

Dominique ROUSSEAU.

« La pensée approximative est seule génératrice du réel » a écrit Camus en conclusion de son livre *L'Homme révolté*[1]. Que peut faire un juriste de cette phrase ? L'ignorer. D'abord parce qu'elle vient d'un philosophe – ou, s'il faut en croire Sartre et ses amis, « d'un philosophe pour classes terminales » – et qu'un juriste ne peut et même doit penser qu'en se référant aux maîtres du Droit. Ensuite parce qu'il le prend comme objet ou comme ensemble de principes, droits et libertés, le juriste a intériorisé l'idée que les conditions épistémologiques de la construction de l'objet droit ou/et les outils méthodologiques de compréhension et d'explication des énoncés juridiques sont le chemin vers une pensée précise de l'objet droit ou/et des énoncés juridiques. La culture juridique est en effet imprégnée du souci de la précision. Le Conseil constitutionnel juge ainsi que « le principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » [2]. Cette exigence de précision est justifiée par les principes de sécurité, de prévisibilité du droit, de protection contre l'arbitraire et de la séparation des pouvoirs. Plus la règle de droit est précise, moins les autorités d'application ont de liberté d'action et plus les citoyens sont protégés.

Mais avant d'être pris dans cette culture et même une fois pris, le juriste a connu, côtoie toujours et rentre aussi dans d'autres cultures, littéraire, cinématographique, théâtrale. Lui revient par exemple, cette scène de la pièce de Giraudoux *La guerre de Troie n'aura pas lieu* où Hector convoque Busiris, "le plus grand expert vivant du droit des peuples" pour lui demander comment il convient de comprendre l'arrivée de face et le pavillon hissé au ramat des navires grecs dans le port de Troie ; « des manquements graves aux règles du droit international qui signifient leur volonté d'attaquer la ville » répond Busiris. Hector qui ne veut pas la guerre lui demande alors une autre explication juridique. Refusant d'abord en arguant que « ce serait contraire aux faits », Busiris, sous la menace d'être emprisonné s'il maintient son analyse, convient que la position des pavillons signifie le salut amical de la mer à la terre et que l'arrivée de face n'est pas une menace mais une « offre à causer : une femme qui vient vers vous nue et les bras ouverts n'est pas une menace, mais une offre. Une offre à causer, en tout cas ». Revenait aussi à l'esprit l'affaire Ville Nouvelle-Est où le grand juriste Guy Braibant considérait que la théorie du bilan-coûts-avantages devait conduire à annuler la déclaration d'utilité publique relative à la construction d'un ensemble universitaire alors que le Conseil d'État jugeait, avec cette même théorie, d'utilité publique ce projet[3]. Revenait aussi la surprise d'entendre soutenir que l'article 13 de la constitution posant que « le président de la République signe les ordonnances » était imprécis en ce qu'il n'excluait pas le droit pour le président de ne pas signer les ordonnances qu'il considérerait contraires à la constitution dont il est le gardien. Revenait encore le souvenir des discussions au sein de la Commission dite Jospin pour définir la notion de « dépenses électorales » : « La commission, est-il écrit dans le rapport, s'est longuement interrogée sur l'opportunité de proposer que soit donnée dans la loi une *définition précise* de la notion de 'dépenses électorales' » ; et après avoir tenté plusieurs solutions, elle abandonne convenant que « toute tentative pour élaborer une définition précise présenterait l'inconvénient majeur de figer des solutions »[4]. La Commission Jospin sous influence camusienne !

Sans doute était-il possible d'intégrer ces faits dans la culture juridique classique comme des manques, des errements marginaux, des exceptions qui confirment la règle,... Mais il était aussi tentant de penser contre soi-même pour voir ce qu'en droit la réception de la pensée approximative pouvait révéler du droit. Se découvre d'abord une pensée qui invite à ne pas chercher à imaginer un Référent ultime garantissant la vérité normative d'un énoncé juridique, à abandonner cette illusion et à penser le droit dans le silence des Dieux (1). Ensuite une pensée qui, dans et par ce silence, accepte que le sens d'un énoncé juridique reste constamment ouvert (2). Enfin une pensée qui, par ce dévoilement continue, invite à considérer la pratique herméneutique comme une expérience heureuse (3)

## 1. Une pensée du silence des Référents ultimes

Deux grands systèmes de pensée juridique proposent chacun une représentation de la normativité juridique parfaitement cohérente, prétendant chacune à la vérité scientifique de ce qu'est le droit et, évidemment, s'excluant l'une l'autre. Le premier considère la norme comme intrinsèquement signifiante, comme un acte dont la qualité propre est de signifier un comportement, dont la nature est de réduire l'incertitude en imposant dans ce qu'elle énonce la conduite à tenir. Dès lors, la norme juridique est mise en position de Référent objectif permettant de dire si tel ou tel acteur s'est « bien » conduit, c'est-à-dire, s'est conduit « normalement » et de dénoncer comme déviant, comme fou, comme insensé, celui qui a un comportement contraire au sens inscrit dans la norme. Ainsi, puisque l'article 8 de la constitution dit que le président de la République nomme le Premier ministre, Emmanuel Macron s'est mis hors du droit en ne nommant pas Lucie Castets après les résultats des élections législatives de juillet 2024 ; il a eu un comportement contraire au sens contenu dans l'article 8 et il doit donc être destitué pour manquement à ses devoirs constitutionnels. Et celles et ceux qui pensent et disent que le comportement d'Emmanuel Macron pendant cette période n'était pas contraire à l'article 8 de la constitution sont immédiatement disqualifiés ou, plus exactement, qualifiés de « mauvais » constitutionnalistes ou/et de juristes à la solde du président de la République.

Le second système considère la norme comme un simple énoncé juridique, comme un acte de langage dont la qualité propre est d'être polysémique et qui, comme les notes de musique sur une partition, attend d'être interprété pour que soit connu le sens de l'énoncé et donc le comportement à suivre. Ici, la normativité n'est pas contenue dans l'énoncé juridique mais dans l'usage qui en est fait par les acteurs, dans l'activité interprétative auxquelles se livrent celles et ceux qui utilisent l'énoncé juridique. Dès lors, le Référent de la norme se déplace vers le champ social des usagers - politiques, juges, fonctionnaires, syndicats, associations, collectifs de citoyens,... - et la normativité dépendra de la position institutionnelle de ces différents acteurs dans le champ interprétatif et leur rapport de force imposera à un moment donné l'interprétation « légitime ». Ainsi, la fraternité est sans doute un principe inscrit dans la constitution mais le comportement qu'il commande est entre les mains du juge constitutionnel qui décide souverainement du sens qu'il convient de donner au mot « fraternité » - « la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité du séjour sur le territoire national » - et des conséquences à en tirer - censure du délit d'aide à la circulation de l'étranger en situation irrégulière (CC

2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, JO 7 juillet 2018). Et dans ce registre de pensée, il est absurde d'accuser le juge d'avoir commis une « erreur d'interprétation » puisque le mot « fraternité » ne contient pas de sens à partir duquel il serait possible de dire que le juge a commis une « erreur » ; il est donc libre de déterminer la signification qui donnera au mot « fraternité » sa normativité juridique en ce qu'elle produira un effet de droit (en l'espèce la censure du délit).

A l'endroit de ces deux pensées du droit, il est possible d'adresser les critiques que Camus formulait à l'encontre des pensées, politiques, philosophiques et artistiques totalitaires, positivistes et nihilistes. Elles ont, comme celles-ci, la prétention de dire la vérité de la chose juridique – comme elles de dire la vérité de la chose politique ou de la chose philosophique ou de la chose artistique – d'en proposer un système d'intelligibilité parfait et cohérent et de qualifier de juristes pour classes terminales celles et ceux qui s'aventurent à la critique. Décalant l'interrogation de Dimitri dans les Frères Karamazov, si le sens n'est pas dans la norme, alors tout est permis et il est logique d'affirmer non seulement que le juge est libre de décider le sens qui lui plait mais encore que critiquer sa décision est absurde puisque, en l'absence de référent garantissant la justesse de son interprétation, toute interprétation est permise. Décalant maintenant le canon religieux, si tout – le privé, le public, le social, le pénal, l'économie, l'international,... – est dans la constitution normative par elle-même, alors les juges qui la disent sont les « grands prêtres » et il est logique de considérer non seulement que, par définition, ils ne peuvent pas se tromper sur le sens des mots mais encore qu'ils puissent déclarer hérétiques et exclure de la communauté des juristes celles et ceux qui contestent leur parole.

En apparence opposées – la norme est hors de la constitution, la norme est dans la constitution – ces deux pensées du droit disent la même chose : le tout est dans l'un. Et les deux ont la même qualité de dogme, c'est-à-dire, d'affirmations présentées comme fondamentales et exprimant une vérité absolue et incontestable. Et, pour l'anecdote, il est encore possible de relever que les partisans de chacune de ces pensées s'expriment très souvent de manière... dogmatique, péremptoire et n'hésitent pas à faire usage de multiples ressources pour imposer « la » vérité.

## 2. Une pensée de la normativité inachevée

Contre ces pensées de l'absolu, Camus défend la « pensée approximative » en reprenant à son compte la définition de l'intelligence donnée par Lazare Bickel : « la faculté de ne pas pousser jusqu'au bout ce que nous pensons afin que nous puissions croire encore à la réalité ». A suivre cette pensée, il est possible de reconnaître la qualité d'acte de langage des énoncés juridiques « sans pousser » cette reconnaissance jusqu'à soutenir que les juges sont libres et que n'importe quelle interprétation est recevable. Comme il est possible de reconnaître la qualité normative des énoncés juridiques « sans pousser » cette reconnaissance jusqu'à soutenir qu'ils ne laissent place à aucune marge d'interprétation. Et cette retenue est, comme l'écrit Camus, « génératrice de réel ». Quand le Conseil juge que son contrôle doit porter non sur l'énoncé juridique tel qu'il a été voté par le Parlement mais tel qu'il a été interprété depuis pas les juges ordinaires parce que, dit-il, c'est l'interprétation jurisprudentielle qui donne sa portée effective à la

disposition contestée[5], il reconnaît que la normativité d'un énoncé législatif puisse ne pas tenir de lui-même mais de l'interprétation constante faite par les juges. La pensée du droit affirmant que la norme est dans l'énoncé manque donc la réalité juridictionnelle qui fait place à son interprétation pour lui donner « sa portée effective ». De même, quand le Conseil affirme en 1994 « que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle », il reconnaît que la normativité de la dignité ne tient pas de lui mais des énoncés du Préambule. La pensée du droit affirmant que la norme est dans la libre volonté du juge manque donc la réalité juridictionnelle puisque le Conseil reprend les mots « asservir » et « dégrader » du Préambule de 1946 pour dire qu'ils ne sont pas vides de sens mais porteurs de la norme « dignité humaine ».

À la différence des pensées nihilistes et normativistes du droit qui considèrent que le sens d'une norme est achevé soit dans et par la volonté du juge soit dans et par son énoncé, la pensée approximative du droit soutient l'inachèvement de sens ou, plus exactement, qu'un énoncé juridique est une ressource de normativité jamais achevée, toujours continue. A sa manière, osée, en comparant le travail herméneutique au strip-tease, David Lodge, dans son roman *Un tout petit monde*, dit cet impossible achèvement du sens : « Il en est de la lecture comme du strip-tease. Tous les efforts que nous faisons pour sonder le cœur d'un texte, en posséder le sens une fois pour toutes, sont vains. C'est seulement nous-mêmes que nous découvrons et non l'œuvre elle-même. Lire, c'est soumettre notre curiosité et son désir à un déplacement continu d'une phrase à l'autre. Le texte se dévoile devant nous, mais il ne permet jamais qu'on le possède ; plutôt que de s'obstiner à le posséder, nous devrions prendre plaisir à le taquiner ». La pensée approximative est, pour reprendre là encore Camus, une pensée de la mesure, une pensée qui ne ferme pas et n'enferme pas le sens d'un énoncé juridique dans un absolu cognitif mais laisse ouverte la production de normativité car le sens d'un énoncé toujours se dérobe[6].

La reconnaissance des opinions séparées participe de cette pensée approximative du droit. Elles manifestent en effet à la fois la nécessité d'interpréter un énoncé juridique pour déterminer sa normativité et l'impossibilité d'attribuer à la signification retenue la qualité de vérité absolue puisqu'une autre signification de l'énoncé juridique appelant une autre décision a été argumentée et défendue. Une opinion séparée n'empêche pas l'interprétation majoritaire de produire ses effets, elle montre seulement qu'elle ne dit pas la vérité définitive de l'énoncé juridique, que cet énoncé portait une autre signification possible, que le débat sur le sens de l'énoncé n'est pas clos, qu'il continue et que la « vie des hommes » peut conduire un jour à retenir la signification qui avait été repoussée ou à en proposer une nouvelle. En d'autres termes, la pensée approximative du droit maintient en suspend le sens des énoncés juridiques et le relie aux conditions et circonstances de sa production. Elle est une pensée à hauteur d'homme.

### 3. Une pensée de l'expérience herméneutique heureuse

Comme Camus fut accusé de n'être point philosophe car il ne produisait pas de concepts, il pourrait être reproché à la pensée approximative du droit de n'être pas une véritable pensée par manque voire refus de concepts. Ce reproche est mal fondé ou, plus exactement, il oblige à préciser ce que la pensée

approximative critique dans la production et l'usage des concepts. Classiquement, un concept est un contenu de pensée, une idée abstraite qui est construite pour organiser les connaissances, une catégorie permettant de se représenter mentalement les choses. Mais, comme le dénonce Jacques Bouveresse citant Nietzsche et Wittgenstein, très vite se déploie « la tendance presque constitutive de la philosophie à postuler d'autres mondes, à ne pas pouvoir se satisfaire de la réalité la plus ordinaire, à la dévaloriser systématiquement, à la ramener au rang de simple apparence »<sup>[7]</sup> et finalement à ne s'intéresser qu'à l'ailleurs, qu'à des réalités qui n'existent que par et dans la philosophie. En d'autres termes, les concepts « se prennent » pour la réalité, construisent un monde « à eux », logique, cohérent, au point d'oublier voire de dénier l'expérience concrète.

La controverse sur la motivation des décisions de justice en est un exemple. Pour montrer que, si un énoncé juridique est polysémique, le juge n'est pas libre de lui donner n'importe quelle signification, la pensée approximative met en avant la pratique juridictionnelle de la motivation par laquelle le juge explique publiquement, donc expose à la critique, le raisonnement et les arguments qui l'ont conduit à retenir telle signification. Aussitôt, les penseurs de la libre création de la normativité par le juge dénie la valeur heuristique de cette pratique, qualifient la motivation de « cache-sexe » du pouvoir discrétionnaire, continuent de soutenir que la pratique de la motivation n'invalide pas leur représentation de la chose juridictionnelle comme activité libre et disent naïfs ces juristes qui prennent au sérieux la pratique de la motivation.

Pour la pensée approximative du droit, la motivation n'est cependant pas la preuve de la vérité de pratique juridictionnelle ; elle est simplement l'expérience de cette pratique. Elle la prend au sérieux et agit pour imposer une motivation plus argumentée, la reconnaissance des opinions séparées et plus largement une éthique de l'agir juridictionnel. Car, contrairement à une idée reçue, la pensée approximative du droit ne doit pas être comprise comme une pensée de « l'à peu près » ou célébrant le flou et l'imprécision. Elle critique sans doute les pensées du droit qui ont la prétention de dire la vérité de la chose juridique et de l'enfermer dans la « réalité » de leur système conceptuel mais elle ne renonce pas à la précision. « Mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur du monde » a écrit Camus. Propos qui pourra paraître contradictoire avec la défense d'une pensée approximative mais qui dit, dans cette limite, le souci de rechercher sinon le mot vrai au moins le mot juste. Et qui, pour cette raison, fait de l'expérience argumentative, de l'expérience délibérative le cœur de la pensée approximative du droit. Dès lors qu'est abandonnée comme illusion l'idée d'un Référent indisponible garantissant la vérité normative d'un énoncé juridique, il revient au monde physique des hommes de construire par la pratique de l'échange argumentatif la signification qui donnera à l'énoncé juridique son effet de droit.

Évidemment, la position et l'action du juge dans cette pratique de construction de la signification normative sont importantes et ouvrent classiquement sur l'idée de « gouvernement des juges », idée qui méconnaît la singularité de la pensée approximative du droit. « Approximatif » fait sens vers « approche » ; la signification d'un énoncé juridique se découvre par approches successives non par le geste unilatéral et discrétionnaire du juge. L'expérience herméneutique est mise en action par une procédure d'approche à laquelle participent toutes celles et tous ceux qui faisant usage de l'énoncé en proposent une

interprétation. Le juge n'est donc qu'un acteur, il est inséré dans une chaîne herméneutique, dans ce que Peter Häberle appelle « la société ouverte des interprètes », dans laquelle interviennent les assemblées parlementaires, les juridictions européennes, les comités et sociétés savantes, les académies, la doctrine, les associations, les syndicats,... ; et dans cette procédure d'approche, il est le lieu où se discutent, se réfléchissent, se « soupèsent », s'équilibrent les différentes interprétations de sorte que le sens de l'énoncé juridique qui sera produit par cette procédure ne sera pas tout à fait le sien propre mais un « sien partagé ». Et, puisque dans la pensée approximative du droit, le sens se dérobe toujours pour reprendre David Lodge, la signification arrêtée à un moment donné n'est jamais close : de nouveaux acteurs peuvent rentrer dans la société ouverte des interprètes, de nouveaux arguments peuvent être produits, des anciens autrefois négligés peuvent être entendus et ainsi peut se construire une nouvelle signification. L'énoncé « égalité » à l'article premier de la Déclaration de 1789 est toujours écrit de la même façon ; mais le sens normatif qui lui est attribué aujourd'hui a changé sans qu'il soit possible de penser que cette nouvelle signification lui a donné enfin sa « vraie, définitive et réelle » signification normative. Le mot « égalité » vit encore et par approches successives il peut être demain – ou il est déjà – la norme qui régit les comportements entre les humains et les non-humains.

Il est toujours tentant de construire de grandes théories qui mettent de l'ordre dans le chaos des choses juridiques, qui leur donnent un sens et proposent une représentation du monde juridique que chacun finit, par formation ou par habitude, de considérer être la réalité du monde juridique. Et pourtant le réel fuit toujours des concepts et la tentation brechtienne est grande de dissoudre le réel pour sauver la théorie[8]. Au contraire, à la manière de John Dewey, la pensée approximative prend cette fuite du réel pour penser l'expérience humaine comme l'action sans cesse recommencée pour déterminer par approches successives le sens d'un énoncé juridique. Pensée modeste peut-être mais pensée exigeante. À hauteur d'hommes.

Dominique ROUSSEAU,

Professeur émérite de droit public, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Membre honoraire de l'Institut universitaire de France

---

[1] Albert Camus, *L'homme révolté*, Gallimard, 1966, p.364.

[2] Cons. const., n° 2005-514 DC, 28 avr. 2005, cons. 14.

[3] CE, Ass., 28 mai 1971, Ville Nouvelle-Est, R. p. 409 avec les conclusions Braibant.

[4] Rapport pour un renouveau démocratique, Doc. Fr. p. 18-20

[5] CC 2010-52, QPC, 14 octobre 2010, R. p.283.

[6] Le Droit dérobé, sous la dir. de Dominique Rousseau, collection Grands colloque, Montchrestien, 2007

[7] Voir par ex., Jacques Bouveresse, Le philosophe et le réel, Pluriel, 1998, p.35

[8] « Puisque le peuple vote contre le gouvernement, il faut dissoudre le peuple », Berthold Brecht in *Poèmes et chansons*, traduit par Jean-Pierre Lefebvre (Éditions de l'Arche)