

Bordes, Elodie. (2018), *Le silence et le droit : Recherches sur une métaphore*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Collection Dikè, 230 pages.

Hugo Cossette-Lefebvre*

Cet ouvrage d'Élodie Bordes se présente comme une étude sur la place qu'occupe le silence dans le droit, mais, plus profondément, l'auteure y défend une approche réaliste et pragmatique du droit au travers d'une réflexion interdisciplinaire combinant philosophie du langage, philosophie des sciences et philosophie du droit.

L'argument principal de l'ouvrage se déploie en réponse à la perte de sens du droit qui découle, pour l'auteure, de deux états de fait. D'abord, cette perte serait inhérente à l'usage même du langage¹, ce qui s'observe de deux façons. Cela se manifeste premièrement par la signification que l'on peut parfois associer au mutisme des différents opérateurs juridiques (incluant la figure du juge, du citoyen, du justiciable et du législateur)² en ce sens que l'acte de se taire peut en soi être porteur d'une signification. On peut notamment penser au fait que, pour certains auteurs, lorsque les juges rendent un jugement, ils devraient avoir l'obligation de taire leurs opinions personnelles pour se ranger sous l'autorité de la loi imposée par le législateur. Conséquemment, on considère traditionnellement que les juges se doivent de limiter leurs raisonnements à des justifications

* L'auteur est étudiant au doctorat en philosophie (Université McGill).

¹ Elodie Bordes, *Le silence et le droit : Recherches sur une métaphore*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Collection Dikè, 2018, p. 10.

² *Ibid*, p. 38-46.

sylogistiques basées sur la lettre de la loi³. Ainsi, ne considérer que ce qui est dit explicitement dans le droit revient à perdre de vue la signification de ces silences des opérateurs juridiques qui, dans ce cas-ci, nous informent sur la place qu’occupent les juges par rapport aux législateurs. Deuxièmement, cette perte langagière se manifeste par l’indicible qui est présent au sein même du droit. Ici influencée par la pensée de Wittgenstein⁴, Bordes soutient qu’à partir de la prémisse suivant laquelle le droit ne peut s’exprimer que sur ce qui appartient à sa propre logique, il demeure possible de l’étudier « en creux », de considérer ce sur quoi il reste muet, pour mieux en comprendre la logique interne.

Ensuite, Bordes ajoute que la perte de sens du droit découle également d’une perte de sens socio-historique liée à la technicisation grandissante du droit. Cette technicisation s’illustre par une transformation de la fonction du droit, qui n’est désormais plus compris comme une fin, comme l’expression d’une volonté générale démocratique, mais davantage comme un moyen au travers duquel les opérateurs juridiques tentent d’accorder les différentes sources du droit⁵. Il importe donc pour Bordes de recentrer notre compréhension du droit pour saisir le sens de cette évolution contemporaine.

Dans cet ouvrage, l’auteure s’applique à utiliser la métaphore du silence pour résister au positivisme exclusif ou normatif qui est souvent perçu comme une réponse naturelle à ces deux pertes. Les approches qui se réclament de ce type de positivisme : « [appréhendent] le droit comme un système normatif hiérarchisé qui comporte des normes produites par les règles constitutives et selon des procédures déterminées⁶ ». Bordes se distancie en conséquence des auteurs tels que Kelsen, Hart, Waldron et Raz, préférant se rapprocher d’auteurs néo-constitutionnalistes ou s’associant au positivisme inclusif tels que Vittorio Villa, Wilfrid Walluchow et Luigi Ferrajoli. Pour l’auteure, alors que les premiers répondent aux pertes

³ Une obligation qui a, en un certain sens, disparu dans le contexte contemporain, comme il est discuté ci-bas.

⁴ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus-logico-philosophicus*, Paris, Gallimard, 2001.

⁵ Eordes, E. (2018), *Le silence et le droit : Recherches sur une métaphore*, Québec, Les Presses de l’Université Laval, Collection Dikè, p. 12-14 et 53-54.

⁶ *Ibid.*, p. 124-125.

du sens du droit en le réduisant à une démarche déductive qui met l'accent sur la dimension explicite des règles juridiques, les seconds permettent de voir comment des considérations morales externes peuvent être incluses au sein même du droit et arrivent subséquemment à offrir une présentation plus convaincante de la pratique ordinaire du droit. Les approches positivistes qui se concentrent sur la dimension explicite, exprimée du droit, sont, pour elle, décalées par rapport à la pratique du droit qui ne peut être complètement comprise sans considérer ses silences, ce qu'elle contient d'implicite, de tacite et d'inexprimé.

Le livre est divisé en deux parties distinctes pour soutenir cette position. La première se penche sur le silence présent dans la pratique du droit et suit l'évolution du droit français du début du droit républicain jusqu'à l'époque contemporaine. Bordes y montre comment on est passé du paradigme du droit imposé, où la pratique juridique se limite à des raisonnements syllogistiques pour appliquer la loi qui est imposée par le législateur de manière fidèle⁷ au paradigme du droit négocié. Ce second paradigme témoigne de la perte du monisme législatif dans le contexte contemporain; la loi n'émane plus d'un seul souverain, mais on doit maintenant composer avec la réduction de la capacité législative du Parlement, l'augmentation constante de la réglementation provenant de l'Union Européenne et la montée en puissance des experts au sein des ministères⁸. Bref, on doit composer avec une pluralisation grandissante des sources mêmes du droit. Si une plus grande dimension comparative aurait été importante ici pour discuter à quel point ce constat s'applique à d'autres pays de tradition civiliste, voire de droit commun, cette étude a néanmoins l'avantage de présenter de manière convaincante comment il est désormais nécessaire de voir le rôle des juges comme un rôle créatif, même dans le contexte civiliste français. Bordes montre en effet que c'est à cette figure juridique qu'il revient de « coudre ensemble » les différentes législations et réglementations éparées. Ainsi, le silence s'est déplacé; il n'est plus prédominant dans le fait que les juges doivent s'effacer pour devenir des vecteurs de la volonté d'un législateur, mais il se manifeste principalement

⁷ Eordes, E. (2018), *Le silence et le droit : Recherches sur une métaphore*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Collection Dikè, p. 21-54.

⁸ *Ibid.*, p. 53.

désormais dans la marge d'interprétation laissée au juge, la figure à laquelle il revient d'harmoniser des lois provenant de différentes sources⁹.

Bordes approfondit ce constat dans la seconde partie de l'ouvrage qui contient le gros de la réflexion théorique. Elle y utilise les thèses d'Hilary Putnam en philosophie des sciences pour développer l'argument central du livre qui rejette la neutralité du discours juridique. Brièvement, suivant Putnam, il faut se défaire de la distinction entre fait et valeur, deux notions inséparables puisqu'on ne peut jamais accéder à un point de vue neutre¹⁰ : les jugements de valeur sont pour lui présupposés, quoique souvent passés sous silence, dans toute connaissance. Concernant les discours juridiques, Bordes argumente par analogie en faveur d'une approche pragmatique apte à saisir cette interrelation entre fait et valeur. Il est central pour elle de prendre en compte la manière dont les différents opérateurs juridiques expriment leurs attentes et leur volonté au travers du droit¹¹. Le discours juridique apparaît dès lors comme une raison pratique, incluant valeurs et positions morales, ancrée dans un contexte social, et non pas comme un discours technique neutre, reposant simplement sur une application mécanique des lois.

S'il existe certaines limites au raisonnement par analogie, l'auteure en comble les lacunes par une analyse de l'implicite et tacite du droit qui vient supporter le raisonnement esquissé ci-haut. Par ce qu'elle nomme « le tacite », Bordes montre l'importance des règles non écrites qui sous-tendent les règles de droit verbalisées, comme les conventions et les coutumes constitutionnelles¹². L'implicite réfère quant à lui à la voix qui fonde la dimension performative de « l'acte de langage juridique¹³ ». Selon l'auteure : « ce qui fait suivre une règle est un système de croyances développé autour de la règle par un contexte d'énonciation : une communauté langagière et une habitude

⁹ Eordes, E. (2018), *Le silence et le droit : Recherches sur une métaphore*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Collection Dikè, p. 67-68.

¹⁰ Hutnam, Hilary. (1981), *Reason, Truth and History*, Cambridge, Cambridge University Press.

¹¹ Eordes, E. (2018), *Le silence et le droit : Recherches sur une métaphore*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Collection Dikè, p. 159.

¹² *Ibid.*, p. 170.

¹³ *Ibid.*, p. 186.

d'action¹⁴ ». En ce sens, les règles juridiques découleraient de procédures réductibles à un jeu d'offre et de demande de raisons socialement situé. En d'autres mots, pour Bordes, le droit n'est pas un « arrière-monde » ou la manifestation d'un « devoir-être ». L'auteure plaide plutôt pour sa réinscription dans les relations réelle que l'on retrouve dans le monde¹⁵. La nature même des règles juridiques justifie le fait de comprendre le monde juridique comme une activité sociale toujours en développement et inscrite dans une continuité qui, implicitement, lui donne sa force normative. L'étude de l'indicible, du tacite et de l'implicite devient ainsi un plaidoyer pour une approche pragmatique du droit qui redonne vie à sa pratique ordinaire avec tous les non-dits qui en régissent l'évolution et qui sont mobilisés par les opérateurs juridiques. De cette manière, Bordes comprend son ouvrage comme une tentative de consolation devant les pertes de sens du droit, en tant qu'au travers de ces pertes il est possible de retrouver toute la richesse de la pratique juridique.

Bien que l'argument soit convaincant et bien ficelé, une dimension davantage critique aurait cependant été pertinente pour voir si cette approche pragmatique n'est finalement qu'une consolation devant une situation en soi critiquable. Notamment, on peut se demander si la technicisation du droit ne représente pas une forme de rupture du lien qui unit le droit et la communauté politique dans lequel il est déployé du fait qu'il dilue le rôle et l'importance des citoyens et de leurs représentants élus dans son élaboration. À ce sujet, Bordes mentionne que, sous le paradigme du droit négocié, la transparence et la gouvernance prennent le pas sur la participation électorale, comme en témoigne le déclin plus ou moins constant des taux de participation¹⁶. Or, pour Bordes, ce ne serait pas nécessairement le symptôme d'un déclin démocratique, mais cela témoignerait de l'émergence d'une forme de démocratie civile; une forme de démocratie qui passe par la mise en place de nouveaux corps intermédiaires permettant de nouvelles formes de participation des citoyens aux prises de décisions politiques et juridiques¹⁷.

¹⁴ Eordes, E. (2018), *Le silence et le droit : Recherches sur une métaphore*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Collection Dikè, p. 187.

¹⁵ *Ibid.*, p. 190.

¹⁶ *Ibid.*, p. 92-97.

¹⁷ *Ibid.*, p. 98.

Néanmoins, ici, on est en droit de se demander s'il ne s'agit pas d'une diminution de l'importance du citoyen, qui n'est plus compris comme la source finale de la légitimité politique et légale, mais qui devient simplement un acteur parmi tant d'autres, acteur ayant d'ailleurs une influence discutable vu qu'il est raisonnable de supposer qu'il joue à armes inégales avec (voire parfois contre) les autres opérateurs juridiques qui sont vraisemblablement plus à même de connaître les règles tacites et implicites qui régissent le monde juridique. Bref, une réflexion plus approfondie sur la signification de cette évolution contemporaine du droit aurait été nécessaire pour développer davantage la question des implications politiques et démocratiques de cette position. En effet, on se demande au final si la consolation que nous offrent le silence du droit et l'approche pragmatique qui l'accompagne n'est pas, en fait, une forme de résignation devant la technicisation du droit.