

CONCLUSIONS

Jean-Sylvestre BERGÉ¹

Pour ouvrir ce propos, je voudrais remercier tout le monde, à commencer par les professeurs Romain Le Bœuf et Olivier Le Bot pour cette très belle initiative et leur aimable invitation. Je voudrais aussi tous vous citer par vos prénoms en respectant l'ordre de vos interventions : Sandrine, Marthe, Louisa, Jonathan, Marie-José, Sarah, Priscilla, Audrey, Ferdinand, Cathérina, Mathias, Fanny, Akila, Christos, Nathalie, Habib, Emmanuel, Laura, Shetna. Je n'oublie pas, non plus, Olivier, Xavier, Thierry et Nathalie (bis, mais c'est la même) pour leurs présidences de tables rondes. Je dois vous dire que vous m'avez souvent facilité la tâche en anticipant la présentation et l'explicitation de nombreux éléments de cette modeste conclusion.

Pour ces propos conclusifs, j'ai choisi une double entrée et une approche en trois temps.

Une double entrée

Mon entrée sera double. D'une part, je vais vous proposer d'extrapoler KELSEN – connu entre tous dans l'univers contemporain des juristes – et de nous en éloigner. D'autre part, je vais suggérer que nous nous rapprochions de quelqu'un que vous ne connaissez peut-être pas et qui s'appelle SPARROW, spécialiste américain de politiques publiques et qui a écrit un livre à grand succès intitulé « The Character of Harms » que l'on peut traduire par « Les traits des méfaits ».

Prenons d'abord KELSEN qui est un peu au droit ce que le football est au sport, je veux dire que sa lecture a souvent vampirisé la pensée juridique au point de rendre presque inaudibles d'autres auteurs qui avant lui ou après lui se sont exprimés sur le sens du droit, parfois sur des terrains éloignés du droit constitutionnel et du droit public, ce qui explique sans doute qu'ils n'aient pas connu un égal succès². Kelsen nous dit quelque chose : l'application du droit peut être synonyme de création du droit de sorte que cette application est indissociable de la définition du droit³. En suivant

¹ Professeur à l'Université Lyon 3, Institut Universitaire de France.

² Je ne citerai qu'un nom : Adolf REINACH auteur notamment d'un ouvrage publié en allemand en 1913 sur « Les Fondements *a priori* du droit civil », trad. R. de Calan, Vrin, 2004.

³ H. KELSEN : « l'application du droit est en même temps création du droit [...] ces deux notions ne représentent pas une antithèse absolue ; il n'est pas juste de distinguer et opposer des actes créateurs de droit et des actes applicateurs de droit. Car, si l'on fait abstraction des cas-limites entre lesquels se déroule le processus de création du droit – ces cas-limites étant la supposition de la norme fondamentale, et l'exécution des actes de contrainte –, tout acte juridique est à la fois application d'une norme supérieure et création, réglée par cette norme, d'une norme

cette analyse, on est peu enclin à considérer que le temps de l'application est un temps différent du droit : appliquer le droit, c'est potentiellement créer du droit, donc il n'y a pas de raison de distinguer, de mettre en opposition (sauf cas particuliers que KELSEN signale au demeurant), les processus d'application et de création du droit. Si maintenant, on extrapole KELSEN pour les besoins de ce colloque, on peut dire que si l'application du droit, c'est le droit, alors l'inapplication du droit, c'est le non-droit ! Notre objet aujourd'hui serait donc de travailler sur des hypothèses de non-droit que l'on viendrait caractériser par une opposition au droit.

Le second auteur auquel je voudrais faire référence n'est pas un juriste. SPARROW⁴ a réfléchi notamment au travail des agences fédérales américaines. Son analyse est intéressante, puisqu'il dit au fond que tous les malheurs qui arrivent à la planète et que les agences publiques – nous dirions en France les administrations – sont chargées de traiter, ne sont pas des maux mais sont des biens et que toute l'erreur dans la démarche consiste pour ces agences à s'inscrire en acteurs qui empêcheraient ces maux de se réaliser. Il dit que cette approche n'est plus adaptée, qu'il faut changer d'état d'esprit et dire aux agences : quand un drame arrive – et il cite tout de même dans les drames, le 11 septembre 2001 – c'est potentiellement l'occasion de construire quelque chose de bien. SPARROW propose ainsi de renverser complètement la perspective en disant, en substance, qu'un mal doit être pris pour un bien et que la meilleure façon de le traiter, c'est de l'envisager comme une opportunité de construire de nouvelles politiques publiques.

Je reviens à notre sujet. À négliger l'extrapolation de la pensée de KELSEN et à suivre SPARROW, cela voudrait dire que, non seulement il ne faut pas croire que l'inapplication du droit serait synonyme de non-droit, mais au surplus, il faudrait considérer que l'inapplication du droit n'est pas une pathologie, un mal, une anomalie, mais plutôt un moment nécessaire, intéressant, utile, instructif de la vie du droit. Bref, en un mot : l'inapplication du droit serait du droit !

Une approche en trois temps

Partant de ces prémisses, je voudrais aborder trois points successivement.

Le premier temps intéresse la définition des termes de notre sujet. Autant vous le dire d'emblée, je ne vais pas être très performant en ce sens que je ne vais pas chercher à vider la question de l'inapplication du droit par un travail de définition qui supposerait, à vrai dire, une réflexion bien plus aboutie que ce que ma petite attention sur une journée entière d'échanges peut produire.

Le deuxième temps est relatif aux différentes manifestations du sujet. On est ici au cœur du métier du juriste : la catégorisation. Qu'est-ce que fait le juriste quand on lui donne un objet, Il fait des catégories, des distinctions. Nous allons donc voir comment vous avez dans la journée catégorisé l'hypothèse de l'inapplication du droit.

inférieure » : Théorie pure du droit (1934-1960), trad. française de la 2^{me} éd. de « *Reine Rechtslehre* » par Ch. Eisenmann, éd. Dalloz, 1962, p. 315.

4 M. K. SPARROW, *The Character of Harms – Operational Challenges in Control*, Cambridge University Press, 2008.

Le troisième temps que j'ai retenu est certainement le plus difficile, le plus exigeant. Nous l'avons largement côtoyé aujourd'hui, peut-être de plus en plus et au fur et à mesure de la journée et c'était d'ailleurs bien dans l'invitation de l'appel à communications. Il y a plusieurs façons de le présenter. J'ai choisi le terme « d'explication » : pourquoi l'inapplication du droit existe, quels sont ses ressorts explicatifs, comment peut-on la comprendre ? Dans ce jeu d'explication, il y a un travail que l'on peut considérer de déconstruction / reconstruction, en ce sens que l'on va chercher, derrière le phénomène que l'on étudie, à identifier les modalités explicatives dudit phénomène.

Voyons ces trois temps successivement.

Définir l'inapplication du droit

Trois points principaux de définition ont été mobilisés aujourd'hui.

Le premier, mentionné dès les propos liminaires et introductifs, porte sur la difficulté toujours très grande à traiter d'un sujet négatif, en creux. Soit on cherche à combler le vide, ce qui revient ici à traiter de l'application du droit pour dessiner « en positif » les contours de la notion « en négatif » de l'inapplication du droit et on risque fort de sortir du sujet. Soit on s'attache à aller au fond des choses, à s'immerger tout entier dans un univers de non-application du droit et il y a de fortes chances que l'on y reste... tout au fond et que l'on n'en remonte jamais.

Le deuxième point qui figure dans les éléments de langage qui nous ont été donnés par les organisateurs du colloque est que le sujet a une dimension fortement pratique au sens le plus noble du terme. Or c'est toujours un défi pour les juristes de modéliser au départ des outils du droit (le plus souvent sans appareil sociologique) une pratique du droit, surtout, comme en l'occurrence, quand il s'agit (voir le premier point ci-dessus) d'une non-pratique du droit.

Le dernier point – vous voyez je demeure très bref sur la présentation des éléments de définition du sujet – porte sur l'observation que l'inapplication du droit n'est pas strictement synonyme de violation du droit. Si, comme cela a été rappelé d'entrée de jeu, la violation de la règle de droit peut être une condition de son application et si donc l'inapplication du droit est consubstantielle à son application, point essentiel sur lequel il nous faudra sans cesse revenir, il semble tout à fait clair au terme de cette journée que l'inapplication du droit est quelque chose d'extrêmement protéiforme qui ne peut se résumer purement et simplement à un fait de violation, c'est-à-dire de non-respect, de la règle de droit.

En définitive, nous avons un sujet en creux, hautement lié à « la pratique de non-pratique du droit » et qui est susceptible de prendre les formes les plus variées. Une gageure en somme !

Catégoriser l'inapplication du droit

Le deuxième temps de la journée s'est naturellement focalisé sur les différentes catégories d'inapplication du droit. Dans ce travail où, il faut bien le reconnaître, le juriste excelle, il s'est agi de séparer le bon grain de l'ivraie, c'est-à-dire à distinguer ce qui relève d'une bonne ou d'une mauvaise inapplication du droit. Pour mener à bien ce travail de catégorisation, trois clés de distinction ont été utilisées tout au long de la journée.

La première clé est assez évidente, c'est celle des acteurs. Un nombre assez considérable – je mesure mes mots – d'acteurs susceptibles d'être à l'origine d'une inapplication du droit a été passé en revue. On a commencé par l'État en expliquant au demeurant que l'inapplication du droit par l'État était la négation même de sa condition. On a parlé des institutions nationales, l'administration en général, les juges bien sûr, sans oublier les autorités administratives indépendantes. On a envisagé le cas d'une institution européenne, la Commission de l'Union européenne. On a traité des juridictions et des institutions internationales. On a peu parlé des individus, mais cela s'explique par la coloration somme toute très publiciste de la journée (ce n'est évidemment pas un reproche que je vous fais). Et on a terminé par le citoyen ce qui a permis d'ouvrir de nouvelles perspectives.

Chacune de ces entités est un acteur et elle joue un rôle dans le processus d'inapplication du droit. Nous aurions pu nous concentrer sur un seul de ces acteurs et, pour revenir sur celui qui a été finalement le moins étudié, l'individu, on aurait pu, par exemple, mobiliser tout le sujet de la journée en essayant de comprendre comment un individu pouvait laisser le droit ne pas s'appliquer en considération notamment de sa situation, sa condition, ses intérêts, etc. Au contraire, on a décidé d'embrasser largement le sujet. Je ne vois pas d'autres acteurs qui viendraient manquer ainsi au chapitre. Je crois que c'est un choix judicieux car il a permis de révéler toute la richesse du sujet.

La deuxième clé de distinction porte sur les objets à l'occasion desquels l'inapplication du droit peut être observée et donc étudiée. Si je m'efforce de respecter l'ordre de la journée, on a eu des choses assez étonnantes, puisque l'amitié et l'amour comme vecteur de non prise du droit et donc d'inapplication du droit ont été envisagés. Il en va de même pour la violence dans la perspective du droit humanitaire. La Constitution a été un grand moment, plusieurs communications ayant en effet porté sur cet objet d'importance mais qui est parfois inappliqué. Des questions comme l'interruption volontaire de grossesse et une référence au mariage des couples du même sexe ont été travaillées. Le handicap a également fait l'objet d'une intervention. De manière plus générale, de multiples situations de non-application de la règle de droit ont été passées au crible de vos analyses : l'inaction administrative, le défaut de poursuite pénale, l'absence de sanction, le non-déclenchement des procédures européennes en constatation de manquement, l'inaction dans le cadre du recours comme une hypothèse d'inapplicabilité, le non-respect des décisions comme hypothèse d'inapplicabilité et, dernier élément, le défaut d'accès au procès comme inapplicabilité du droit.

Voilà les objets tels qu'ils ont été décrits dans la journée, là encore avec une extraordinaire variété.

La troisième clé d'entrée permet de présenter les interventions de la journée de manière sans doute plus intéressante encore. Elle porte sur les différentes modalités d'inapplication. Il s'agit ici de se représenter la palette en quelque sorte de l'ensemble des voies empruntées pour conduire à une inapplication du droit.

Voilà ce que j'ai entendu – je ne prétends pas être complet, mais j'ai quand même essayé de faire très attention : l'illégalité, bien sûr, serait une des modalités principales de l'inapplication. Il y a aussi la distinction entre l'inapplication temporaire et définitive qui a paru parfois être un point très important de clivage entre ce qui devait être admis ou non. Il en va de même pour la distinction entre l'inapplication implicite et celle explicite. Autre distinction très importante, l'inapplication volontaire et celle involontaire avec des traitements juridiques radicalement différents sur le terrain notamment de la tolérance. La question de l'inapplication quand elle est gouvernée par des considérations d'opportunité a été également travaillée. L'inapplication a aussi été déclinée de manière très détaillée sous la figure de l'inaction, celle du défaut de sanction, celle de la désuétude (le mot n'a pas été utilisé mais quand il a été question de « belle endormie » on n'en était pas très loin), celle de la non-exécution et, enfin, celle de la fiction avec l'hypothèse du procès fictif.

Pour toutes ces figures, on peut prendre chacune des voies de l'inapplication et observer comment le juriste s'efforce de mettre un point de clivage entre l'inapplication qui lui semble acceptable et celle qui ne l'est pas.

Expliquer l'inapplication du droit

J'arrive au troisième point qui est certainement le plus difficile à traiter. Expliquer l'inapplication du droit, c'est prendre le temps de comprendre en quoi cette inapplication fait partie intégrante de la vie du droit. L'objectif n'est pas de cliver les bonnes et mauvaises inapplications (point précédent). Mais de les envisager toutes pour essayer de prendre la mesure explicative du phénomène étudié.

Pour cela, j'ai retenu en vous écoutant cinq entrées.

La première entrée porte sur la question de l'effectivité du droit que l'on peut enrichir par celles de l'immédiateté et de l'opposabilité de la règle de droit. La question de l'inapplication, vue sous le prisme de l'effectivité, immédiateté, opposabilité amènerait le juriste à considérer qu'une approche jusqu'au-boutiste de l'efficacité de la règle de droit ne doit pas être nécessairement recherchée et qu'un défaut d'effectivité, d'opposabilité ou d'immédiateté peut être quelque chose de souhaitable. Dans ces situations, l'inapplication permet de cloisonner des constructions juridiques (notamment à des niveaux différents – national, international et européen – ou pour des spécialités du droit différentes – droit général/droit spécial par exemple), de penser que la règle de droit ne produit pas les mêmes effets selon l'environnement ou le cas dans lesquels elle est déployée. Elle crée également des sécurités : on a besoin parfois de désactiver la règle de droit pour préserver sa raison d'être : s'appliquer à certaines situations et pas à d'autres. En un mot, la meilleure efficacité du droit n'est pas nécessairement synonyme d'efficacité maximum et une des manières de graduer cette efficacité est de recourir à l'inapplication sous toutes les formes envisagées aujourd'hui.

La deuxième entrée se veut stratégique. Si l'on envisage l'hypothèse d'une inapplication du droit, il faut pouvoir potentiellement l'intégrer sans une vision stratégique. Il y a en effet une stratégie juridique à ne pas appliquer un mécanisme du droit. Les étudiants sont souvent très choqués quand on leur dit, par exemple, que le contrat a un effet obligatoire en vertu de la règle de droit mais qu'il peut y avoir un intérêt stratégique à ne pas respecter le contrat. Le pauvre étudiant de deuxième année qui a appris, non sans efforts, l'effet obligatoire du contrat, les sanctions en cas d'inexécution et qui est pétri de cette idée qu'il faut respecter le contrat, se trouve confronté à l'occasion de son premier jour de stage à l'injonction de son maître selon laquelle il faut trouver le moyen dans un dossier précis de casser un contrat, fût-ce par le biais de sa non-exécution. N'importe quelle approche pratique du droit sait poser les termes d'une inapplication de la règle de droit : ses avantages et ses inconvénients. Comme cela a été dit à titre liminaire, le droit n'est de toute façon jamais très loin. Le défaut de respect d'une règle de droit enclenche très souvent l'application d'une autre règle de droit. L'inapplication du droit fait partie de la vie du droit et nourrit à ce titre des ambitions stratégiques.

La troisième entrée est piègeuse. C'est celle de l'interprétation. On a notamment buté sur cette entrée à propos des questions constitutionnelles. Je vais vous donner un avis. Je ne vous dis pas que c'est très réfléchi, mais c'est mon sentiment. Mon intuition est que si l'on essaie de recouper application, inapplication et interprétation, l'interprétation a vocation à s'approprier totalement le sujet. Tout acte d'interprétation peut conduire à une application ou une inapplication de la règle de droit. On ne peut donc utiliser la clé de l'interprétation comme un point de clivage entre ce qui serait l'application et l'inapplication. En gros, l'interprétation surplombe la distinction application-inapplication. Cela veut dire que c'est un autre sujet. Or il faut toujours veiller à ne pas se faire voler son sujet... par un autre sujet. Il faut donc évacuer toute idée que l'interprétation permet d'expliquer l'inapplication du droit plutôt que son application, ou inversement. L'interprétation est potentiellement partout présente.

On en arrive aux deux derniers points qui sont les plus importants pour moi : l'acceptabilité et la praticabilité du droit.

La quatrième entrée porte, en effet, sur la question de l'acceptabilité. Au fond, on peut chercher à expliquer l'application ou l'inapplication du droit par la capacité à accepter ou à ne pas accepter les effets inhérents à l'application de cette règle de droit. Dans cette approche par l'acceptabilité, il y a des éléments qui relèvent de choses totalement étrangères au droit. J'ai fait une allusion précédemment à la sociologie, on peut penser également à la psychologie, l'économie, la politique ou encore (sans doute le plus important) la philosophie (etc.). Mais les constructions du droit sont à même d'échafauder des dispositifs pour servir cette inapplication du droit en cas de défaut d'acceptabilité. L'exemple le plus magistral qui a été traité aujourd'hui est incontestablement celui de l'objection de conscience : quand le droit donne au sujet le pouvoir de décider de la non-application de la règle de droit. Au-delà de cet exemple précis, de très nombreux scénarios de non-application du droit présentés aujourd'hui peuvent trouver une explication dans le défaut d'acceptabilité. Le juriste ne peut ignorer le fait de résistance à la règle de droit. Il doit être capable de l'intégrer à ses constructions en questionnant la raison d'être de la règle de droit.

La dernière entrée est celle de la praticabilité du droit. Qu'est-ce que cela veut dire ? La praticabilité du droit, c'est la capacité du droit à se saisir de réalités. Il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles le défaut d'application de la règle de droit s'explique par son impossibilité à trouver des points d'accroche, des points de concrétisation dans les réalités que le droit est censé appréhender. Ces inapplications tiennent pour des raisons de fait ou de droit (je ne suis pas du tout satisfait de cette opposition, mais je l'utilise à dessein pour vous rassurer : on est encore dans le monde du droit !).

Pour les raisons de fait, il arrive assez souvent que la règle de droit ait une représentation des réalités auxquels il s'applique qui ne correspond tout simplement pas à la réalité. Le droit a une vision de la réalité qui n'est pas la réalité ou, en tout cas, qui en est beaucoup trop éloignée. Bien entendu, le droit peut construire son propre monde, sans qu'aucune réalité objective ne s'impose définitivement à lui (c'est en tout cas notre approche positiviste). Par ailleurs, des voies, comme l'interprétation, permettent de forcer le passage entre les réalités juridiques et extra-juridiques. Mais parfois, ça ne marche pas. Ce défaut de praticabilité factuelle de la règle de droit explique certains cas d'inapplication. Je ne prendrai qu'un seul exemple : la proclamation de droits fondamentaux foulés régulièrement aux pieds pour défaut de praticabilité (exemple français, du droit au logement ou international, du droit à circuler partout dans le monde, etc.). Les situations de ce type doivent nous faire réfléchir. Un bon praticien du droit a toujours une intelligence factuelle de son dossier avant d'en avoir une lecture strictement juridique. Sur le terrain de la théorie juridique, il serait souhaitable que nos lieux de savoir s'imprègnent d'approches *a priori* et modales du droit qui nous aident, nous juristes, à expliciter la manière dont nous concevons les réalités auxquelles le droit s'applique⁵. Cet effort d'explicitation de nos représentations des réalités du droit nous permettrait d'entrer en discussion avec les autres disciplines des sciences dures, humaines et sociales, beaucoup plus largement que nous ne le faisons aujourd'hui. Le fait est que les juristes sont, pour leur très grande majorité, totalement absents des débats publics. Il faut que cela change et c'est à nous de développer des approches externes sur le droit !

Sur un terrain plus strictement juridique de la praticabilité, l'inapplication du droit peut être souvent comprise comme l'expression d'un acte de volonté. Or cet acte de volonté a souvent une dimension juridique. Le droit va donner à un individu, une personne morale, une administration, un juge, un État, une institution internationale ou européenne (etc.), le pouvoir de décider ou non de la mise en œuvre pratique de la règle de droit. Ce pouvoir peut être discrétionnaire ou étroitement contrôlé, nous l'avons vu. Mais il est souvent l'expression d'une règle de droit. Une fois de plus : l'inapplication comme l'application du droit font partie intégrante de la vie du droit et cette vie du droit est intimement liée à sa pratique.

⁵ Pour un plaidoyer en ce sens à propos de phénomènes complexes de circulation inter-territoriale (projet IFITIS), voir notre chronique, *Quelle approche des phénomènes par le droit ? Le cas de la circulation totale au-delà du contrôle*, Recueil Dalloz, 2017, n° 44, p. 2546.

En guise de conclusion... aux conclusions

Pour conclure, je voudrais me faire l'avocat – si j'ose dire – de la nécessité pour l'université d'investir plus qu'elle ne fait aujourd'hui les champs théoriques de la pratique juridique, ce que l'on appelle de manière savante « la praxéologie » et, de manière sans doute plus simple, « la théorie de la pratique ». La modélisation abstraite de la pratique – comme ici avec la belle figure de l'application du droit – doit être notre préoccupation permanente et il faut se méfier de toutes ces abstractions juridiques qui n'ont qu'un but : nous couper du réel. Il faut se méfier, non pas de Kelsen, mais de l'utilisation qu'on en fait. Kelsen, esprit prodigieusement intelligent avait bien sûr en vue une réalité pratique quand il a construit son objet magistral. Déconnecter sa théorie de cet objet et le faire tourner, comme on fait tourner un algorithme incontrôlé, sur des objets aléatoires qui n'ont potentiellement rien à voir avec l'approche originelle, ça, c'est de la pure folie !

Je vous remercie.