avoir à signifier, pour nous juristes, le silence dans sa mise en relation avec la dimension ontologique du droit – il ne s'agissait pas de nous contenter, en quelque sorte, d'examiner la seule dimension positive du silence dans le droit.

Pour autant, nous n'avons pas fait l'impasse à l'égard de ces questions nous avons préféré les intégrer dans un espace de discussion plus large qui est davantage susceptible de leur offrir un cadre pertinent d'interprétation. En ce sens, le traitement *métaphorique* des relations que tissent le silence et le droit nous a semblé être une bien meilleure piste. Elle semblait à même de mettre en exergue le fait que ce que manifeste le silence est soit une sorte *d'excès*, soit une logique de *déplacement*: une logique rhétorique et une logique iconique.

Dans une première partie, nous verrons ainsi que l'expressivité du droit est régulièrement déplacée et confisquée conformément à la logique de la rhétorique et de la prosopopée.

En prenant en compte les partitions offertes aux divers opérateurs du jeu constitutionnel nous serons finalement obligés de traiter non pas tant du silence du droit que du silence engendré par la mise en œuvre des diverses sources du droit, c'est-à-dire finalement d'une différence entre statique et dynamique du droit. Ce qui se manifeste c'est un déplacement de la parole et la création corrélatrice d'un écart entre présence et représentation. C'est la présence langagière de l'Autre dans le discours du droit qui

impose ainsi le silence : « l'Autre » prenant, par exemple, la forme du discours tenu par la loi appréhendée comme source du droit. Dans cette première perspective, l'expressivité de la loi masque la réalité du droit<sup>22</sup>.

Le silence est ainsi appréhendé par occultation : celui tenant à la nature même du droit positif<sup>23</sup>. Ce phénomène d'occultation du réel a été admirablement pensé par Heidegger dans ses analyses sur l'essence [*Wessen*] de la technique. Selon le philosophe allemand, la technique moderne n'appréhende plus *l'étant* dans l'optique de la production – ou de l'émergence dans la présence d'une chose<sup>24</sup> –, mais réquisitionne [*Herausfordern*] la nature. Notre modernité serait ainsi dominée par une certaine conception de la technique. L'essence de la technique serait *Gestell* [ce terme est généralement traduit par « arraisonnement » ou encore comme « dispositif »]. *L'étant* [les choses] qui fait l'objet de la réquisition technique apparaît comme *Bestand* [un fonds disponible].

En ce sens, le propre de l'essence de la technique contemporaine serait d'appréhender les choses comme pouvant être à tout moment employées et consommées. Les choses deviennent requises comme des moyens et non plus comme des fins. Ce qu'exprime l'essence de la technique, c'est l'entrée dans la règle du « sans question » [la fonctionnalité parfaite des choses implique ainsi, du fait de son apparente évidence, l'absence des questions]. Il apparaît que le droit peut parfaitement entrer dans cette perception propre à « l'essence de la technique » [de fait, le droit n'est, finalement, en lui-même qu'une technique permettant

---

22. Ce qui se manifeste c'est un droit qui est en surplomb de la société et qui est le contraire d'un droit réflexif, une sorte de droit déterminant.

23. Notre vision du droit est lié finalement à une certaine perception du réel : nous adhérons à l'idée selon laquelle l'esprit sélectionne les informations puis opère, dans le cadre d'un certain usage des concepts (au sens large), une abstraction et, enfin, que le langage étiquette le réel. En ce sens, conformément à ces démarches, le réel est toujours d'une certaine manière raté. Conformément à l'approche pragmatique nous avons décidé de partir clairement de ce qui est. Dans cette démarche les réflexions classiques semblaient récuser toujours une part du réel.

24. C'est comme décelement que la *technè* grecque est, pour lui, une production. Cf. M. HEIDEGGER, *Essais et conférences*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 2014, 349 p. Cf. en particulier la conférence « La question de la technique ».

de mesurer un certain rapport social, souhaité, désirable ou satisfaisant]. Autrement dit, les diapositifs juridiques sont stockés et rendus disponibles comme fonds. Leur essence est d'être des dispositifs disponibles. C'est cette entrée du droit dans le monde de la technique que manifeste l'histoire moderne du droit. C'est ce phénomène qui associé à la crise de la signification et à un certain scepticisme explique le succès de la métaphore du silence du droit (**Partie 1**).

Au-delà de cette première approche que nous révèlent les relations entre le silence et le droit – dans l'ordre même du droit –, une seconde orientation de recherche nous est apparue comme déterminante. Après la rhétorique et la prosopopée, c'est la ressource iconique de la métaphore qui sera convoquée.

Dans cette seconde perspective, la métaphore est entendue comme rendant compte d'une démarche herméneutique et pragmatique. Selon nous, le langage manifeste un lieu de vie : de même, le langage juridique exprime la vie du droit et son mouvement propre.

Dans cette perspective, le silence du droit ne doit plus être entendu comme un déplacement de sens, mais comme une pleine construction de sens : cette dernière doit rendre compte de l'essence même du droit. Il s'agira de constater – par le silence – que l'essence du droit n'est pas nécessairement du droit [« quand nous recherchons l'essence de l'arbre, nous devons comprendre que ce qui régit tout arbre en tant qu'arbre n'est pas lui-même un arbre qu'on puisse rencontrer parmi les autres arbres »<sup>25</sup>] et que l'insertion du droit dans cette essence de la technique implique une nécessaire réinvention du droit.

La seconde partie de cette réflexion nous permettra donc de retrouver, dans les discours qui portent sur le droit, une certaine compréhension du droit et de son essence. Nous allons tenter de montrer que cette métaphore masque divers phénomènes qui rendent le droit mystérieux : que le halo de silence qui environne le droit n'est que la manifestation de sa nature paradoxale et

---

25. M. HEIDEGGER, *Essais et conférences*, «La question de la technique», *op. cit.*, p. 9.

offre peut être la manière la plus nécessaire, au regard de notre désenchantement, de nous réapproprier une vision de ce qu'est le droit. Dans cette ultime partie, nous tirerons donc pleinement profit de la métaphore comme outil de connaissance en usant avec bénéfice de l'idée selon laquelle le silence du droit permet de manifester l'ordinaire même du droit. Débarrassé du mythe envahissant d'une source politique du droit, le droit apparaît ainsi comme il est: le roi est dorénavant nu<sup>26</sup>. Le droit n'est que ce qu'il est et s'incarne dans l'action d'une série d'acteurs qui font l'ordinaire même du droit (**Partie 2**).

---

26. H.C. ANDERSEN, *Les habits neufs de l'Empereur*, Paris, Nord-sud, Coll. « Un livre d'images minédition », 2005, 29 p.



**PARTIE 1**  
**LE SILENCE DANS LE DROIT**



L'apôtre nous dit qu'au commencement était le Verbe. Il ne nous donne aucune assurance quant à la fin...

G. STEINER, *Langage et silence*  
(« La retraite du mot »).

Le droit apparaît comme un phénomène culturel construit. Par ses outils [définitions, concepts, catégories ou types...] il rend compte de la réalité et permet également la projection de la structure normative sur la réalité.

C'est dans ce cadre que va se développer, selon nous, la question qui nous importe : celle du déplacement des voix du droit. En effet, l'usage rhétorique du silence dans le discours du droit positif ne vise pas à rendre compte d'une quelconque vérité ; il recherche, simplement, une certaine utilité ou efficacité : il s'agit de restaurer de l'ordre et de lutter contre une éventuelle cacophonie. Dans cette cacophonie certaines voix se font davantage entendre que d'autres. En ce sens, un opérateur du droit se tait parfois ou se trouve contraint au silence afin de laisser la parole à un autre acteur du système juridique.

Cette pluralité dans les interprétations implique que, bien souvent, les interprétations se présentent comme « juste des interprétations » et non des « interprétations justes » et témoignent ainsi des relations irrécusables entre le droit et une certaine forme de violence interprétative<sup>27</sup>.

---

27. « Les actes d'interprétation en droit indiquent et suscitent l'application de la violence sur les autres [...] ». R. COVERT, *Violence and the World in Narrative, Violence and the Law. The Essays of Robert Covert*, éd. M. MINOW, M. RYAN, A. SARAT, A. ARBOR, Westview Press, 1993, p. 203.

La métaphore du «silence du droit» fonctionne ici dans le sens d'un déplacement. Ce qui se manifeste, concrètement, c'est un glissement du littéral au figuré. Le silence réel est ainsi déplacé vers un silence purement symbolique<sup>28</sup>. La capacité de s'exprimer est remplacée par la possibilité d'apparaître comme une source potentielle du droit plus ou moins effective. Dans cette confrontation des voix qui se réalise au sein de «l'espace juridique et de l'ordre juridique»<sup>29</sup>, deux paradigmes différents – qui sont propres à l'émergence des règles sociales – semblent se dessiner. D'une part, le modèle d'émergence «officiel» des règles juridiques, à savoir celui du «droit imposé» par la volonté de l'État et d'un droit que nous pourrions qualifier de déterminant<sup>30</sup> et qui s'apparente à une sorte de confiscation de la parole (**Titre 1**). D'autre part, un second modèle qui, quant à lui, tend à se manifester face aux phénomènes de mondialisation, de

- 
28. Ainsi le propre de la création d'un «ordre symbolique» étant finalement le déplacement d'un problème ou d'un sujet: il s'agit, de rendre présent une question ou un sujet sur un «autre plan» que celui du réel. Le droit est, en ce sens, pleinement un ordre symbolique car dans l'ordre de langage qu'il engendre, il rend présent une chose dans l'ordre même du droit.
29. Cette notion d'espace juridique mérite d'être précisée: le professeur Gérard TMSIT dans ses analyses des systèmes juridiques indique ainsi «dans l'espace normatif ce sont [...] des questions qui ont trait à l'appartenance passive de la norme à un ensemble: elles concernent l'homogénéité ou l'hétérogénéité de cet ensemble, la place particulière qu'y tiennent en particulier droit public et droit privé et le rôle qu'y jouent les différents centres producteurs du droit les uns à l'égard des autres». D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique* Quadriga et Lamy PUF, entrée «système», p. 1465. Cf., également du même auteur, *Thèmes et systèmes du droit*, Paris, PUF, Coll. «Les voies du droit», 1986, 205 p. et *Les figures du jugement*, Paris, PUF, Coll. «Les voies du droit», 1993, 204 p. Le professeur TMSIT oppose généralement dans une perspective structuraliste l'espace normatif et l'ordre normatif.
30. S'agissant du modèle du droit imposé, les métaphores du silence retracent, par le mécanisme d'assimilation du droit à la loi durant tout le début de notre tradition républicaine, la manière dont la voix de la majorité politique, incarnée par le Législateur, en est venue à être considérée comme la seule source de droit: il y a là une sorte d'assimilation par glissement de sens du droit à la loi. La source politique du droit est en quelque sorte domiciliée à l'intérieur même du droit par la naissance de l'État. Cette analyse renvoie à l'idée d'un droit déterminant élaboré, sur le modèle des jugements kantien sur l'esthétique [*Critique du jugement*]. Le jugement déterminant va ainsi de l'universel au particulier et fonctionne par déduction.

globalisation ou, plus largement, d'accroissement des rapports entre les ordonnancements juridiques : à savoir celui d'un « droit négocié » ou réflexif qui se présente entre les différents opérateurs du droit (**Titre 2**)<sup>31</sup>.

---

31. Quant au second modèle, celui du droit négocié, les métaphores du silence mettent, selon nous, en lumière le changement de perspective dans le jeu des rapports entre opérateurs sociaux, notamment grâce à l'apparition des contrôles de constitutionnalité et du développement du contrôle de conventionnalité. En ce sens, ce qui se présente à l'analyse c'est la présence d'un droit davantage réflexif qui incarne la pluralité de la société elle-même. Il s'agit de rendre compte d'une sorte de jugement réflexif selon le modèle de KANT. Il est également possible d'appréhender ce droit qui s'oppose à un droit déterminant comme étant un droit réflexif. En ce sens, il se présente comme un droit de guidage : il demeure un « droit actif comme le droit interventionniste mais il renonce à assumer la responsabilité totale pour l'ordre de la société, c'est-à-dire des règles abstraites procédurales qui posent des prémisses contextuelles pour l'interaction des systèmes autonomes. Le but du droit réflexif est l'autonomie réglée. Il constitue une rationalité discursive, en créant des zones d'autonomie pour les acteurs et les systèmes sociaux dans le cadre de règles procédurales ». Cf. A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, entrée « réflexif », 1993, p. 518.



# Titre 1

## Le silence et le droit imposé : la parole confisquée

Le mystère du langage est grand ; être responsable du langage dans sa pureté, c'est porter une responsabilité d'ordre symbolique et spirituel : celle-ci ne revêt pas seulement une signification esthétique. La signification du langage est essentiellement la responsabilité elle-même.

Thomas Mann

Derrière le nom il y a ce que l'on nomme.  
J.L. Borges

Les métaphores qui s'attachent au silence du droit impliquent, bien souvent, la présence d'un silence imposé au citoyen et aux juges. La structure classique du droit est ainsi celle d'un « droit interventionniste » ou d'un « droit de commandement ». La logique de la prosopopée joue ici pleinement : c'est la loi comme voix se développant à partir d'un « au-delà » politique du droit qui impose le silence. Ces manifestations métaphoriques du silence juridique sont construites autour d'un élément qui est lui-même passé sous silence et qu'explique la prééminence de la voix du Législateur. En effet, la manifestation initiale du silence des citoyens et des juges est généralement justifiée dans le processus décisionnel politique comme suit : si chaque voix est égale lors du vote, expression par excellence de la participation à la vie politique, elles ne peuvent se faire entendre toutes en même temps au risque alors de sombrer dans la cacophonie. Pour s'en prémunir, notre ordonnancement juridique a opté pour le mandat représentatif où chacun ne pourra s'exprimer dans la sphère politique que par le biais de ses représentants élus.

La Nation va, dès lors, être appréhendée comme le miroir que la population se donne à elle-même afin de se transformer en un corps politique qui la transcende. Elle dresse devant ce corps politique fragmenté un espace de réflexion, un reflet<sup>32</sup> – l’empire d’une réflexivité – qui en retour va lui permettre de constituer son unité ou d’en assurer la justification à l’égard du pouvoir en place<sup>33</sup>. En outre, l’adoption de la règle de la majorité dans le processus décisionnel a également pour objet principal de faire taire les voix particulières qui seraient dissidentes et de raffermir ainsi l’autorité de la décision. Cette logique propre à la constitution du pouvoir est également renforcée par le formalisme juridique<sup>34</sup>.

À chaque fois, le citoyen va être situé dans le mutisme afin de laisser parler ses représentants en son nom<sup>35</sup> (**Chapitre 1**). Cette substitution de voix se retrouve, également [et presque par le jeu d’une implication logique] dans la métaphore du « silence du juge ». La fonction principale du juge étant de trancher les litiges conformément aux règles du droit : longtemps, cette fonction a été conditionnée par un certain « légicentrisme » que semble abandonner notre droit contemporain<sup>36</sup>. Ainsi réduit à n’être qu’une « bouche de la loi », pour reprendre la célèbre expression de Montesquieu, le juge se voit, au début de notre tradition républicaine, confisquer la faculté d’interpréter librement la loi. Il se doit simplement d’appliquer mécaniquement celle-ci afin de préserver le dogme de la loi et à travers elle, la volonté du Législateur (**Chapitre 2**).

---

32. P. PASQUINO, *Sieyès et l’invention de la constitution en France*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1998, p. 105.

33. Sur cette question, voir : P. BRUNET, *Vouloir pour la Nation*, Paris, LGDJ, Coll. « La pensée juridique », 2004, 396 p.

34. Ce formalisme juridique trouve son origine dans les analyses de Friedrich Carl VON SAVIGNY créateur de l’école historique du droit et inspirateur des Pandectes.

35. Cette question du « nom » – et donc de l’inscription dans une généalogie – est loin d’être insignifiante. En effet, elle explique que la constitution de la subjectivité est toujours, en quelque sorte, une action de décentrement d’un sujet. C’est l’autre (le système symbolique qui impose l’intégration : l’économie, le politique, le droit...) qui va ainsi, pour partie, le constituer comme sujet de son ordre spécifique. C’est une leçon que le droit enseigne depuis bien longtemps avec, par exemple, le concept de sujet de droit.

36. Cf. « Office du juge », in, L. CADIEP (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 925-933.



## CHAPITRE 1

### LE SILENCE DU CITOYEN

Le « mandat de représentation » semble ainsi autoriser d'engager la volonté et la responsabilité d'un sujet absent et créé par l'intermédiaire d'un autre sujet. Cette question de la représentation en droit public est, naturellement, dotée d'une histoire ancienne.

Durant la période historique de la monarchie absolue, cette problématique était liée à la présence du « corps mystique du Roi » qui cristallisait la représentation, empêchant ainsi la présence et la représentativité d'une autre instance<sup>37</sup>. Ces analyses expliquent, dès lors, pourquoi, par exemple, le mandat des États généraux était impératif et se trouvait divisé entre les trois ordres afin de n'offrir aucune concurrence à la représentativité du Roi. Ce retour sur notre histoire démontre clairement, à notre sens, que cette question de la représentativité impose parfois le silence à certains. Avec la naissance de l'Assemblée nationale en 1789 cette logique, initiale, de la représentativité a été bouleversée par l'idée d'une représentation de la Nation dont les citoyens seraient les agents actifs. En ce sens, il a été nécessaire de clarifier le concept de la représentation. Le mandat représentatif va ainsi permettre la mise en œuvre de l'autonomie du représentant qui élu n'est plus véritablement le représentant de ces citoyens. Ce principe de la représentation engendre un prix qu'il convient de régler : il implique le silence du citoyen sur la scène politique.

C'est, en vertu d'un gouvernement par procuration que le citoyen est tenu de se taire dans le processus décisionnel afin de laisser ses représentants prendre les décisions en son nom (**Section 1**). Cependant, l'hypothèse du consentement à la représentation, héritée de la thèse contractualiste de Rousseau est devenue une fiction. Dès lors, ce n'est plus le représentant qui agit au bénéfice des citoyens, mais le citoyen qui se doit d'agir conformément à la volonté de ses représentants : l'État de droit est

---

37. E. KANTOROWICZ (trad. Jean-Philippe et Nicole Genet), *Les deux corps du roi*, Paris, NRF Gallimard, Coll. « Bibliothèque illustrée » 1989, 634 p.

devenu le droit de l'État, incarné par le culte de la Loi, c'est-à-dire de la source politique du droit (**Section 2**).

### **Section 1**

#### **Le silence du citoyen consenti au bénéfice de sa représentation**

Le sens premier de la métaphore du silence du citoyen face à la loi se manifeste en même temps que prend forme et se développe la Révolution française. Les hommes de la Révolution ont, à partir des idées des anciens Parlements, puisé des ressources afin de faire admettre que le corps politique n'était plus, désormais, contenu dans le Roi, mais dans l'Assemblée laquelle prend alternativement les traits du corps ou de la tête<sup>38</sup>. Ce long processus va au-delà de la justification théorisée à l'occasion de la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle et ceci à partir des valeurs d'émancipation de l'Homme véhiculées par la philosophie des Lumières et développées au XVIII<sup>e</sup> siècle par divers mouvements sociaux. Ces derniers aboutissent en 1789 à la transgression de la légalité de l'Ancien Régime aboutissant ainsi à une nouvelle justification du pouvoir.

La nouvelle organisation constitutionnelle prend peu à peu forme et se concrétise par la Constitution de 1791<sup>39</sup>. Ses constituants ont opté pour un régime représentatif dont l'exercice des pouvoirs se règle par délégation (Article 2 du Titre III: «La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. – La Constitution française est représentative: les représentants sont le Corps législatif et le roi») <sup>40</sup>. Cet effort de conceptualisation du régime représentatif [par la délégation et de la part des révolutionnaires] est, pour Carré de Malberg, le germe

---

38. Sur ces questions voir la thèse précitée de P. BRUNET, *Vouloir pour la nation*, *op. cit.*

39. Sur cette période constitutionnelle les actes du colloque: M. TROPER et L. JAUME, *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, LGDJ, Coll. «La pensée juridique», 1994, 180 p. Également M. TROPER, «La Constitution de 1791 aujourd'hui?», *RFDC*, 9, 1992, p. 3-14.

40. On comprend qu'il s'agit ici d'une analyse classique lorsque l'on examine la question de la représentation: soit le peuple est souverain est en ce cas deux mécanismes sont possibles (il peut s'exprimer lui-même ou agir par le biais de ses représentants, soit le souverain est la Nation et en ce cas la représentation est un mécanisme inévitable.

de la théorie de l'organe d'État<sup>41</sup>. Cette théorie de l'organe d'État permet de développer une réflexion sur les fondements de la personnalité juridique de l'État et infère qu'elle est liée au sort de ses organes<sup>42</sup>. La personnification de la Nation, dès lors que lui est attribuée une « volonté », n'est que la manifestation d'un organe d'État : « la nation ne se constitue comme unité et ne commence à vouloir qu'au lieu et dans la forme de sa représentation »<sup>43</sup>.

Cette théorie de la délégation émise par les constituants de 1791 implique une autre conséquence : la Nation souveraine donne, dans un acte de volonté, délégation à ses représentants institués d'agir en son nom<sup>44</sup>. La personnification de la Nation (en lui octroyant la faculté de se faire représenter, c'est-à-dire de donner par délégation à ses représentations le pouvoir d'exprimer sa volonté en son nom) offre la possibilité de séparer la Nation du Roi<sup>45</sup>. Conformément à l'esprit de la représentation, le législateur est donc le mandataire des représentés. Même s'il n'existe pas de mandat impératif entre eux – en effet, il n'a pas l'obligation juridique de porter telle ou telle proposition de loi – le législateur joue un rôle politique de personnification de la volonté générale. La loi renvoie à une métaphore théâtrale avec ses différents impératifs de mise en scène.

---

41. Voir, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, t. II, p. 297 : « le germe de cette théorie se trouve contenu dans leur concept du régime « représentatif » et dans les définitions qu'ils ont donnés à ce régime ».

42. R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 228.

43. É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 2003, spéc. p. 211. Il est à noter que la doctrine allemande en réaction à l'école historique du droit va également pousser à cette construction. Elaborée sur le modèle du droit privé, la théorie formaliste du droit allemand accorde à l'État des attributs qui sont ceux de la personne. Cette théorie pose selon certains (par exemple N. BOBBIO) les germes d'un comportement totalitaire de l'État.

44. Voir, en ce sens, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui énonce que le principe de toute souveraineté réside dans la Nation (article 3) et que chaque citoyen peut concourir directement ou par le biais de ses représentants à la formation de la loi (article 6).

45. Selon les théoriciens de l'Ancien Régime, la Nation faisait corps avec le Roi. Voir : É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 2003, spéc. p. 216.

La volonté générale exprime l'unité de leurs voix. Le tout a pour objet de légitimer et de justifier le pouvoir de l'État et de conforter la croyance selon laquelle nous n'obéissons qu'à nous-mêmes au titre de coauteurs de la loi. Cette théorie de la délégation explique également pourquoi, sous la V<sup>e</sup> République, il n'a pas été prévu de véritable *referendum* d'initiative populaire<sup>46</sup>. Dès l'instant où « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du referendum », « aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice » (article 3 § 1 et 2). En d'autres termes, la Nation donne mandat à ses représentants afin de parler en son nom et le vote populaire est toujours perçu comme « à pondérer » (en l'espèce grâce au régime représentatif).

Cette distinction entre les gouvernés et les gouvernants semble héritée d'Aristote. Celui-ci, dans *La Politique*, énonce que l'homme est un animal politique et que la Cité se présente comme un fait naturel (et non un fait institutionnel comme dans nos États modernes) : l'individu « sans famille, sans loi, sans foyer » y est « comme une pièce isolée au jeu du trictrac ». Cette perception se retrouve, également, dans l'œuvre de Platon – pour qui les individus et leurs biens appartiennent tous deux à leur famille et par extension à la cité<sup>47</sup>.

L'État moderne a engendré, quant à lui, une définition différente de la citoyenneté. Elle est devenue pour les individus une « seconde nature » sous l'influence des thèses contractualistes. La modernité entérine ainsi la distinction entre l'organisation sociale et l'organisation politique tout en déployant la technique de la représentation afin de « pallier l'impossible assemblément du peuple réel »<sup>48</sup>. « Nation et espace de citoyenneté ne sont pas ici synonymes, ni même l'image l'une de l'autre renvoyée par un

46. Si l'article 3§1 énonce que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », les articles 11, 88-5 et 89 donnent l'initiative du *referendum* au Président de la République (pour certains objets sur proposition du Gouvernement), aux parlementaires (un cinquième) tandis que ceux 61, 72-1 et 89 déterminent les objets devant être soumis à *referendum*.

47. PLATON, *Les Lois*, Livre XI, 923a.

48. É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, op. cit., p. 216.

miroir»<sup>49</sup>. Le régime représentatif a été, dès lors, pour une grande partie des penseurs des Lumières (notamment Montesquieu<sup>50</sup> et Sieyès<sup>51</sup>, et des constituants de 1791) : «un moyen de tempérer la volonté populaire et ainsi de la rationaliser»<sup>52</sup>.

Le mécanisme de représentation amène donc les représentants à parler *au nom* du citoyen a pour préalable l'élection de ces derniers. Bien que l'article 2§2 du Titre III de la Constitution de 1791 dispose que «les représentants [de la Nation] sont le Corps législatif et le Roi», le principe électif va ainsi s'imposer dans le temps<sup>53</sup>. Cet article a fait d'ailleurs l'objet de vives critiques par Robespierre et Roederer. Pour eux, sans élection, point de représentation. Une large majorité de la doctrine ira par la suite dans ce sens<sup>54</sup>. Corrélativement émerge la notion de responsabilité politique : si le représentant est délégué par les représentants afin d'agir en leur nom, comme dans tout mandat, il doit rendre des comptes de ses actions<sup>55</sup>. Plus précisément, le ou les représentants ne sont pas les porte-paroles de l'individu votant, mais de la Nation entendue comme entité et donc seule détentrice de la souveraineté. Pour finir sur les conditions générales d'exercice de leur mandat, ce dernier est libre et non pas impératif afin justement

---

49. P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1998, p. 105.

50. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Titre II, Chapitre 2.

51. SIEYÈS, «Discours du 7 septembre 1789», *AP*, t. VIII, p. 594.

52. É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*

53. Sur ces questions : *Guide pour la recherche. Voter, élire pendant la Révolution française, 1789-1799*, Paris, CTHS, 1999 ; Ph. TANCHOUX., *Les procédures électorales en France de la fin de l'Ancien Régime à la première guerre mondiale*, Paris, CTHS, 2004.

54. Sans prétendre à l'exhaustivité sur ce point : A. EISMEIN, «Deux formes de gouvernements», *RDP*, 1893, p. 17 ; L. DUGUIT, «La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789», *Revue d'économie politique*, 1893, p. 99-132, 336-372 et 567-615 ; L. DUGUIT, *Traité*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éd. De Brocard, t. II, p. 412-413. Consultable sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5748359x.r=.langEN> [en ligne]

55. A. EISMEIN, *Éléments*, 7<sup>e</sup> éd., t. I, spéc. p. 306 : «la souveraineté du peuple n'implique pas seulement que tous les pouvoirs émanent de la nation et que celle-ci en confère le simple exercice ; elle implique aussi que tous ceux qui ont reçu l'exercice de ces pouvoirs sont responsables de l'usage qu'ils en ont fait».

de permettre la représentation de la Nation comme entité et non celle d'une somme d'individus<sup>56</sup>.

Les théories contractualistes ont influencé cette nouvelle organisation constitutionnelle. En effet, elles fondent chacune le contrat social sur l'égalité<sup>57</sup>. Dès lors, cette condition de représentation par un mandat libre et faisant suite à une élection va légitimer les représentants à intervenir dans le processus d'élaboration de la loi. Elle va pérenniser l'idée de fonder la source de la loi dans le politique et l'assimilation de la Loi au droit par la sacralisation de la voix du Législateur.

Avec l'influence des thèses contractualistes, qu'il soit question de celles de Rousseau ou de Hobbes, notre culture juridique a abouti à une quête d'absolu, pouvant s'incarner dans la recherche de ce que d'autres ont dénommé la voix de l'Un : le culte de la Loi par la prédominance accordée à la voix du Législateur et l'absolutisme de l'État. Ces dérives ont conduit à élaborer toujours plus de lois pour justifier la place des représentants et neutraliser tout pouvoir civil émergent : la parole est aux corps qui s'interposent et non plus au peuple.

## Section 2

### Le silence du citoyen nécessité par le culte de la Loi

Avec la Révolution de 1789 la loi va devenir, sous l'influence des écrits des romanistes la manifestation de la raison universelle. La loi incarne ainsi la raison et doit répondre des exigences de

---

56. Nonobstant le principe d'un mandat libre, une partie, mineure, de la doctrine a défendu le mandat impératif. Voir *Archives parlementaires*, t. VIII, p. 582-585 : « les membres du corps législatif sont des mandataires : les citoyens qui les ont choisis sont des commettants, donc ces représentants sont assujettis à la volonté de ceux de qui ils tiennent leur mission et leurs pouvoirs ».

57. Pour Montesquieu, « dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité mais ils ne sauraient y rester. La société la leur fait perdre et ils ne reviennent égaux que par les lois. Telle est la différence entre la démocratie réglée et celle qui ne l'est pas, que, dans la première, on n'est égal que comme citoyen ». À l'inverse, Rousseau ne reconnaît pas au principe de la représentativité autant de bénéfice : pour lui, la représentation dissout le peuple pour faire apparaître des maîtres. Il lui préfère la démocratie participative. Il entend toutefois que la représentation advient quand dans les États modernes au territoire vaste et à la population variée, il est impossible de rassembler le peuple réel.

la justice. C'est cette exigence qui va pousser cette source du droit à le véhiculer tout entier à partir de la raison politique. L'assimilation du droit à une source politique a ainsi légitimé la fonction législative des représentants : élus, ils sont détenteurs d'une délégation de la Nation souveraine et s'expriment en son nom<sup>58</sup>. Ils sont à la fois le corps et la tête de cette Nation qui justifie leur action. Cette réduction du droit à une source du droit ne fait apparaître qu'une voix unique : celle sacralisée et magnifiée du Législateur. Les autres voix du droit – et plus particulièrement celle du citoyen – se sont tues au bénéfice de l'exercice du monopole de la contrainte entre les mains de l'État.

Avec la représentation, il s'agit d'assurer la présence de l'absent et de manifester le titre au nom duquel une telle action est possible. En droit constitutionnel, cette question va acquérir une acuité spécifique à partir de la Révolution française. Il va s'agir ainsi selon la brillante formule du P. Brunet de faire l'unité de la représentation et d'assurer l'unité de cette représentation.

Le récit fondateur de la République française se singularise par son caractère violent<sup>59</sup>. Cette violence s'impose au nom d'une nouvelle rationalité. Notre récit historique a gommé pour partie la violence inhérente à cette 1<sup>re</sup> République. Pour beaucoup, le

---

58. « La Révolution française de 1789 marque [...] une césure dans le concept de loi. À partir de ce moment, les démocraties européennes continentales considèrent la loi comme le rempart sacré contre tout pouvoir arbitraire : édictée selon des règles inscrites dans une loi supérieure (la constitution) générale, permanente, créée par les représentants de la communauté, elle est considérée comme l'évangile de la nation ». *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, entrée « Loi », p. 353.

59. Quelques exemples de droit comparé peuvent être donnés sans qu'ils aient vocation à l'exhaustivité. Les États-Unis précités ont pour récit fondateur la Déclaration d'Indépendance du 4 juillet 1791 ; suite à la seconde Guerre Mondiale, l'Allemagne a entamé une refondation de son histoire : pour éviter la montée au pouvoir de régimes extrémistes par voie démocratique, comme il fut le cas pour le régime nazi, la Constitution de Bonn comporte un article 79 ayant pour particularité de mettre en place une clause de non-retour quant à l'acquis démocratique (promesse de démocratie perpétuelle) ; l'autre événement majeur de l'Histoire occidentale, la chute du mur de Berlin, a amené les anciens pays de l'ex-bloc soviétique se sont dotés de constitution avec réflexion sur la séparation des pouvoirs et plus amplement, d'une sur l'idéologie communiste et de la pratique des goulags.

souvenir de la période de la Terreur n'est pas associé directement à la 1<sup>re</sup> République qui pourtant a bien été un régime porteur d'un réel totalitarisme républicain : avec son terrorisme d'État, sa loi des suspects<sup>60</sup> et ses « colonnes infernales »<sup>61</sup>... Dans les discours de cette période, la liberté n'est finalement qu'un prétexte politique et idéologique, une « authentique fiction » pour se référer à la terminologie employée par Vaihinger<sup>62</sup> et ceci dans son analyse des discours entourant le phénomène juridique. Pour appuyer le propos, il est possible d'illustrer cette analyse avec la proclamation de la Convention nationale aux « soldats de la liberté » du 1<sup>er</sup> octobre 1793 :

Il faut que les brigands de la Vendée soient exterminés avant la fin d'octobre, le salut de la patrie l'exige ; l'impatience du peuple français le commande ; son courage doit l'accomplir.

---

60. Notamment voir le décret d'application du 17 septembre 1793 en son article 2 quant à la qualification de « suspects » : « Sont réputés gens suspects : 1° ceux qui, soit par leur conduite, soit par leur relations, soit par leur propos ou leurs écrits, se sont montrés partisans de la tyrannie ou du fédéralisme, et ennemis de la liberté ; 2° ceux qui ne pourront pas justifier, de la manière prescrite par le décret du 21 Mars dernier, de leurs moyens d'exister et de l'acquit de leurs devoirs civiques ; 3° ceux à qui il a été refusé des certificats de civisme ; 4° les fonctionnaires publics suspendus ou destitués de leurs fonctions par la Convention nationale ou ses commissaires, et non réintégrés, notamment ceux qui ont été ou doivent être destitués en vertu du décret du 14 août dernier ; 5° ceux des ci-devant nobles, ensemble les maris, femmes, pères, mères, fils ou filles, frère ou sœurs, et agents d'émigrés, qui n'ont pas constamment manifesté leur attachement à la révolution ; 6° ceux qui ont émigré dans l'intervalle du 1er juillet 1789 à la publication du décret du 30 mars - 8 avril 1792, quoiqu'ils soient rentrés en France dans le délai fixé par ce décret, ou précédemment ».

61. Les colonnes infernales se sont formées lors de la guerre de Vendée entre 1793-1796. Le général Turreau met en place une stratégie pour maîtriser la Vendée militaire grâce à douze colonnes incendiaires chargées d'exterminer ces brigands. Les massacres vont revêtir une telle intensité (viol, meurtre, pillage, etc.) que par la suite le débat se portera sur la reconnaissance d'un génocide perpétré en terre de Vendée.

Parmi les textes et autres déclarations officiels quant à l'organisation de la répression des vendéens, il peut être cité le décret du 1<sup>er</sup> août 1793 de la Convention nationale. A partir de la fin de l'année 1793, sous l'impulsion du Général Turreau, la répression va se durcir.

62. C. BOURIAU, *Les fictions du droit – Kelsen, lecteur de Vaihinger*, Lyon, ENS Éditions, 2013, spéc. p. 29.