

En marque épistolaire, la déférence opère au fondement du droit.

Gilles J. GUGLIELMI
Professeur de droit public

« Le système juridique européen ... définit comme un attribut politique souverain le pouvoir de dire en quoi consiste le rapport de signification entre le mot (verbum) et la chose (res). » Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en occident*, Fayard, 1999, p. 213.

Introduction

L'attitude du juriste positiviste face à une notion qui, de prime abord, ne semble pas être une notion juridique peut être d'une double nature. La première consiste à se situer « en aval » et à se demander si cette notion est susceptible d'être appréhendée par le droit, c'est-à-dire si le système de droit est capable de prendre cette notion pour objet, de la qualifier et de lui dessiner un régime juridique. Elle est évidemment privilégiée par la science juridique contemporaine, car elle permet de définir un champ de réflexion à la fois technique, positif et clos. La seconde, moins fréquemment explorée par les théoriciens du droit, est de rechercher « en amont » du droit, dans cette notion, des éléments explicatifs de l'existence et du fonctionnement du système juridique¹.

Ces deux attitudes ne peuvent d'ailleurs pas être absolument séparées si on admet que le droit est un système autopoïétique. Car lorsque l'une des notions qui influencent la production du droit est simultanément prise comme objet juridique, il est inévitable que, par un effet de retour et de boucle, sa propre influence sur le système de droit soit modifiée.

C'est en partant de la première attitude qu'a été progressivement introduite dans le système juridique la notion, voisine de la déférence, de dignité. Cette appropriation fut réalisée originellement par le biais de la notion d'honneur, en droit administratif² comme en droit privé³. Le droit à l'honneur ainsi consacré constituait un élément essentiel de la dignité humaine avant qu'une expression récente de la jurisprudence

¹ Lorsque ces deux démarches prennent exclusivement pour objet des normes, elles se retrouvent dans la distinction entre sources formelles et sources matérielles du droit.

² Conclusions du commissaire du gouvernement Chardeau sur CE, 8 déc. 1948, Epoux Brusteau : *Rec. CE*, p. 465 ; *RD publ.* 1949, p. 228, concl., note Jèze.

³ Le fondement peut couramment être la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dont l'article 29 définit ainsi le délit de diffamation : "Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé" (cf. François TERRE et Dominique FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 6e éd. 1996, p. 84 ; Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1996, p. 398).

administrative⁴ fasse directement de la protection de la dignité de la personne humaine l'une des composantes de l'ordre public.

Le législateur français a, lui aussi, été amené à prendre directement la dignité pour objet juridique. Une exemple significatif en est donné par la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication : "La communication audiovisuelle est libre. L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et d'autre part la sauvegarde de l'ordre public"⁵. Mais la matière pénale n'est pas en reste : le nouveau code pénal utilise en effet la notion de dignité pour définir certaines incriminations⁶. Et le droit administratif en avait fait depuis longtemps un élément du respect dû à la mission de service public et à ceux qui l'ont assumée⁷.

C'est bien plus encore dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que le respect de la dignité a été l'objet de qualifications juridiques essentielles⁸. La jurisprudence européenne la plus récente témoigne d'un renforcement de l'exigence de respect des contours juridiques objectifs de la dignité de la personne humaine⁹. Néanmoins, cette dernière instance juridictionnelle n'entend pas se substituer aux juridictions nationales dans l'appréciation des concepts juridiques et de leurs fondements nationaux. La déférence, comme la dignité, restent au premier chef des qualifications maîtrisées par chaque juge national¹⁰. On remarquera aussi à cette occasion que l'ordre juridique communautaire offre apparemment moins de prise à de tels développements. Le préambule du traité CEE se contente de rechercher

⁴ CE ass. 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence : *Rec. CE*, p. 372, concl. Patrick Frydman ; *AJDA* 1995, p. 942, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, p. 878.

⁵ On en trouvera des illustrations dans le régime des sanctions administratives liées à cette loi : CE, 20 mai 1996, Sté Vortex : *AJDA* 1996, p. 711 ; 19 mars 1997, Association Ici et Maintenant : *AJDA* 1997, p. 633.

⁶ Discriminations en tant qu'atteintes à la dignité de la personne (Code pénal, art. 225-4), conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne (art. 225-16).

⁷ Selon l'article L. 1 du Code des pensions civiles et militaires de retraite, "le montant de la pension [...] garantit en fin de carrière à son bénéficiaire des conditions matérielles d'existence en rapport avec la dignité de sa fonction". Voir aussi l'application des dispositions de l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 par un décret n° 95-168 du 17 février 1995 qui interdit aux fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement leurs fonctions l'exercice d'activités privées qui, par leur nature ou leurs conditions d'exercice et eu égard aux fonctions précédemment exercées par l'intéressé, porteraient atteinte à la dignité de ces fonctions.

⁸ CEDH, 26 mars 1985, *Y. c/ Pays-Bas*, série A, n° 91, § 27 ; CEDH 22 novembre 1995, *C. R. c/ Royaume-Uni*, série A, n° 335-C, V. Berger, *Jurisprudence de la CEDH*, Sirey, 1998, n° 105.

⁹ Jean-François FLAUSS, « Actualité de la CEDH », *AJDA* 1995, p. 203, et 1996, p. 1015.

¹⁰ CEDH, 24 février 1994, *Casado Coca c/ Espagne*, série A, n° 285, § 55. « Les autorités ordinales ou les cours et tribunaux du pays se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu : les impératifs d'une bonne administration de la justice, la dignité de la profession, le droit à toute personne à recevoir une information sur l'assistance juridique et la possibilité pour un avocat de faire de la publicité pour son cabinet. »

l'établissement d'un « idéal de paix et de liberté ». Mais « la dignité, la liberté et l'égalité fondamentale des hommes quelles que soient leur condition, leur race et leur religion », qui figuraient pourtant dans l'avant-projet de traité élaboré en 1953 par l'assemblée *ad hoc* instituant une Communauté européenne n'ont pas été conservées au nombre des valeurs à sauvegarder.

Enfin, au plus haut niveau de l'ordre juridique français, le Conseil constitutionnel a reconnu il y a peu un nouveau principe à valeur constitutionnelle relatif à « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation »¹¹. La construction d'un tel objet juridique n'est d'ailleurs pas sans conséquence pratique : il en est résulté rapidement par exemple « que la possibilité pour toute personne d'obtenir un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle »¹².

Bien sûr, la juridicisation d'un tel objet n'est ni simple ni univoque, ce qu'ont souligné à loisir de nombreux commentateurs aux points de vue disciplinaires pourtant différents¹³. Mais à tourner son regard vers la déférence, le constat vient immédiatement que cette notion relevant de champs analogues n'a pas été saisie par le système juridique d'une façon aussi directe, aussi cohérente et aussi générale que celle de dignité¹⁴. Autant il est aujourd'hui admis que, dans certaines conditions, le droit protège les personnes contre les **atteintes à la dignité, à l'honneur et à l'image**, autant il n'y aurait aucun sens à rechercher une protection contre les atteintes à la déférence. La déférence n'est pas en ce sens un objet juridique, elle n'est pas une qualité, ni un droit extra patrimonial attaché au sujet de droit auquel on s'adresse. Elle traduit au contraire l'initiative et le point de vue de celui qui s'adresse à un sujet de droit. La seule approche juridique possible dans cette objectivation juridique de la déférence consisterait à rechercher en quels cas le manque de déférence est constitutif d'atteinte aux qualités précédemment évoquées, honneur, image, dignité¹⁵. Ce travail, quoique non dénué d'intérêt se

¹¹ Déc. n°s 94-343 et 94-344 DC du 27 juillet 1994 relatives aux lois sur la bioéthique (JO 29 juillet 1994, p. 11024 et ss. ; *RD publ.* 1994, p. 1648, note F. LUCHAIRE ; *RD publ.* 1995, p. 51, chron. D. ROUSSEAU ; *RFDA* 1994, p. 1019, note B. MATHIEU ; *D.* 1995, jur. p. 237, note B. MATHIEU).

¹² Déc. n° 94-359 DC du 19 janvier 1995 : *Rec. CC.*, p. 176 (7^e considérant) ; B. MATHIEU, *Petites Affiches* 7 juin 1995, n° 68 ; B. JORION, « L'objectif constitutionnel d'obtention d'un logement décent », *AJDA* 1995, p. 455.

¹³ Bertrand MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *D.* 1996, chron. pp. 282-286 ; « Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain », *RD publ.* 1999, pp. 93-111. Hugues MOUTOUH, « La dignité de l'homme en droit », *RD publ.* 1999, pp. 159-196. Benoît JORION, La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RD publ.* 1999, pp. 197-234. V. SAINT-JAMES, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *D.* 1997, p.64 ; Claudine HAROCHE, Remarques sur les incertitudes et les ambiguïtés du droit à la dignité », *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF-CURAPP, 1996, p. 230 ;

¹⁴ Ce premier point de vue est envisagé et détaillé dans l'étude de Geneviève KOUBI (cf. *infra*).

¹⁵ L'attitude du fonctionnaire dans sa vie privée, voire son apparence physique peuvent constituer des comportements fautifs, en tant qu'ils apparaissent incompatibles avec la dignité de certaines fonctions (CE, 21 février 1968, Aubertin : *Rec. CE.*, p. 122.). Dans ces domaines « déontologiques » où les règles,

heurterait plusieurs écueils. Le premier serait de se borner à une étude de technique juridique. Le second, de se trouver bien en peine de définir ce qu'on entend par déférence dans différentes situations contentieuses. A tout le moins, exception faite de la fonction publique, rares seraient les cas où la déférence serait expressément évoquée. Une autre vision des choses, dès lors, doit donc être proposée.

Des marques de déférence épistolaires

Un point de départ pour cette vision « inversée » de la déférence peut être trouvé dans la correspondance administrative. Afin d'en considérer la quintessence, et sans prétendre nullement à quelque étude statistique ou exhaustive, le choix arbitraire retenu a été de sonder les courriers entre un ministère et ses fonctionnaires publics, au XIX^{ème} siècle, époque où la centralisation administrative était très forte.

Cette correspondance n'est pas celle, très impersonnelle, qui est constituée des circulaires ou notes de service reproduite en de multiples exemplaires, mais celle qui est adressée à personne déterminée. Les fonds servant ici d'exemple sont quelques archives du ministère de l'Instruction publique, et plus précisément, celles qui concernent des dossiers personnels et des demandes de places¹⁶.

A la différence de la correspondance par circulaire, qui est régie par des règles et des termes spéciaux (timbre, référence, objet, attache etc.), la correspondance administrative personnalisée se présente en la forme d'une lettre classique. Il est déjà remarquable que la déférence fixe les bornes de la lettre elle-même. La lettre commence en effet par la désignation du destinataire sous l'appellation qui est la plus apte à indiquer la place, le rôle, la distinction de ce dernier, c'est-à-dire par son titre¹⁷. Elle se termine par la formule de politesse, qui selon l'usage, est codée suivant une gradation qui doit se rapporter à la valeur du titre¹⁸. Entre les deux affirmations de la place du destinataire s'étend l'espace de l'expression de l'émetteur.

Pour éviter les effets liés à une éventuelle subordination, on peut examiner tout d'abord une lettre de recommandation adressée par un ministre¹⁹, celui du Commerce et

non codifiées, ne sont pas toujours écrites, il n'est pas impossible que le juge administratif admette le bien-fondé d'une sanction disciplinaire sans texte.

¹⁶ On pourra consulter par exemple : AN F17.13556 (Chaires de droit au Collège de France) ; F17.1418 et 1419 et F17.13111 à 13115 (Demandes de chaires dans les Facultés) ; les dossiers individuels relatifs aux missions scientifiques et littéraires F17.2933 à 3014 ; ou plus généralement les dossiers du personnel de l'Instruction publique F17.20001 à 21894 ou F17.23159 à 23172.

¹⁷ Dans ces correspondances manuscrites, et bien qu'il s'agisse souvent de copies, la calligraphie du titre du destinataire est toute particulière. Plus ample que le texte qui le suit, elle est réalisée avec une plume différente et ornée de majuscules impressionnantes.

¹⁸ De manière frappante, la définition du mot « déférence » par le dictionnaire Robert (éd. en 7 volumes, Paris, 1976) est « considération respectueuse », locution qui constitue une formule épistolaire classique. Dans les détails, l'usage a beaucoup varié. Il n'est que de consulter les manuels pratiques de correspondance pour s'en convaincre, et peut-être encore plus significativement les manuels de savoir-vivre qui contiennent une synthèse des usages épistolaires.

¹⁹ D'Argus, lettre du 23 mai 1832, A.N. F17.13556.

des travaux publics à un autre ministre, celui de l'Instruction publique. Les deux hommes sont dans un strict rapport d'égalité juridique, car ces deux autorités administratives ont des compétences différentes et des rangs identiques. Néanmoins, pour des raisons politiques, le ministre de l'Instruction dispose d'un prestige certain²⁰ et surtout, le ministre du Commerce et des travaux publics est en position, non pas tout à fait de demandeur, mais en tout cas d'intervention, dans un rôle qui ne lui est pas assigné par les textes.

Le ministre intervenant utilise tout d'abord le conditionnel pour décrire l'évolution des faits. Cette façon de procéder a pour effet de ménager au destinataire une marge de manœuvre dans son appréciation et constitue la reconnaissance implicite du pouvoir de décision ce dernier. « Si le cours d'économie politique *était* changé en un cours d'administration générale », avance le ministre intervenant. Or il s'agit d'une chaire au Collège de France, dont le principe même est que le sujet de la chaire soit adapté au titulaire pressenti. Les faits sont donc certains et nécessairement liés au choix de la personne nommée. Le ministre du Commerce le sait, mais il réserve la plus grande possibilité de réponse.

Dans la continuité de la phrase, ce dernier ajoute « je *prendrais la liberté* de vous recommander Monsieur Macarel²¹ ». Prendre la liberté est la formule la plus adaptée à la situation. Le ministre du Commerce et des travaux publics ne dispose pas en effet du pouvoir de proposer un candidat au ministre de l'Instruction publique, car seule l'assemblée des professeurs du Collège de France pourrait le faire. Cette locution marque la conscience qu'a le ministre du Commerce de réaliser une intervention ainsi que la volonté d'en assumer la paternité sans exercer de pression sur le destinataire. Elle indique l'acceptation par avance de la décision du ministre de l'Instruction publique et ne présage d'aucune suite de la part de l'intervenant.

La réponse du ministre de l'Instruction publique²² est ferme quant au fond, mais elle réserve aussi des marques de déférence en la forme. Il prend en compte l'intervention du ministre du Commerce, puisque celle-ci aboutit à un ajournement de la présentation. Tout d'abord, Guizot maintient la fiction, marquée cette fois par un subjonctif, de l'éventualité entourant les circonstances de fait de la nomination. Il répond ainsi « en attendant qu'il y ait lieu de pourvoir à cette vacance, soit que le cours d'économie politique *doive* être maintenu²³, soit qu'un Cours d'administration générale lui *doive* être substitué ». D'autre part, il utilise dans la suite immédiate de la phrase des termes « positifs », qui montrent eux aussi que l'intervention est formellement prise en compte, même s'il est clair qu'elle n'a aucune chance d'être couronnée de succès : « j'ai pris note de la recommandation que vous m'avez adressée afin de *l'examiner* dans l'occasion avec *l'intérêt* qu'elle *mérite* ».

²⁰ Il s'agit, tout de même, de Guizot.

²¹ Macarel était conseiller d'Etat et successeur du premier professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Paris, mais il éprouvait quelque difficultés de reconnaissance du fait qu'il n'était pas titulaire du grade de docteur.

²² Lettre du 28 novembre 1832.

²³ Il s'agissait de la chaire de Jean-Baptiste Say, décédé.

Les marques de déférence caractéristiques se retrouvent amplifiées lorsque l'auteur de la lettre est le demandeur lui-même.

Le conditionnel apparaît toujours en premier lorsqu'il s'agit de décrire des faits qui, au moins pour les participants à l'échange épistolaire, sont certains. Une lettre adressée au ministre de l'Instruction publique par un professeur d'une Faculté de droit de province²⁴ commence ainsi : « si la nomination au vice rectorat de Paris rendait vacante l'inspection générale des Facultés de droit ».

Il est complété par l'utilisation d'un vocabulaire qui n'engage normalement que l'analyse, l'appréciation, les prévisions du demandeur lui-même. Tout, dans cette situation, est conçu pour ne pas préjuger de la réaction du destinataire. Le pétitionnaire se réserve les hypothèses qui lui sont propres, mais simultanément il préserve le destinataire de la trop grande justesse de ses hypothèses. L'auteur de la requête « espère », demande qu'il lui « soit permis ».

Enfin, le plus souvent, l'auteur de la lettre, s'il est en position de demande pour lui-même, utilise la forme interrogative directe pour énoncer précisément sa demande. Dans l'exemple cité, la suite de la phrase est : « me serait-il permis d'espérer que votre Excellence me proposerait au choix de sa Majesté pour remplir cette fonction ? ». En revanche, lorsque la demande doit être faite dans l'exercice normal de compétences administratives, l'auteur de la lettre la rédige au présent de l'indicatif, mais il l'entrecoupe par le rappel du titre du destinataire. Ainsi, un Recteur qui adresse au ministre une proposition de nomination, ou de confirmation dans une fonction, peut écrire : « je vous prie, Monsieur le ministre, de vouloir bien maintenir M. X. dans cette fonction » ou encore « je ne vois donc, Monsieur le Ministre, aucun inconvénient à ce qu'il prenne le congé dont il a besoin, et je viens, Monsieur le ministre, vous prier de vouloir bien approuver cette mesure »²⁵.

Le conditionnel, ainsi augmenté de la forme interrogative directe et appuyé sur un lexique prospectif personnalisé, laisse intacte la sphère de compétence du destinataire et n'impute qu'au demandeur la responsabilité de l'analyse qui sert de base à la demande. Néanmoins, parce que cette façon de faire est parfaitement volontaire, elle traduit la connaissance par le demandeur du cadre normatif fondamental à l'intérieur duquel se situent ses rapports avec le destinataire.

De ces remarques ponctuelles, deux idées peuvent venir qui restent, bien sûr, à tester. La première est que les marques de déférence composent un code de reconnaissance. La vérification est possible et elle sera d'autant plus aisée dans un domaine aussi formalisé que les usages épistolaires dans un contexte administratif au 19^{ème} siècle. Mais une seconde idée peut naître, selon laquelle la déférence est un élément explicatif pertinent pour comprendre le fonctionnement du rapport juridique lui-même.

²⁴ A.N. F17.20758, Lettre du 1^{er} octobre 1856 adressée par Foucart, professeur de droit à Poitiers, à Rouland, ministre de l'Instruction publique.

²⁵ A.N. F17.20758, Lettres du Recteur de l'Académie de Poitiers adressées au ministre de l'Instruction publique, en date du 19 janvier 1849 et du 10 avril 1840. On notera que l'inversion de l'adverbe dans « vouloir bien » n'est pas encore réservée, comme le soutient R. Catherine (*Le style administratif*, Albin Michel, 1981, p. 29), aux envois d'un supérieur à un subordonné.

Au fondement du droit

Cette seconde attitude, à l'inverse, invite à se placer comme « en amont » du droit, et à rechercher si la notion en cause peut influencer la production des normes juridiques, la réalisation de situations juridiques, la survenance de faits juridiques, c'est-à-dire si elle est au nombre de ce que Charles Eisenmann appelait les déterminants du droit²⁶.

La question centrale est de savoir dans quelle mesure la déférence peut déterminer soit le contenu d'une norme ou d'un acte juridique, soit un comportement constitutif de fait juridique de la part d'un sujet de droit.

De prime abord, la notion de déférence entretient immédiatement un rapport avec la notion de discrétionnalité. Le pouvoir discrétionnaire est la faculté de choisir librement ses décisions et ses actions. « La source de la discrétionnalité, c'est l'incomplète, l'imparfaite détermination l'indétermination de la réglementation juridique, — la source et la mesure »²⁷. La déférence est le plus souvent mobilisée lorsque précisément, il existe une marge de manœuvre, lorsqu'il y a discrétionnalité. Elle est une manière de démontrer que le cadre existant a été respecté, mais que dans ce cadre, qui n'est pas totalement contraignant, la liberté de décision subsiste pleinement pour tout sujet de droit.

L'hypothèse de départ est que la déférence peut être définie de manière succincte comme une acceptation de la différence entre deux sujets libres; une valorisation de cette différence, par rapport à un cadre social de référence; une traduction en un ensemble de manières d'exprimer la civilité, par des attitudes, des comportements, des paroles ou des actes.

Ainsi envisagée, la déférence est à la fois un élément indispensable à la mise en scène des liens juridiques et institutionnels et une condition d'utilisation ou de développement des rapports juridiques eux-mêmes.

Mise en scène

Lorsque la déférence entre en action, le premier effet de ses manifestations est de planter le décor normatif. Celui qui la manifeste en premier donne à voir, par là même, d'abord qu'il connaît les règles, ensuite qu'il connaît la place de l'autre parmi ces règles, enfin qu'il souhaite montrer qu'il connaît ces deux éléments. L'objectif final de ce processus est d'établir un dialogue dans le cadre de ces règles²⁸.

Une telle action possède un deuxième effet qui est lié au degré de connaissance. La conséquence d'une manifestation de déférence chez son destinataire est que ce dernier identifie que son auteur connaît les règles et la place qu'il occupe. Très logiquement, il en résulte que les participants à cet échange sont dans un rapport d'égalité quant à la connaissance du cadre normatif. Dès lors, le cadre de l'échange est

²⁶ Charles EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », *Le Droit naturel*, PUF, 1959, pp. 210 ss.

²⁷ Charles EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. II, p. 669.

²⁸ Il faut ici poser le postulat que l'objectif réel des parties est de parvenir à un résultat, sans quoi la négociation, faute de motivation, ne serait pas possible.

stabilisé, voire fixé, car, d'une part l'auteur des marques de déférence prouve qu'il accepte la place de son interlocuteur et, d'autre part, l'interlocuteur se trouve obligé de tenir sa place et de respecter celle de l'autre.

Condition des rapports juridiques

C'est là une considération tout à fait fondamentale, même si elle relève d'un postulat quant à la nature du phénomène juridique lui-même. Même dans une théorie libérale du Droit, il est impossible de présenter des rapports juridiques particuliers comme indépendants d'un ensemble de normes de référence. Les rapports entre deux sujets de droit ne peuvent pas être auto-fondés, ils se placent toujours, même en l'absence de loi impérative, sous la garantie du Droit dans son ensemble, c'est-à-dire d'un appareil de normes validées par une institution souveraine, en général dans les sociétés occidentales depuis sept siècles, l'Etat.

La déférence est alors une condition d'existence des rapports juridiques non contentieux et de leur développement, non seulement parce qu'elle met en scène la référence globale au Droit, mais parce qu'elle permet d'en faire un lieu commun dans les échanges ultérieurs, pour se concentrer sur l'essentiel : ce que l'un et l'autre des intervenants peuvent avoir à faire ensemble. Son intérêt à ce titre est de simplifier les abords sociaux et les relations sociales.

La déférence est ainsi « active ». Elle suppose déjà acquis la dignité, l'honneur, la reconnaissance de l'autre, et le cadre juridique et social de référence. Autant ces derniers éléments peuvent être la cible de revendications politiques (comme d'ailleurs la considération²⁹), autant la déférence ne peut être revendiquée. Elle prend sa source dans le for intérieur et dans la conviction que, pour entretenir un rapport à l'autre et au monde, il faut poser un cadre fixe, minimal et convenu.

Représentation des inégalités

Une question peut dès lors se poser, en raison du sens un peu vieilli pris par ce mot. La déférence a pu, dans certains lexiques, se trouver assimilée à une forme de servilité, c'est-à-dire à une situation fondamentalement inégalitaire. Quelle serait donc la part d'inégalité dans la production juridique déterminée par la déférence ? Indéniablement, le cadre juridique de référence institue un rapport déséquilibré entre les participants. C'est en quelque sorte l'hypothèse de départ. Mais il faut remarquer que la déférence ne fonctionne pas à sens unique. Tel qui, dans une occasion de la vie quotidienne, se devra d'être déférent vis-à-vis du plus ancien, bénéficiera à son tour, dans une occasion professionnelle, de la déférence d'autrui s'il exerce une fonction sociale plus valorisée que celui-ci.

Par ailleurs, la déférence entretient avant tout la dimension de l'échange. Pour le plus haut placé dans l'échelle des comportements dus, la déférence reçue est une

²⁹ Claudine HAROCHE & Jean-Claude VATIN (dir.), *La Considération*, Desclée de Brouwer, (coll. Sociologie clinique), 1998.

manifestation de ce qu'il peut faire faire à l'autre, sans en supporter les coûts. C'est une rétribution par l'affichage de la subordination.

Pour le moins haut placé, la pratique de la déférence est une optimisation des signes d'allégeance et de subordination. Le respect de cette attitude le mettra à l'abri de toute réaction imprévue ou de toute demande sortant du cadre des relations interpersonnelles ainsi convenues. C'est une garantie de sécurité juridique, dont l'un des aspects en droit communautaire européen d'abord, et en droit français ensuite s'il l'applique, est le principe de confiance légitime.

Le rapport juridique issu d'une situation fixée par des marques de déférence, cependant, n'est pas *nécessairement* inégalitaire. Il peut être de toute nature. Le but de la mise en scène du cadre normatif n'est pas de reproduire mécaniquement le cadre lui-même, car dans cette logique, le fonctionnement social — et juridique — serait vite bloqué. Aucune action de fond ne pourrait à terme avoir lieu. Bien au contraire, le préliminaire défini par la déférence a pour fonction de libérer la parole, de permettre d'aborder tous les sujets, de parvenir à tout accord rendu possible par la négociation. Et si la déférence est acceptée comme mode initial de présentation de l'un à l'autre, c'est probablement parce que l'une des parties en présence pense que le résultat de l'échange peut contribuer à modifier sa situation dans l'échelle sociale et à le placer dans une situation plus favorable dans les échanges ultérieurs.

Fondamentalement, par la déférence s'organise la représentation sociale de la différence entre soi et l'autre. A mi-chemin entre respect et conformisme, elle traduit à la fois le respect dû à l'autre, pour des raisons externes qui dépassent les affects, et l'intégration de cette dette. Elle est une présentation de soi-même à l'autre dans le cadre précis d'un lien social et juridique identifié.

Une métaphore de l'indicible

Il faut constater, enfin, que la déférence peut jouer dans certaines circonstances, au profit de ceux qui l'invoquent, le rôle de désignation de l'interdit fondateur, de rappel à la référence juridique suprême. Si on admet que « le droit est aménagé, dans son principe, en tant qu'exercice d'un pouvoir sur le langage »³⁰, le premier pouvoir exercé est certainement de définir ce qui n'est pas susceptible d'être appréhendé par le langage, de désigner l'indicible et corrélativement, de dénoncer l'impossible.

Le vocabulaire de quelques concepts juridiques courants, utilisés pour définir certains actes ou procédures juridiques, ainsi que certaines attitudes des acteurs du système juridique sont caractéristiques de ce rôle d'appel au tabou.

Dans la même famille que « déférence », le juriste est amené à utiliser le verbe « déférer » et le substantif « déferé ».

Déferer signifie « conduire à », « remettre à », « porter devant »... une autorité le plus souvent juridictionnelle. Ainsi, on défère à une Cour, à un juge. L'action ainsi désignée est à proprement parler un recours, c'est-à-dire une demande faite au juge d'exercer son office, demande fondée sur un acte précis, appelé parfois requête. Mais ce

³⁰ Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en occident*, Fayard, 1999, p. 213.

recours possède un caractère particulier. Il est comme plus solennel qu'un recours habituel. Non pas en raison de la qualité suprême du juge auquel on s'adresse, mais bien plutôt de l'importance de l'acte qu'on lui soumet, ou de l'auteur de cet acte³¹.

Ainsi, « déférer le serment », en procédure civile, c'est prendre l'initiative d'accepter par avance de s'en remettre à la parole de son adversaire si elle est exprimée sous serment. Le serment est en effet un acte particulièrement grave et solennel, ses conséquences juridiques déterminent la vérité légale. Dans cette décision de déférer le serment à son adversaire réside le rappel aux fondements mêmes du droit. En l'absence de preuve par d'autres moyens, l'honneur, le respect de la vérité des faits, l'engagement solennel de l'individu donnent un fondement au droit.

Dans le même ordre d'idées, le droit administratif français connaît le « déféré préfectoral », par lequel un préfet soumet à l'appréciation du juge administratif la légalité des actes des collectivités locales. Cette procédure particulière de recours n'est pas différente, au fond, de celle qui est accessible à tout particulier, mais elle est entourée d'un prestige spécial et ses conditions de mise en œuvre sont plus larges, à la seule condition que le recours provienne du préfet. Le déféré préfectoral est l'expression même du fait que le préfet doit passer par le juge pour contester l'acte d'une collectivité locale. Une telle distance a été voulue par les lois de décentralisation de 1982 et 1983, pour bien marquer que dorénavant les personnes publiques locales n'étaient plus sous la tutelle du préfet, qu'elles accédaient à l'autonomie. Le déféré, par son existence même, matérialise l'importance des prérogatives reconnues aux collectivités locales, personnes morales de droit public, l'égalité juridique de principe entre les organes de ces personnes et le représentant d'une autre personne juridique, l'Etat.

Mais qu'un particulier défère le serment ou que le préfet défère un acte des collectivités locales, relève de la même logique. Par la forme même de sa demande, l'acteur du système juridique reconnaît immédiatement que l'acte est inaccessible à sa seule volonté, que la valeur de l'acte déféré est au moins équivalente à la place qu'il tient lui-même dans ce système, et enfin que la contestation porte sur le contenu d'un acte considéré en première approche comme incontestable. La déférence, si on accepte qu'elle soit en jeu dans ces mécanismes, a donc pour fonction d'atténuer le trouble causé par la contestation de l'acte, et de désigner la nécessité absolue de la référence au droit en même temps qu'elle occulte son contenu précis.

La frontière de l'autocensure

A partir d'une telle fonction de référence, la déférence expose néanmoins le sujet de droit au risque de la révérence. Il est tentant en effet de faire appel à la déférence dans les cas où il n'est pas aisé, où il peut être coûteux, où il est lassant, de mettre en cause un principe fondamental, une valeur commune, un acteur jugé déterminant du système juridique.

Cet usage-là de la déférence est presque un usage rhétorique. La déférence désigne alors ce à quoi le sujet ne veut pas toucher, ce sur quoi il sollicite un accord tacite.

³¹ Il semblerait que la première utilisation de ce terme appartienne au droit canonique où les actes les plus importants de l'organisation de l'Eglise pouvaient être « déferés » à la Cour de Rome.

De multiples illustrations peuvent en être données dans des domaines juridiques variés, mais qui concernent toujours, non pas la simple application des textes à l'intérieur d'un arrêt, mais bien l'interprétation que peuvent en donner de l'extérieur certains acteurs du système juridique.

- La déférence par rapport à une autorité, ou le retrait d'écritures

On trouve dans des conclusions récentes d'un commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat³² la mention, assez rare, de l'impression qu'il retire des demandes d'un requérant. « L'Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur, *sans doute par déférence à l'égard du chef de l'Etat*, ne conteste pas son appréciation, qui serait soumise à votre contrôle restreint ». Il faut savoir que le corps préfectoral est doté d'un statut très particulier, dérogoratoire au statut général des fonctionnaires, de façon à garantir des choix discrétionnaires dans les nominations proposées par le Gouvernement et signées par le Président. L'association requérante est, de fait, l'embryon d'une structure syndicale que la loi interdit. Dans ce contexte, et à moins d'un trait d'humour du membre du Conseil d'Etat chargé de donner, en toute indépendance, son sentiment sur la solution juridique qu'appelle le litige, la demande de l'Association du corps préfectoral ne peut relever que d'une autocensure.

Or, dans ce cas précis, l'observateur attentif a pu avoir confirmation du fait que la déférence invoquée masquait parfois des enjeux qu'il n'est pas jugé nécessaire de rendre publics ni d'insérer dans une argumentation juridique. L'Association des membres du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur avait en l'espèce formé une requête contre la nomination d'un fonctionnaire en qualité de préfet. Après avoir entendu les conclusions du commissaire du gouvernement ci-dessus évoquées, qui se sont avérées favorables à l'annulation, les formations de jugement normales (4ème et 1ère sous-sections réunies), jugeant l'affaire délicate, ont décidé du renvoi de l'affaire à l'Assemblée du contentieux, formation la plus prestigieuse du Conseil d'Etat statuant au contentieux. La partie était donc sinon gagnée d'avance, du moins bien engagée pour le requérant. Mais avant qu'il puisse être à nouveau conclu sur cette requête, l'association s'est désistée de son recours : elle a renoncé à jeter davantage le doute sur la légalité d'une décision pourtant « tangente », elle a voulu éviter les conséquences de la diffusion publique du litige, malgré la prévision d'une issue favorable. Elle a, surtout, retiré « ses écritures », confirmant par là en matière de déférence que l'atteinte à l'interdit anéantit le cadre même qui le désigne.

- La déférence par rapport aux normes ou le refus d'écrire

L'écriture du droit, c'est au premier chef la législation, et au second degré, la codification. L'attitude de la Commission supérieure de codification, chargée à partir de 1989 de réunir des textes épars en codes clairs et mieux définis, a été fixée, dès sa mise en place, par la résolution de « ne pas toucher » au Code civil. Ce dernier s'est enrichi des dispositions du Code de la nationalité, mais il n'a jamais été question de le refondre

³² Rémy SCHWARTZ, conclusions sur CE, 29 janvier 1997, Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur : *AJDA* 1997, p. 297. Soulignement ajouté.

ni d'en modifier les numéros d'articles. Même si, comme l'écrivait l'ancien rapporteur général de cette commission, « aucun domaine du droit n'y échappe a priori », la codification « n'exclut évidemment pas de reconnaître l'incontestable spécificité de certains codes », lorsqu'ils « contiennent la définition de concepts juridiques de base (code civil) »³³. Autant dire que la déférence *par rapport à certaines normes* sert à justifier ici l'autolimitation des acteurs du système juridique. La déférence peut ainsi aboutir au refus d'écrire. Les véritables raisons de ne pas refondre le Code civil sont à rechercher ailleurs.

- La déférence par rapport aux juges, ou le refus du double écrit

Le rapport aux juges est au cœur du rapport juridique, en ce que, dans les systèmes juridiques occidentaux, fait droit ce qui est propre à provoquer un jugement. Cela ne signifie pas que le droit soit identifié avec le contentieux. Mais, puisque le procès est la dernière extrémité à laquelle on puisse avoir recours, l'acceptation par le système social de trancher la contestation révèle la présence d'une norme suffisamment générale et importante pour être sanctionnée formellement par la collectivité, c'est-à-dire la présence du droit.

Est révélateur de ces caractéristiques l'usage de la déférence dans l'affaire du Conseil de Presse du Québec (C.P.Q.). Toute personne qui, au Québec, pense avoir été, dans le monde de la Presse, l'objet d'un traitement inadapté peut demander au « tribunal d'honneur » du C.P.Q. de le déclarer conforme ou non à la déontologie de la profession. Les décisions du tribunal d'honneur n'ont aucun effet juridique contraignant et sa saisine est toujours facultative. Traditionnellement, le C.P.Q. refusait de suspendre l'étude d'une affaire au simple motif qu'une poursuite était simultanément exercée devant les tribunaux. Or, il a brutalement inversé cette position dans un communiqué du 12 juin 1997 : les plaignants devront renoncer à leur recours aux juridictions publiques pour que le tribunal d'honneur se prononce. Ce faisant, le tribunal d'honneur limite lui-même ses compétences, alors que rien, formellement, ne l'y obligeait.

Le C.P.Q. justifie sa nouvelle politique « *par respect et déférence pour les tribunaux civils* »³⁴. Ainsi, la déférence portée au juge peut justifier, selon certains interprètes, que la même demande ne soit pas soumise simultanément à une juridiction étatique, investie de la mission régaliennne de rendre la Justice, et à un « tribunal d'honneur » dépourvu de toute légitimité démocratique. Devant la double démarche du plaignant, face à une demande double, en présence d'une double écriture, le C.P.Q.

³³ Yves ROBINEAU, « Droit administratif et codification », *AJDA n° hors-série* 1995, pp. 110 ss. Et ceci malgré ses propres arguments en sens inverse : Les textes fondamentaux se répartissent entre codes ou lois non codifiées en l'absence de tout critère logique ; la distinction entre lois anciennes et lois récentes ne saurait fonder un critère pertinent de ce qui doit être ou non codifié.

³⁴ Il semble que ce revirement soit une réaction à un arrêt rendu par la Cour d'appel, le 1^{er} août 1994 dans une affaire opposant la Société Radio-Canada à Radio Sept-Iles inc., mais la lecture de cette dernière décision ne laisse pas entrevoir d'affrontement entre le tribunal d'honneur et la juridiction.

impose de choisir l'unicité fondée sur la déférence³⁵. Le raisonnement de fond pourrait être le suivant : soit l'affaire relève d'une satisfaction morale et ne contrevient qu'aux règles non sanctionnées par le droit ; dans ce cas, le tribunal d'honneur est adapté. Soit la contestation portée est proprement adressée à des juges, pour qu'ils rendent la Justice, parce qu'une véritable atteinte a été portée à un droit constitué et protégé par des institutions sociales ; dans ce second cas, il est à la fois nécessaire, parce que lui seul détient ce pouvoir, et légitime, parce que l'importance de l'affaire justifie qu'on mobilise l'appareil judiciaire.

Il ne saurait donc y avoir ni double écrit, ni écrit à double fonction. La principale marque de déférence est, avant tout, d'annoncer le choix de s'insérer dans un unique cadre de référence acquis et, le plus souvent, ce cadre est celui de la référence au droit. La démonstration est d'autant plus remarquable qu'elle émane cette fois d'une institution, et qu'elle mène à définir la place de cette dernière par rapport à une autre institution³⁶.

Conclusion

La déférence est, de toutes façons, située par rapport à la survenance d'une négociation et à l'éventualité d'un conflit, indépendamment du fait de savoir si celui-ci se transformera ou non en litige au sens juridique. La déférence a ceci de commun avec le droit qu'elle fournit un cadre minimal qui serait partagé par les parties à un conflit. En ce cas, pratiquer la déférence est une nécessité pour permettre de poursuivre la communication en la canalisant dans un formalisme accepté au plus profond de l'individu. La déférence est ainsi à l'expression matérielle des conflits ce que la procédure est à l'exposition juridique des litiges : un cadre de communication et de confrontation des oppositions. Là où le droit est une structure dictée par la raison et par la nécessité d'un système autopoïétique, la déférence peut être une habitude, un mode de limitation de l'expression des sentiments, qui fait écran entre la passion du litige et le schématisme de la qualification juridique. En cela, elle est nécessaire à la résolution juridique des litiges, comme le serait un isolant. Elle remédie au hiatus permanent entre la réalité vécue du conflit et son traitement technique par le droit.

³⁵ La place attribuée ici au mot dans l'argumentation du C.P.Q. est bien différente de celle que « déférence » prend dans la langue juridique québécoise, où il est utilisé comme cheville oratoire pour indiquer que les faits, et parfois le droit invoqué, ne sont pas contestés.

³⁶ On trouve trace aussi de cette préoccupation de la déférence institutionnelle au Conseil d'Etat, soit pour des raisons de cohérence interne (« Toutefois, quelle que soit la révérence que doivent inspirer les décisions rendues par votre assemblée, la question ne nous paraît pas avoir été délibérément jugée à cette occasion. » concl. Christine Maugué sur CE, 20 décembre 1995, Collectif national kiné-France, Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs : *AJDA* 1996, pp. 139 ss.) soit à cause de la concurrence entre interprètes du droit (« Et, dans mon esprit, si le droit administratif doit rester fidèle à la théorie de la "loi écran" vis-à-vis de la norme constitutionnelle, ce n'est pas simplement par déférence pour la jurisprudence constitutionnelle et le Conseil constitutionnel, mais parce que, me semble-t-il, le juge administratif serait confronté à un problème de légitimité s'il considérait qu'il lui appartient de se prononcer sur la validité ou l'applicabilité d'une norme votée par le Parlement. », Daniel LABETOULLE, « Questions pour le droit administratif », *AJDA* hors-série 1995, p. 11.).

En revanche, il y aurait quelque danger à attendre de la déférence qu'elle fournisse en elle-même la solution d'un litige, sauf à considérer le conformisme et la hiérarchie des rapports de force sociaux comme fondant cette solution. De même, il serait difficile de considérer la déférence comme un sentiment, sauf à admettre que l'individu soit véritablement conditionné par un ensemble très contraignant de normes sociales et juridiques. Pour qu'elle ne tombe pas en désuétude, la déférence doit remplir une fonction essentiellement utilitaire qui consiste à économiser en toutes circonstances deux types de coûts : le coût de l'absence de norme, facteur d'incertitude et d'insécurité, et le coût de l'établissement d'une nouvelle norme, frein aux rapports sociaux nécessaires au delà de leur vocation institutionnelle. Si l'avenir de la déférence est en jeu, il est dès lors important de se poser les questions suivantes. Grâce au développement de l'efficacité technologique des sociétés, grâce à la sophistication de la compétence de multiples acteurs du système de droit, existe-t-il aujourd'hui encore une volonté d'économiser ces coûts ? La « demande de droit » ne satisfait-elle pas mieux que la déférence les nombreux intérêts en présence en engageant l'ingénierie juridique dans le recours effectif aux normes et dans leur modification permanente ?