

L'ÉPITHÈTE "SENSIBLE", ANICROCHE JURIDIQUE

PAR

Geneviève KOUBI

*Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise
Centre d'études et de recherches : Fondements du droit public*

Croisements des textes, interpénétrations entre les discours, enchevêtrements de règles et normes préfigurent les "questions sensibles", modèlent l'appréhension de ce qui est apprécié, évalué, estimé, jugé, considéré, qualifié ou défini *sensible*. Ces propriétés et qualités énoncées à l'égard de choses, de faits, de thèmes, de thèses réels, éventuels, virtuels sont des révélateurs de la dynamique du système juridique ; elles retracent, traduisent les incertitudes et hésitations qui interfèrent dans les lectures du texte juridique. La mobilité des formes d'interprétation des règles de droit repose, pour une part, sur les déterminations et qualifications de ces éléments *sensibles*.

L'épithète *sensible* articule conception et réception du *sens* dans les discours de pouvoir que sont les discours juridiques, discours *de* droit et discours *du* droit¹. Ces discours sont, généralement, axés, fixés par l'écriture ; les textes de forme juridique, quel que soit leur statut, sont le principal champ d'analyse. Loin de se fragmenter en des domaines circonscrits par les objets de ces textes, les lectures, explicitations, interprétations des textes agissent, réagissent, rétroagissent entre et sur elles-mêmes. Elles sont marquées par les jeux de prétextualité, de contextualité, d'intertextualité constantes.

1. v. Loschak (D.) "Le droit, discours de pouvoir" in : *Itinéraires*, Mel. L. Hamon, ed. Economica, Paris, 1982, pp. 429.

Ces significations offrent une des clefs pour “lire le droit”. Elles assurent la continuité, le prolongement, l’enchaînement des liaisons et combinaisons entre les perceptions sociales et les conceptions politiques d’une même éventualité ; elles relatent les modalités des échanges entre les réceptions civiles et les configurations gouvernementales d’une même conjoncture ; elles contribuent à la compréhension des liens entre les appréciations administratives et les interprétations juridictionnelles d’un même phénomène ; elles contiennent la correspondance entre les lectures sociologiques et les écritures juridiques d’une même disposition, d’une même norme². La mise en forme d’une *question sensible* est un moyen d’identification des trajectoires du discours juridique. Son appréhension suspend alors l’adjectif qui a pour racine le *sens*. L’interrogation relative au sens renvoie ensuite au contenu, au fond, au sujet qui fait éclore la *question* encore informulée ; elle agence la polysémie de l’épithète *sensible* entre direction et mouvement, impression et émotion, opinion et sentiment, valeur et force. L’annotation prédéterminante de l’adjectif *sensible* se compose donc à partir de recouplements révélateurs de *sens*.

L’écriture du droit ne se limite pas à une opération rédactionnelle ; elle suppose l’existence de mouvements, de processus diversifiés qui, par rapport à un environnement social donné, dans un système idéologique déterminé, fondent l’élaboration des règles et assurent les agencements des normes. C’est au terme d’un simulacre d’interlocution entre société civile et pouvoirs publics, entre catégorie sociale et personne publique, entre personne physique, morale et autorité administrative, que cette écriture continuée par sa lecture apparaît comme le point de départ d’une *relation* rénovée entre divers acteurs. Or certaines dissociations entre écriture et lecture peuvent susciter la survenance de faits déconcertants, d’événements imprévus, de phénomènes inattendus. Ces faits, événements, phénomènes déclenchent un autre processus décisionnel : si l’écriture appelle la lecture, la lecture réactive la relation qui précède l’écriture. D’amendements en corrections, de réaménagements en rectifications, de réformes en réfections, de retouches substantielles en adaptations techniques, la forme mosaïque de l’écriture des textes reflète non l’évolution d’une pensée juridique, mais la composition progressive, presque hachurée, des discours de droit. La variabilité du discours juridique confirme alors le caractère dynamique du système de droit : l’association entre écriture et lecture, la coordination entre théorie et pratique, le rapport entre fait et droit empêchent sa clôture, sa fermeture sur les seuls textes normateurs, législations, réglementations, conventions. La notion de *sensible*, adjectif, attribut, qualificatif ou épi-

2. Une interrogation sur le phénomène de glissement des mots du langage journalistique au langage politique, puis du langage politique au langage juridique comblerait l’analyse. Le constater n’est pas l’étudier. La recherche sur les intersections entre *vocabulaires* donne une mesure de l’échange rédactionnel dans lequel le “communicationnel” inscrit le système juridique. Tout énoncé en droit n’est pas un énoncé juridique ; la charge sémantique sociologique des mots peuvent troubler les moments d’énonciation des normes. V. cependant, Cayla (O.), *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, Th. 1992, Paris II.

thète, a dès lors pour fonction de retracer l'intensité des interactions, de signifier la substance du *nœud* entre l'intertextualité juridique et la circularité discursive. Les mécanismes décisionnels sont, en effet, empreints de prudence et d'indécision, d'indétermination et circonspection, de précaution et perplexité ; ces caractères sont rassemblés et regroupés dans ce terme instable de *sensible*. Cette notion ne saurait alors procéder d'une opération qualifiante ; son usage ne renvoie pas aux équivoques d'une sensibilité politique, sociale, religieuse ou morale d'un locuteur public. L'emploi du terme *sensible* est une des données du décodage de l'irrésolution inhérente à la réglementation "à géométrie variable" : elle agence les diverses perceptions et réceptions, les différentes interprétations de la règle "déposée".

Evoquer le *sens*, radical du *sensible*, consiste à détourner la rigidité intrinsèque des formules juridiques afin d'en déceler les *non-dits*, en décrypter les composants sous-jacents, en révéler les accents, les tonalités internes. Le *sensible* souligne une difficulté d'être, d'avoir, de faire et, surtout, de dire. L'inclure dans un discours, l'inscrire dans un texte est une façon de signaler l'existence de ces difficultés sans les surmonter. Le terme *sensible* entérine l'implicite, enregistre l'équivoque ; il exprime les gênes, les troubles ; il témoigne des doutes, hésitations, tâtonnements ; il dévoile les écarts, les irrésolutions, les imprécisions ; il retrace les circonspections, les réticences, les réserves qui sous-tendent l'activité juridique. L'incertitude qui naît de ces balancements est l'indice, le signe d'une fluctuation des règles de droit ; cette précarité est dissimulée sous la formule *sensible*. Incertitude et précarité justifient donc le maniement restreint de l'adjectif dans les textes de normes juridiques, législatifs, réglementaires ; elles expliquent son utilisation ordinaire dans les textes juridiques non normateurs, circulaires et instructions. La perplexité engendrée par ces flottements assigne une limite à l'emploi du terme dans les textes de droit ; à cause de la pluralité de sens et du défaut de références qui s'ensuivent, elle renseigne, cependant, sur l'objectif du décideur : le *sensible* contribue à la détermination, dans des secteurs déterminés, du seuil à partir duquel s'enclenche un processus de concrétisation spécifique des normes ou un mécanisme particulier d'application des règles de droit souvent sous la forme de dérogation, d'exception, de tolérance.

La nécessité de se représenter le droit par l'édition de la norme, par la diction de la règle permet de concevoir l'adjectif *sensible* comme une façon de mentionner l'indicible, de repérer l'incommunicable. Alors que l'énoncé d'une règle de droit générale et impersonnelle se trouve être décalé, le jeu provoqué par le mot "sensible" induit une absence indéchiffrable dans le prononcé d'un acte juridique ou le déclenchement d'une activité décisive. Le terme déterminant qu'est l'épithète *sensible* expose la conscience que les actants et les locuteurs dans l'espace juridique ont de la *complexité* du système de droit. Les *questions sensibles* désignent les lieux d'indécision et les cadres de perplexité des diseurs de droit — de ce fait, elles sont à la fois situées à la périphérie du discours politique, insérées dans le discours juridique et incluses dans le texte administratif.

Inhérente aux logiques cognitives, la *question sensible* dénonce, trahit la désorganisation, la confusion ; elle divulgue, reproduit la difficulté de penser les obstacles, les contraintes, les contradictions ; dès lors, en Droit, quand surgit une *question sensible*, quand l'objet, la matière, le domaine saisis se révèlent *sensibles*, la nécessité de "dire" heurte l'exigence "d'écrire", l'obligation d'écrire affronte la compréhension de l'impératif du *dit* de droit.

I - SUJET SENSIBLE, OBJET SENSIBLE

Le terme *sensible* exprime, au prime abord, un embarras ; il rend compte d'une confusion ou d'un désarroi que la langue du droit ne peut traduire de manière concise, que le langage du droit ne peut intercepter de façon précise. Retenir l'épithète dans la trame des discours juridiques contraint ainsi à retracer le passage qui va du sujet sensible à l'objet devenu sensible ; ce passage fait parfois émerger la *question sensible*. L'examen de cette transition montre que les *questions* ne sont jamais d'elles-mêmes *sensibles*. Seulement, elles éveillent une sensibilité, invitent à une sensibilisation. Elles consignent les objets *sensibles* dans ce statut indéterminé tant qu'ils n'ont pas été défaits de cette propriété, c'est-à-dire tant que leur substance demeure énigmatique ou impénétrable.

Le raisonnement juridique convoque alors la considération des activités intellectuelles relatives à la perception, l'appréciation, la connaissance³. La tension interne du *sensible* présuppose un mode implicite de désignation des problèmes soulevés par les pouvoirs publics, des questions posées aux autorités administratives. Des sujets, parlants, actants, construisent des objets qui forment la substance des données devant être élucidées par les discours de droit. La parole juridique ne saurait inscrire le sujet du discours dans l'absence et décrire, en effet, l'objet du discours par le silence. Interfère ainsi le *sensible*.

Retenir la signification métaphysique, juridique du terme de *sujet* est souvent nécessaire quand transparait le qualificatif *sensible* ; la fixation du sujet comme locuteur (décideur, régulateur, rédacteur, diseur de droit) fait que actif est le sujet sans pour autant que passif soit l'objet. La sensibilité du sujet actif est de ce fait une donnée psychologique qui dépasse la personne⁴ ; elle est composée à partir des conjonctions entre sensation, sentiment et sentence en face d'un fait ou événement, d'une attitude ou conduite, d'un principe, d'une règle ou norme ; dans ce cas, elle ne peut demeurer indéfiniment dans le "for intérieur" du sujet⁵ puisque ces facteurs sont de ceux auxquels les dimensions de la "fabrique du droit" (conception, émission, application, exécution) sont confrontées.

3. v. Koubi (G.), "La création du droit : image et imaginaire" in : Bourcier (D.), Mackay (J.-P.), *Lire le droit : langue, texte, cognition*, ed. L.G.D.J., coll. Droit et Société, Paris, 1992, pp. 85.

4. v. CURAPP, *Psychologie et science administrative*, ed. P.U.F., Paris, 1985.

5. v. CURAPP, *Le for intérieur*, ed. P.U.F., Paris, 1995.

La sensibilité du sujet se reporte, en quelque sorte, sur la question que le sujet soulève lui-même : comme le sujet est sensible, se déroule un mécanisme de transfert de son émoi ou de son désarroi envers la situation qui requiert un traitement juridique adéquat. S'opère une forme de transposition du sentiment de trouble que le sujet ressent à propos de l'objet qu'il étudie, examine, rencontre, sur cet objet lui-même : "à sujet sensible, objet sensible" ; dans cet effet de report du sens, la sensibilité du sujet actant fait l'objet sensible.

Le transfèrement du sentiment du sujet devant l'objet, à la matière ou le thème de sa réflexion induit la qualification particulière de cet objet, presque comme un fragment *sensible* dans les procédures, dans les mécanismes de protection du droit. Cette transition reflète la difficulté que le sujet-locuteur (administrateur, décideur, juge), éprouve devant la nécessité, l'obligation de considérer, appréhender, saisir cet objet — qui est le facteur d'enclenchement des processus décisionnels, des actions administratives, de procédures juridictionnelles.

Un problème, une question deviennent donc *sensibles* parce que la mise en œuvre d'une règle incertaine est laborieuse. La charge de l'application, de l'exécution de cette règle repose sur le fonctionnaire, le juge qui ne disposent que de pouvoirs d'appréciation restreints, de compétences limitées en la matière.

• Les "affaires sensibles" ne concernent qu'indirectement l'approche des actes juridiques. Elles invitent à une reconsidération de la corrélation des activités politiques, administratives ou juridiques avec l'exigence d'un bon fonctionnement, d'une bonne administration de la justice ; elles signalent un passage du sujet à l'objet⁶. Sensibles deviennent les affaires quand la sensibilité psychologique et psychosociologique du sujet émerge ; sensible est l'affaire parce que les protagonistes — particuliers ou élus, fonctionnaires et juges — sont conduits à faire la démonstration de la vacuité de la forme juridique, à faire étalage de la difficulté de traduire le droit dans les faits, de transcrire le droit commun dans des domaines qui mettent en scène un thème moral, social, politique ; sensible est devenue l'affaire parce que la procédure judiciaire met en cause les modes de conciliation des intérêts en présence ; sensible se confirme l'affaire parce qu'il y a rencontre et réunion de plusieurs sujets sensibles autour d'une même opération. De plus, ce mécanisme s'opère sur la place publique, entre méfiance du citoyen ou de l'électeur et confiance du justiciable ou du contribuable.

L'adjectif *sensible* suppose alors la confrontation entre un jugement de valeur et une relation de valeur⁷. Seule la relation de valeur peut révéler une activité neutre, scientifique d'application ; la relation de valeur permet la délimitation de l'objet d'une recherche, en fonction de critères normatifs, ce que

6. v. néanmoins, Wiederkhehr (G.), "Qu'est-ce qu'un juge ?" in : *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Mel. R. Perrot, ed. Dalloz, Paris, 1996, pp. 575.

7. v. Agazzi (E.) *Le bien, le mal et la science*, (trad.) ed. P.U.F. Paris, 1996, p. 119 et suiv.

réalise le juge dans le procédé de qualification des faits retenus pour une investigation approfondie. Une affaire est *sensible* en ce qu'elle désigne les dysfonctions judiciaires d'une part, parce qu'elle met en cause des processus décisionnels, d'autre part.

- Des mécanismes de transfert de la sensibilité du sujet vers l'objet dérivent aussi des difficultés de saisie de problèmes scientifiques, des incertitudes récurrentes pour les traiter. Il arrive que ces dilemmes soient issus des rédactions imparfaites des textes juridiques. En ce domaine, l'émergence d'une *question sensible* souligne une faille du système de droit. L'acuité de la question est démultipliée si, au surplus, l'objet sur lequel porte la question est lui-même particulièrement délicat par l'effet qu'il produit dans le mécanisme de réception sociale de la lacune, de l'antinomie, de la contradiction juridiques. Cette combinaison provoque une stratégie de *sensibilisation* d'autres sujets, acteurs ou interlocuteurs.

En dépit des appels adressés aux décideurs, administrateurs ou législateurs pour résoudre certaines incohérences, répondre à certaines demandes, de nombreux problèmes demeurent irrésolus et sont parfois aggravés, accentués, accusés par ces attermolements, tergiversations, hésitations ou silences. Souvent *“quand une question est difficile, quand elle est «sensible», ils ne légifèrent pas”*⁸. Les débats soulevés et les difficultés rencontrées par le législateur dans l'élaboration de certains textes, par exemple, ceux relatifs au corps humain, à la procréation médicalement assistée, à l'expérimentation médicale, et plus généralement à la “bioéthique”, révèlent des questions *sensibles*. En ces matières, la sensibilité du sujet légiférant est couverte par des consignes inconscientes de méfiance, non de prudence, en face des avancées scientifiques ; puis, à cause de justifications oiseuses relatives à l'écoute des “sensibilités” morales et religieuses dans la société civile, l'édiction de la loi a été retardée. Ainsi, la loi se voit généralement estimée, dès sa promulgation, de teneur faible, modeste, insuffisante et imprécise. La réticence, l'affectation, la dissimulation ont conduit à l'élaboration de textes incomplets, sources de confusions et d'incertitudes. Les juges, saisis de problèmes concrets, de situations précises, se sont vus obligés d'en combler les lacunes, d'en interpréter les silences et les dispositions obscures — et dans le cadre présenté en exemple, notamment en ce qui concerne les embryons surnuméraires. Comme les pratiques évolutives “impliquent une constante adaptation de la règle de droit”, le législateur a marqué la loi du “sceau du provisoire”⁹. La texture sensible du thème abordé a donc incité le législateur à poser des règles dont il déduit, par avance, l'instabilité¹⁰. La technique d'un “dispositif transitoire” qui confère un caractère provi-

8. Delmas-Marty (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, ed. Textuel, Paris, 1996, p. 13.

9. v. Lenoir (N.), “Le statut juridique du corps humain pour répondre à l'angoisse contemporaine” in : *L'Etat de droit*, Mel. G. Braibant, ed. Dalloz, Paris, 1996, pp. 413.

10. Art. 21 de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic

soire à certaines législations se traduit dans la possible révision, l'éventuel retrait de la loi, à la suite d'une période "d'expérimentation" consignée par une "évaluation"¹¹. Elle est, d'ailleurs, réitérée, reprise, repérée dans nombre de textes, relatifs, précisément, à des thèmes dits "sensibles".

• Une démarche similaire peut être développée en droit des étrangers, comme, par exemple, à propos de l'obligation du certificat d'hébergement pour l'obtention des visas d'entrée sur le territoire, de la détermination du délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger, de l'évocation d'un principe du droit au mariage ou des modalités de régularisation de la situation des "sans papiers"¹². En ces domaines, l'expression *question sensible* contribue à entretenir une ambiguïté : son appréhension dépend du statut et de la situation du locuteur. Du côté des décideurs, elle révèle une difficulté pour maîtriser, contrôler, censurer les dérapages des discours politiques sur l'immigration ; l'exposition de modifications et réformes législatives suivant une conception républicaine du droit révèle la réticence administrative dans l'approche concrète de ce problème ; la question *sensible* ne se résoud pas suivant des raisonnements juridiques argumentés. Du côté des demandeurs, étrangers ou non, elle témoigne de la difficulté de maintenir une qualité de vie, au niveau matériel et sur le plan relationnel, elle reflète pour les uns, le besoin irréductible mais insatisfait d'une existence décente et la lassitude d'une clandestinité humiliante, pour les autres une revendication incompressible d'une liberté dans la construction de son propre univers social, civil, amical, familial. La question est alors d'autant plus *sensible* qu'elle n'est pas dépourvue d'échos dans la société civile : les stratégies de sensibilisation de l'opinion publique ne sont pas sans influence sur l'indétermination des sujets-décideurs, comme sur la détermination des sujets-demandeurs. Il devient ardu de considérer stable et durable chaque loi adoptée sur l'entrée et le séjour des étrangers en France ou comportant des dispositions à l'endroit des étrangers.

L'instabilité et la "dégradabilité" des lois sont, de ce fait, des préoccupations constantes, persistantes des législateurs, des administrateurs et des juges¹³ — parce que, inévitablement, "*dire le droit*" c'est aussi révéler ce qu'il est vain d'attendre de ce dernier"¹⁴.

(suite note 10) prénatal : "La présente loi fera l'objet, après évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, d'un nouvel examen par le parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur."

11. v. sous la dir. de Morand (C.-A.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, ed. Presses. Univ. Aix-Marseille, 1993.

12. Par ex., Circ. min. Intérieur, 24 juin 1997 [NOR/INT/D/97/00104/C] sur le "réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière", *J. O.* 26 juin 1997, p. 9819 (le mot *sensible* n'y apparaît pas pour autant).

13. v. rapport d'information n° 2172, Assemblée nationale, Bignon (J.), Sauvadet (F.), *L'insoutenable application de la loi* ; Conseil d'Etat, rapport "De la sécurité juridique", *E.D.C.E* n° 43, 1991, pp. 15.

14. Constans (L.), "Le droit positif comme désordre (Paradoxes sur la valeur instrumentale de la technique juridique)", in : *Etudes offertes à J.M. Auby*, ed. Dalloz, Paris, 1992, p. 44.

• Des processus de transfert de la sensibilité du sujet vers l'objet peuvent aussi être décelés dans des phénomènes préoccupants de décompression des responsabilités ; ils sont des indices spécifiques de *dé-responsabilisation*. Le système de recomposition de la responsabilité privilégie le risque par rapport à la faute, il a aussi pour conséquence discordante de donner la priorité à la réparation sur l'imputation. La sensibilité du sujet est alors circonscrite dans l'inconfort d'une position d'attente : se crée un tiraillement entre la conscience de l'importance des données à recueillir et la connaissance de la portée des informations recueillies, d'où la difficulté de réagir à ces informations et la difficulté de décider. Ne communiquant pas les informations substantielles, préférant ne pas formuler de règles, le sujet-locuteur opère une évaluation des risques mais, ne se sent pas prêt, préparé, armé pour y faire face. Or, les systèmes d'information excluent le prétexte de l'ignorance¹⁵. Les désengagements devant la décision qui s'impose — qu'il s'agisse d'une décision positive ou d'une décision négative — sont les reflets des doutes, des craintes, voire des affres, du sujet-locuteur. Quand le circuit du *silence* est subitement déconnecté, ces désaffections induisent la survenance d'affaires publiques, de questions sociales estimées "sensibles".

Les phénomènes de rétraction devant la décision révèlent des dysfonctionnements dans les réseaux et circuits de la prise de décision ; ils relèvent de méthodes qui ont pour but de dissimuler les renseignements, de masquer l'absence de discernement des contours de la décision. La *dé-responsabilisation* du sujet-locuteur est fondée sur l'inexpérience plus que sur l'ignorance des faits sollicitant un traitement juridique, sur l'inquiétude que ces faits suscitent, risquent de susciter dans l'opinion publique, sur le refus de prendre la mesure des révélations, des avis, des conseils, des connaissances recueillis, rassemblés. Les discours ont, alors, pour finalité de travestir la source de cette attitude, de déguiser les bases de cette analyse. Une forme induite de secret sert ces mécanismes. Le mutisme grève, obère les arguments ; les raisonnements se déroulent suivant une intention consciente et inavouée d'effacer la qualité singulière du sujet dans l'organisme. Si la stratégie [non-]décisionnelle est contenue dans le caractère collectif, collégial du sujet, ce sont les aspects psychosociologiques que souligne l'adjectif *sensible*.

L'affaire née du risque de transmission de l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) à l'espèce humaine en est une des illustrations. Elle met en jeu les circuits informationnels et les processus décisionnels européens et étatiques. Dissimulant des informations essentielles — d'une telle intensité sociale qu'elles sont elles-mêmes *sensibles* —, le sujet-locuteur était engagé dans l'exercice périlleux de conciliation d'intérêts contradictoires : cherchant une compatibilité entre la priorité de la santé publique et la primauté de la logique du marché, il a révélé la faiblesse de la responsabilisation, témoigné de la dilu-

15. v. Bourcier (D.), Koubi (G.), "Responsabilisation et modélisation de la décision administrative", in : Bouchard (P.), *Crise économique et modernisation de l'Etat : nouvelles tendances en Europe et en Amérique du Nord*, ed. Acadie, Moncton, Canada, et Academia Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 273.

tion des responsabilités : masquées étaient les informations, dissimulés les risques ; déconnectés étaient les circuits de diffusion des connaissances, défectueux les mécanismes décisionnels. L'irruption d'éléments soustraits à la connaissance du public dans le champ scientifique a intensifié la charge des sentiments. Une fois rendu public, le silence du sujet sensible posait une question sensible au droit. La propriété sensible de l'affaire est un écho des préoccupations et des perplexités ressenties par plusieurs sujets. C'est le temps mis à déchirer le voile du secret qui a octroyé au problème posé par l'ESB cette qualité d'*affaire sensible*. La question devenant ostensiblement *sensible* a seulement permis un déplacement des priorités du Marché commun vers la protection des "consommateurs"¹⁶. La question de la "maladie de la vache folle" a été discutée, démêlée, débattue, et par cela même défaits de son caractère potentiellement déstabilisateur sur le plan social, non sur le plan médical. Dès lors, l'adjectif *sensible* est aussi un terme dédramatisant ; par un effet de retour, il devient un mode de légitimation des silences précédents.

La "crise de la responsabilité" est un des indices des transferts de la sensibilité du sujet sur l'objet, puisque "*la notion de responsabilité est fondamentale, parce qu'elle symbolise la conscience qu'ont les hommes de la portée de leur agir, [et] constitue l'un des fondements de la vie en société et semble pouvoir nous protéger des dommages qui se produisent ou peuvent se produire...*"¹⁷. Les transferts d'émois se traduisent par la falsification, l'escamotage des informations, par des décisions écartant volontairement et délibérément le contenu, la teneur de ces informations substantielles. Dès lors, *sensible* est la question parce que le sujet et l'objet du discours transparaisent, sans que le sujet ait désigné ou mentionné l'objet et sans que l'objet ait dévoilé ou divulgué le sujet.

Dans ces passages du sujet à l'objet, le terme *sensible* ne dispose pas d'entrées dans le texte juridique. L'adjectif traduit essentiellement la perception sociale d'un discours de droit ; il conduit logiquement à comprimer les risques d'éclatement du système. Plus particulièrement, face aux défauts de l'activité législative, il permet d'éviter toute forme d'interrogation sur la légitimité juridique, non sur la base légale, d'actions administratives, d'actes juridiques et de décisions de justice.

16. v. toutefois, Ducos-Ader (R.), "De quelques éléments de comparaison entre le droit de la santé et le droit de la consommation" in : *Etudes offertes à J. M. Auby*, ed. Dalloz, Paris, 1992, pp. 739.

17. v. Engel (L.), *La responsabilité en crise*, ed. Hachette, coll. Questions de Société, Paris, 1995, p. 13.

II - OBJET SENSIBLE, OBJECTIF SENSIBLE

Les objets *sensibles* sont des écueils sur lesquels trébuche le discours politique ; ils ne peuvent être écartés des discours administratifs, ni exclus des discours juridiques. Les questions que soulèvent ces objets contribuent à la construction de stratégies décisionnelles ; elles désignent au moins un thème et une thèse affectés par une sensibilité dont les dimensions demeurent indistinctes. Le terme "objet" est toutefois chargé de multiples significations. Un *objet est sensible* de fait, il l'est aussi au *fait* comme au *dît* du droit. La polysémie décompose le cadre de l'analyse du *sensible* dans les discours juridiques. Or, le *sensible* s'inscrit dans le relativisme du phénomène juridique¹⁸. Aussi, indépendamment du fait que l'objet peut être *sensible* par la répercussion de la sensibilité du sujet-locuteur, il n'est pas envisageable d'exclure la l'utilisation du terme de "sujet" quand le mot concerne la matière, le thème, la teneur ; le mot "sujet" révèle l'objectif : il devient une des abstractions significatives de l'objet.

Parfois, le discours du droit parvient à introduire le *sensible*, prudemment, subtilement, dans des textes normateurs, en usant du mot comme un révélateur déterminant¹⁹. Cette insertion peut aussi se réaliser dans les raisonnements explicatifs ou interprétatifs exprimés dans des textes dépourvus de force normative, de validité juridique, des circulaires administratives, des notes de service, des instructions²⁰ ; destinés à impulser une direction, à dessiner une orientation à/de l'action administrative, ces textes concentrent la *question sensible* dans les formes d'application, d'exécution des règles de droit²¹ ; ils l'inscrivent également dans les modes d'interprétation²².

a) L'objet de la réflexion préalable à la décision prise ou à prendre par le locuteur est, en général, le point central d'un discours sur lequel porte la question à résoudre.

L'objet est lui-même sensible (conditions climatiques, conjonctures économiques, relations internationales) ; la question posée à propos de l'objet est elle-même sensible (conséquences politiques, réactions sociales, répercussions psychologiques). L'objet est *sensible* du fait de certaines de ses propriétés, soit

18. Cependant, l'argument du pragmatisme est un mode de contournement de l'intensité de la *question* ; il rassure, certes, sur la gestion du *sensible*.

19. Par ex., "zones sensibles" : L. n° 96-987, 14 novembre 1996, relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville, *J.O.* 15 novembre 1996, p. 16656.

20. Par ex., à propos des "fichiers", la notion de "projets particulièrement sensibles" évoquée dans la circulaire du Premier ministre du 12 mars 1993 relative à la protection de la vie privée en matière de traitements automatisés..., *J.O.* 17 mars 1993, p. 4137.

21. Par ex., note DCPU n°6999 du 1er juin 1991 prise en application de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 24 avril 1991 [NOR/INT/C/91/00097/C] relative à l'intervention de la police en milieu urbain, concernant les actions de la police "dans les zones sensibles" - *non publ.*

22. v. Guastini (R.), "Interprétation et description de normes" in : Amselek (P.), *Interprétation et droit*, éd. Bruylant, Bruxelles / Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1995, p. 89.

en rapport avec sa consistance alors retenue par la règle de droit²³, soit à l'égard des conditions de son exploitation ou des formes de son appréhension par les variantes du discours juridique.

Lorsque l'objet *sensible* est la chose saisie par la question, l'objet du discours est indépendant du sujet-locuteur. La question de la sensibilité propre à l'objet s'analyse dans la relation qui s'instaure entre activité administrative, action juridique, exploitation sociale, information publique. Quand le terme *sensible* est présent dans les textes de forme juridique, il évoque une préoccupation spécifique qui a pour but de maintenir une distance ; cette distanciation désigne des méthodes d'analyse spécifiques : l'expertise, l'investigation, l'inspection, la contre-épreuve, la censure ; elle signale des choix particuliers de dissimulation : le secret, la discrétion, l'anonymat, le silence, la confidentialité. Le *sensible* construit ainsi des champs hors d'atteinte du citoyen, du non-initié ; il s'oppose, là, à l'attente d'un droit de/à la transparence²⁴.

L'adjectif *sensible* signifie donc que, dans l'ordre des discours, la question posée est délicate, l'alternative est subtile, le problème avancé est compliqué, l'affaire soulevée est épineuse, le cas détecté est inextricable, la situation exposée est invraisemblable, la proposition sollicitée est inconcevable... la cause est équivoque, la difficulté semble insurmontable.

- L'objet peut être dit *sensible* en vertu de la nature de ces éléments qui le compose, par rapport aux *risques* que ces éléments exposent ou supposent.

La nature changeante, évolutive de ces éléments indique la difficulté de dire le droit à leur propos : l'identification d'un risque prévisible oblige l'intervention juridique. Le passage d'un risque factuel théorique à un risque théorique textuel signifié en terme juridique se réalise à partir d'expertises scientifiques ; il amorce le processus décisionnel. Quand sont évoqués des "risques", une évaluation de l'impact de la décision "à prendre" sur les situations politiques, économiques, écologiques, sociales, civiles, individuelles paraît s'imposer. L'analyse consiste à articuler le processus en fonction de l'importance, l'intensité, la densité des inconvénients ou des objections, la gravité, l'irréversibilité des dommages ou préjudices que susciterait la réalisation du fait éventuel. Ce schéma préfigure la texture de la notion de *risque*, élément actif de toute recherche et expérience.

23. Notamment en droit du médicament, quand les composants *sensibles*, produits, substances, font que : les définitions varient, les modalités de prescription, d'administration, d'utilisation encadrées par les règles se modifient au rythme des découvertes scientifiques, au rythme des principes éthiques.

24. v. Conseil d'Etat, rapport public "La transparence dans la vie publique et administrative : progrès et limites", *E.D.C.E.* n° 47, 1995, pp. 17 ; Laveissière (J.), "En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret" in : *Etudes offertes à J. M. Auby*, ed. Dalloz, Paris, 1992, pp. 181.

Les obstacles à une application rationnelle de la loi du 2 février 1995, dite loi Barnier, sur l'environnement²⁵ rendent ainsi compte de la dualité profonde de l'objet *sensible*. Sur le "site sensible" sont identifiés des risques ; par la suite, les procédures d'expropriation sont calquées sur l'évaluation de ces risques. Retenant le principe d'une expropriation des biens exposés à des risques naturels prévisibles en cas de menace sur des vies humaines, les dispositions législatives répondent à des questions classiques de responsabilité administrative qu'elles contribuent à faire, en même temps, apparaître et disparaître. Leur application soulève une *question sensible* du fait que le *risque* est fluctuant dans le temps, dans l'espace : l'évaluation d'un risque est toujours affectée d'un taux d'incertitude. Ainsi "la loi génère un problème social et humain «au moins aussi *douloureux* que celui qu'elle était supposée résoudre»"²⁶.

La confrontation entre les raisonnements scientifiques, les arguments juridiques et les réactions sociales renforce la qualité *sensible* de l'objet d'une décision à prendre, à émettre, à édicter en vertu de la loi.

- Les éléments intrinsèques à l'*objet sensible* peuvent concerner des fonctions et des fonctionnements. Ils sont des faits incontestés, solides ou palpables ; ils peuvent être des facteurs potentiels ou des événements éventuels, eux-mêmes indiscutables et manifestes. L'objet est alors une chose disposant d'une unité visible ou virtuelle, réelle ou tangible ou un bien à propos duquel se construit le discours du droit. Ces biens et choses ne sont pas qualifiés *sensibles* par l'impression qu'ils donnent du fait même de leur aspect ou de leur consistance floue. Ils sont dits sensibles, par l'effet qu'ils tracent dans la sphère juridique et sociale, par l'influence qu'ils ont sur le statut des organes de pouvoir, sur la situation des personnes, par les modes de fonctionnement, d'exploitation ou d'utilisation de leur contenu spécifique.

Ce n'est pas la qualité de l'objet qui est prise en considération par le discours du droit. C'est le processus de classification et de catégorisation inhérent à l'ordonnance du discours qui met en valeur cette qualité donnée à l'objet : l'utilisation, l'emploi de la qualification *sensible* permettent l'articulation entre les facteurs constitutifs de l'objet et les opérations matérielles, entre les composants tangibles de l'objet et les actions administratives, entre les éléments substantiels de l'objet et les activités juridiques.

Dans les textes juridiques, l'usage de l'épithète *sensible* concerne des points précis, des lieux déterminés, des cas concrets, des périodes circonscrites : sensibles sont les produits dans les activités industrielles, pharmaceu-

25. L. n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *J.O.* 3 février 1995, p.1840.

26. "Une vallée de l'Isère menacée par un éboulement majeur" in : *Le Monde* du 22 novembre 1996.

tiques, scientifiques²⁷ ; sensibles sont les postes dans les services administratifs²⁸, les points des bases aériennes²⁹, les archives, les documents et matériels dans les activités de la police nationale³⁰, les renseignements, conclusions d'enquêtes, résultats d'investigation, les informations relatives aux marchandises stratégiques³¹, les échanges de fichiers, permutations de données, transferts de technologie³² ; mais encore, sensibles sont les zones³³, les établissements d'enseignement³⁴.

Le mot *sensible* désigne l'activité ou la fonction qui porte sur le bien, le produit, le lieu, le mouvement pris en considération. Pour éviter que cette fonction ne soit l'enjeu de controverses et contestations, c'est l'objet sur lequel elle s'exerce qui, par cette fragilité qui lui est attribuée, se voit entouré de barrières protectrices et de grilles renforcées. La relation entre l'objet et la fonction nécessite un mode d'emploi sous la forme de mesures de prévention ou de précaution (produit, point) ; elle suscite un verrouillage des réseaux d'information par le secret ou par la discrétion (archives) ; elle justifie les entraves à toute diffusion de ses composants (document) comme à toute incursion intempestive de sujets tiers, extérieurs (poste) ; elle exige une attention spécifique continuée (point, zone, site), la mise en œuvre d'instruments, de décisions dérogoires (zone, établissement).

• Révélées par le silence flagrant que recouvre le terme *sensible*, une éthique du secret et une nécessité de la réserve tendent à s'accaparer des cas d'indécision ; les motifs sont diversifiés : raison d'Etat ou intérêt d'une entreprise, relations internationales et diplomatiques, respect de principes relatifs aux droits fondamentaux. Sensibles sont ainsi les modes d'utilisation des outils informatiques, les échanges internationaux dans les systèmes d'exploitation, les données dans les traitements automatisés d'informations,

27 ... ce qui est patent dans le domaine "nucléaire".

28. Par ex., instruction n° 95-116-B1 du 6 novembre 1995 à propos de la réforme de l'apurement des comptes du FEOGA-Garantie, *B.O. C.P.*, novembre 1995.

29. Par ex., Arr. 27 mars 1995 relatif à la mise en œuvre du traitement automatisé d'informations nominatives de protection des points sensibles des bases aériennes, *J.O.* 5 mai 1995, p. 7077.

30. Par ex., art. 114-1 de l'arrêté du 22 juillet 1996 portant règlement général d'emploi de la police nationale (1ère partie du règlement général de la police nationale), *J.O.* 4 septembre 1996, p. 13141.

31. Parfois dites "données sensibles" : par ex., note DA n° 95-112 du 23 mai 1995 sur les produits et technologies : marchandises stratégiques, BUDD9500164S, *B.O. Douanes*, n° 5996, 15 juin 1995.

32. Dans le cadre des activités de coordination de l'information scientifique et technique, notamment.

33. Par ex., art. 42 de la loi n° 95-1115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, dans sa rédaction issue de l'art. 2 de la loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville, *J.O.* 15 novembre 1996.

34. Dans le cadre des zones d'éducation prioritaire (art. 2 et 4 de la loi. n° 89-486 d'orientation sur l'éducation, du 10 juillet 1989).

publiques ou personnelles. Leur approche renvoie aux contraintes juridiques, aux obligations des pouvoirs publics dans les sociétés démocratiques contemporaines : les garanties des droits et des libertés fondamentales ; celles-ci concernent notamment l'interdiction de mesures, d'actions, de comportements discriminatoires.

La qualification *sensible* ne relève pas nécessairement du texte juridique ; elle est liée à une perception sociale du travail administratif et des risques qu'encourraient les personnes. En matière de traitements informatisés, "*la pratique montre qu'il n'y a pas de données sensibles a priori : ce qui importe, c'est le contexte et la finalité de l'utilisation des données nominatives, y compris celles qui paraissent anodines*"³⁵. L'hypothèse des informations nominatives³⁶, identifiantes³⁷, des "données à caractère personnel"³⁸ est retenue à titre principal dans les textes législatifs, réglementaires, administratifs.

Appelant une intervention positive ou une abstention d'acte juridique, la qualité *sensible* d'un objet se révèle, sans être nécessairement exposée, dans l'objectif que vise le discours de droit, c'est-à-dire le but de l'acte juridique, la finalité de la règle de droit.

b) Le sujet est l'objet de la réflexion ; il signifie les éléments à partir desquels se compose le raisonnement. L'objet est appréhendé sous la forme d'une interrogation, une question, un problème, une difficulté, avant de se présenter comme une affaire, une cause, un cas particulier. La liaison révèle un objectif, une finalité, un aboutissement ; elle formalise l'enjeu du droit. Elle conduit à : soulever l'interrogation, répondre à la question, résoudre le problème, surmonter la difficulté ; par la suite, elle permet de : examiner l'affaire, étudier la cause, déterminer le cas particulier.

La relativité du sens du terme, de l'insertion du terme *sensible* dans le discours de droit doit être admise, acceptée. Retenir les assumptions d'arrière-plan participe au travail de décodage des discours : l'objet *sensible* est tout à la fois la chose comprimée, enserrée dans la question et l'objectif que prime la réponse à la question. L'objet est sensible par la manifestation plus ou moins explicite d'une intention qui, en face de divers éléments, occasions et occurrences, consiste à le dissimuler, le transfigurer ou l'éradiquer. L'adjectif *sen-*

35. Frayssinet (J.), *Informatique, fichiers et libertés*, ed. Litec, 1992, p. 57.

36. Par ex., L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

37. Par ex., Arr. 21 novembre 1996 portant autorisation d'établissement et d'exploitation d'un réseau de télécommunications ouvert au public : ALT 1, *J.O.* 23 novembre 1996, p. 17093 ; à propos du "traitement des données à caractère personnel", le cahier des charges annexé à l'arrêté prévoit que "l'opérateur prend des mesures propres à assurer la protection, l'intégrité et la confidentialité des informations identifiantes qu'il détient et qu'il traite."

38. Par ex., D. n° 85-1203, 15 novembre 1985, portant publication de la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, *J.O.* 20 novembre 1981.

sible n'est plus un facteur déterminant ; le *sensible* est le variable, il évolue entre le tangible et l'indistinct, entre le perceptible et le vulnérable. La mobilité des buts qui en résulte est un signe de l'incomplétude de la réglementation ; la délimitation de marges de *possible* reflète ce déplacement : les marges de manœuvre, d'appréciation dans l'exercice d'un pouvoir juridique sont les espaces d'interprétation officielle d'une règle. Ce mouvement est celui que le terme *sensible* pré-dispose dans la lecture du Droit.

Le phénomène de réverbération spécifique au *jeu* du droit se recompose dans la substance de l'objet de la réflexion. Il ne s'agit plus d'un transfert d'une sensibilité du sujet-locuteur sur l'objet mais d'un processus cognitif. L'objet est pensé *sensible* en rapport avec l'élaboration de la décision positive ou négative, explicite ou implicite. Il l'est en correspondance avec l'édition de l'acte ou l'absence de décision. La conclusion consiste justement à le défaire de cette propriété. Or, la turbulence que crée la *question sensible* dans ce schéma découle du fait que la question n'est pas seulement celle prise comme objet de la réflexion préalable à la prise de décision, qu'elle est aussi quelquefois suscitée directement par la décision ou l'absence d'intervention.

Le qualificatif *sensible* retrace la force et l'intensité de la difficulté à laquelle sont confrontés les acteurs chargés de donner une réponse juridique à la question sensible ou de présenter une solution de droit au *problème sensible*. D'une part, le but de l'action ou de l'inertie est de réaliser la suppression ou l'effacement de la difficulté, l'édulcoration ou l'altération de l'affaire, l'atténuation ou la réduction de la cause, donc la clarification du cas ou la classification de la situation. D'autre part, une manipulation de ces enjeux peut survenir puisque la conséquence d'une activité ou d'une carence est parfois de contribuer à l'émergence de questions sensibles "autres" ; celles-ci sollicitant, attendant, exigeant des répliques, conduisent le sujet-locuteur à dissimuler, masquer des aspects des problèmes initiaux, maladroitement déguisés³⁹. Dans ces configurations, l'objectif est *non-dicible*.

L'attribut *sensible* ne saurait alors être un qualificatif pertinent de la question ou du problème qu'il présuppose, que le discours de droit prétend saisir. Dans un premier temps, il est une marque de la contrariété que rencontre le locuteur, rédacteur et/ou décideur, face à des phénomènes qui s'attachent à des choses, des objets personnels ou collectifs, sociaux ou politiques, financiers ou économiques. Dans ce second temps, comme le récepteur ou le destinataire, personne et/ou catégorie, réproouve le discours développé sur ces mêmes phénomènes, à propos de ces mêmes choses ou objets, le *sensible* désigne donc aussi un seuil de résistance à la force du droit. Il dénonce la

39. Par ex., Circ. intermin., 14 mai 1996, relative à la coopération entre le ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, le ministère de la justice, le ministère de la défense et le ministère de l'intérieur pour la prévention de la violence en milieu scolaire, *J.O.* 25 mai 1996 p. 7802 : "La violence scolaire prend une acuité particulière dans les quartiers difficiles".

marge multiforme qui s'insinue entre le pouvoir de dire la norme et le devoir de respecter la norme⁴⁰ ; il concerne alors la relation qui unit question / réponse ou problème / solution.

Dans le domaine juridique, le mot *sensible* révèle autant l'objet en lui-même sans communiquer l'objectif qui lui est inhérent que l'objectif en lui-même sans divulguer l'objet qui lui est immanent. Indice d'un défaut de l'écriture, l'usage du terme *sensible* consigne le refus ou l'inaptitude, une incapacité ou une impossibilité, à/de dire le *bon droit* : la puissance, la force que devraient retraduire les discours du droit seraient défailtantes s'il n'y avait justement cette interjection récurrente au *sensible*.

Par le terme *sensible*, il s'agit, à la fois : — de rendre compte de faits saillants, de choses tangibles et, par là, de chercher à les atténuer, les aplanir, les supprimer ; — de prendre en considération des phénomènes de forte intensité, flagrants, importants, mais pénibles ; — de tenter de contenir ces phénomènes dans des cadres précis pour éviter leur propagation ou leur diffusion ; — de retenir des balancements indéterminés, indéfinis mais susceptibles d'être sources de risques afin d'évoquer ces aléas et d'y parer au mieux possible ; — de circonscrire les facteurs porteurs de menaces, révélateurs d'inconvénients, suivant des mesures aléatoires pour justifier des discours attentifs, quitte à dévoiler la fragilité d'une règle ; — de contenir les déplacements nés d'événements diversifiés, instables, fluctuants, inconstants, de les réguler, de les entraver, de les contraindre, de les réprimer L'oscillation du sens conforte le *jeu* de la circularité discursive au risque de maintenir un brouillage permanent autour de ces objets importants ou délicats, définis par des absences ou des silences douloureux ou fragiles. Leur caractère particulièrement *sensible* qui retrace le passage d'un objectif indicible en droit à une objectivité de plus en plus floue.

III - OBJECTIF SENSIBLE, INTENTION INDICIBLE

Affecté par l'émergence des *questions sensibles*, le discours juridique ne fabrique plus son univers référentiel ; il se transforme en un magma d'actes partiels, de décisions parcellisées, d'actions segmentées par secteurs, par quartiers, par ressorts, etc. Or, le droit est un système d'interlocution qui donne sens au silence, à la carence, à l'inertie, à l'absence. Dans ces champs qui échappent à l'édiction de la règle de droit, infèrent l'opération de qualification et la fonction de la qualité *sensible* attribuée à quelques faits, événements ou phénomènes, sources de problèmes insolubles ou insondables, de contretemps hasardeux ou scabreux. Bien que cette qualification ne s'inscrit pas dans l'ordre juridique, elle est au commencement du processus par lequel

40. v. par ex. Videlier (P.), "Immigration et conscience citoyenne. L'honneur de désobéir", *Le Monde diplomatique*, mai 1997, p. 17.

le *non-droit* est en instance de devenir du droit⁴¹. L'adjectif *sensible* désigne un instant névralgique dans le rapport qui s'institue entre droit et non-droit. Point d'intersection de la contrariété du sujet-locuteur et de la résistance du sujet-destinataire, il indique un hiatus dans le circuit de communication du droit ; il désigne l'incompréhension réciproque, la défiance mutuelle ; il souligne la *dé-liaison* sociale et juridique. Esquissant le périmètre d'un affrontement qui pourrait engendrer violence ou résignation, animosité ou fatalisme, irascibilité ou renoncement⁴², il préfigure le lien entre une menace latente et une mise en demeure de *dire le droit*.

a) Par l'interposition de cet adjectif mouvant et polysémique qu'est le terme *sensible*, l'objectif n'est pas de supprimer les sources de l'inquiétude et de l'insécurité ressenties par les sujets ou les racines de l'étrangeté et l'intolérance suscitées par les objets. Ce serait illusoire. L'objectif est plutôt de les occulter ou de les marginaliser. Entre signal d'alarme et origine du doute, la survenance d'une *question sensible* est l'indice du décalage entre l'incohérence et l'intransigeance. Ce moment dessine les espaces dans lesquels les discours juridiques se meuvent avec difficulté.

Les espaces décelés entre le dit du droit et l'indicible en droit sont des zones aux frontières incertaines qui rendent compte de l'antagonisme entre la méthode du droit et le discernement du fait. Relevant la frustration face à l'impuissance de la réglementation et la constatation d'une insuffisance de la régulation civile, la *question sensible* saisit un creux du discours. Existe un défaut de qualification : l'adjectif *sensible* est un référentiel et non un attributif⁴³. Dans le flottement du discours, le non-dit est un dit de l'impossible à dire.

L'amoindrissement de la tension entre méthode du droit et appréciation du fait est, cependant, nécessaire. Il engage le discours du droit dans l'*illogique* d'un système : est exprimé un refus de l'argument rationnel juridiquement parce qu'il est insoutenable sociologiquement ou psychologiquement. Un mécanisme tactique d'évacuation de la résonance implacable de la règle de droit fait préférer le vague, l'incertain et le flou. Les fluctuations induisent un évitement de l'analyse du fond du *problème* soulevé ; l'intervalle entre deux normes juridiques précises est une méthode de contournement de l'examen approfondi de ce *problème sensible*.

Dans ces modulations, se révèle l'hypersensibilité des discours aux phénomènes et faits périphériques qui exigent une réponse adaptée, appropriée, efficace, rarement élaborée. La variation de l'usage de l'adjectif *sensible* est entérinée par chaque locuteur ; elle permet de glisser des domaines politiques

41. v. Edelman (B.), "Théorie et pratique juridique", *Arch. Philo. Dt* 1988, pp. 141.

42. Par ex., Circ. 18 avril 1994 relative à l'opération Prévention Été pour le XIe Plan : instructions pour 1994, *B.O. Affaires sociales, de la santé et de la ville* n° 20, 23 juillet 1994.

43. v. Searle (J.-R.), *Sens et expression*, ed. de Minuit, 1982, p. 189 et sv.

aux champs sociologiques, des terrains sociologiques aux tonalités psychologiques, de ceux-ci aux approches administratives et juridiques, puis des énonciations juridiques aux actions administratives sans que les limites soient spécifiées, constituées. Parce que ces cadres ne peuvent être définitivement tracés, les limites sont perméables.

Par le *sensible* se compose une méthode tendant à circonscrire l'aléa des disséminations. Dans les textes juridiques, il est souvent transcrit au pluriel ; il est aussi "plural" en ce qu'il démembré la question soulevée en plusieurs segments parfois indissociables. Il indique, dans l'espace fragile du savoir : la puissance du secret qui autorise une dissimulation de la portée de l'objet (données sensibles), la force de la discrétion sur la consistance du discernement qui déguise le fait (causes sensibles), la contrainte de la réserve sur l'appréciation utile qui masque l'inexpérience (informations sensibles). La qualification *sensible* introduit le doute, l'incertitude, le scepticisme à propos des outils linguistiques des discours du droit : elle contraint à une délimitation des champs, lieux et endroits qui se représentent dans un "état critique", sources ou résultats de déséquilibres majeurs — risques naturels, risques de troubles, risques de violences.

Ainsi, sensibles sont devenues les zones urbaines auxquelles les politiques de la ville sont confrontées. La forme des répertoires de ces zones dans divers décrets contient la qualification attributive du terme *sensible* dans la finalité opérationnelle des activités de régulation et de police administratives⁴⁴. Dans l'objectif du développement social urbain, interfère une définition législative des "zones urbaines sensibles" : "*les zones urbaines sensibles sont caractérisées par la présence de grands ensembles ou de quartiers d'habitat dégradé et par un déséquilibre accentué entre l'habitat et l'emploi*"⁴⁵. Cette proposition constate les déséquilibres. Le classement des zones en cause permet, en l'occurrence, la mise en œuvre de "dispositions dérogatoires du droit commun en vue de compenser les handicaps économiques et sociaux"⁴⁶ de ces quartiers. Ce schéma n'édulcore pas l'intensité du terme *sensible* qui leur est attribué par les discours d'action administrative ; le maintien du terme traduit l'intention préventive devant le *risque* de troubles à l'ordre public, de désordres sociaux et économiques. Cette présomption est un préliminaire à l'engagement

44. Ces zones étaient classées dans les rubriques informelles de "quartiers défavorisés", "quartiers d'habitat dégradé", "quartiers en difficulté" ou "quartiers difficiles". Ces désignations sont maintenues : par ex., D. n° 97-848, 10 septembre 1997, relatif au droit et à l'avantage spécifique d'ancienneté accordé à certains militaires de la gendarmerie dans les quartiers urbains particulièrement difficiles (selon la formulation de l'article 1er, ils sont des quartiers "où se posent des problèmes sociaux et de sécurité particulièrement difficiles").

45. Art. 2 de la loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville : l'art. 2 de la loi modifie le 3 de l'art. 42 de la loi 95-1115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *J.O.* 15 novembre 1996.

46. Art. 1er al. 3 de la loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville, *J.O.* 15 novembre 1996.

d'une aide à l'implantation des services et des entreprises dans ces zones, comme elle l'est pour toute opération de répression qui concernerait les facteurs et les fauteurs de troubles.

L'opération de qualification expose la connexion entre plusieurs raisonnements ou plusieurs pensées de l'objet signalé surtout par son périmètre incertain : le quartier, la zone. Elle représente, à mots couverts, l'instruction adressée aux acteurs et opérateurs des actions administratives : "faire attention" et "être attentif", donc demeurer *sensibles* à tous les symptômes, signaux, avertissements précédant la survenance des risques. Elle exprime la vulnérabilité des pouvoirs publics et la nécessité d'endiguer une révolte sociale mal appréciée, estimée latente ; elle signale la difficulté d'appréhender les mouvements indistincts d'opposition ou de résistance aux logiques sociales de l'action administrative. Or, le quartier est "sensible" parce qu'il est le lieu où le discours du droit est sans écho, dépourvu de sens, marginalisé. La loi consolide ce postulat. Et, dans ces quartiers, ne peuvent être captés par le droit que leurs aspérités concernant : les enfants, les adolescents dans un but de prévention de la délinquance juvénile ou dans un objectif dit pédagogique par le tracé des zones d'éducation prioritaire ; l'implantation des services de "proximité" à la périphérie des centres urbains⁴⁷, la vie quotidienne dans ces lieux où sont concentrés des logements sociaux, la population concernée notamment dans le cadre des politiques de l'emploi⁴⁸ ou de la formation professionnelle. Désignant ces lieux et espaces mal délimités, l'adjectif *sensible* qui les répertorie a aussi pour objectif de les recenser en lieux d'orientation des politiques de sécurité publique⁴⁹.

Ces secteurs sont les centres perceptibles d'un discours de pouvoir dont les réponses juridiques aux questions que ces "quartiers en difficulté" posent se révèlent souvent inefficaces. Ce sont des zones dans lesquelles la langue du droit s'est défaite ; ce sont des cadres dans lesquels les mesures dérogatoires se multiplient, ce sont des espaces envers lesquels les pouvoirs publics constatent sans y remédier l'empreinte de la "fracture sociale".

b) Lorsque la préoccupation du discours concerne le statut de la personne (corps humain) ou la situation de l'individu (fichiers en matière de droit des étrangers), sensibles sont les *données* ; quand elle se confronte à une revendication collective relevant de facteurs culturels, *sensibles* sont les *problèmes*. Le qualificatif *sensible* est un moyen d'identification des questions tangibles que

47. Par ex., Circ. Prem. min. 18 septembre 1992 relative à la déconcentration et à la simplification des structures administratives : "Je vous demande de veiller tout particulièrement à la présence, dans les quartiers en difficulté, des services publics trop souvent absents ou mal organisés...", *J.O.* 10 octobre 1992.

48. Par ex., Circ. intermin., 28 mai 1996, relative à la mise en œuvre des emplois de ville, *J.O.* 16 juin 1996, p. 8969.

49. Par ex., L. n° 95-73 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, du 21 janvier 1995, *J.O.* 24 janvier 1995.

rencontrent les autorités administratives dont les préoccupations principales sont la pacification civile et sociale. Lorsque la situation requiert des traitements juridiques “différenciés” par rapport à une règle de droit identique, elle est la donnée initiale d’un *problème sensible*⁵⁰.

• L’emploi de l’expression de “problème sensible” intervient quand des formes collectives d’identification sociale, culturelle sont exprimées par les groupes à l’encontre des pouvoirs publics⁵¹. Ces revendications requièrent de la part des pouvoirs publics une considération positive ; or, le système de droit français n’enregistre qu’avec nuances les problématiques de la différence⁵². Afin de pallier aux défauts de la protection des droits des personnes concernées, c’est par le biais de la mention d’un *problème sensible* qu’une attention relative aux différenciations se fait au jour et tend à une relative effectivité. Mais, si sensible est le problème que des critères de traitement juridique particuliers doivent être énoncés.

Ces problèmes sensibles sont rarement directement exprimés en tant que tels dans les textes normateurs, ils sont à la base de mécanismes d’exceptions, de dérogations, de décisions affectées d’indices de singularité et de particularisme⁵³. La notion de “problème sensible” n’est émise qu’entre parenthèse et en dernière analyse, au bout d’une chaîne textuelle : dans les circulaires administratives, surtout. Elle évoque les conséquences que toute décision trop générale ou trop spécifique détient en matière d’ordre public, de police, de libertés publiques, de droits sociaux. Cette signalisation conclut des propos ministériels en exhortations qui invitent à la pondération, à la prudence ; elle est donc le résultat d’une progression dans l’analyse de la *question*. L’existence d’un “problème spécifique” justifie une forme d’argumentation en exposé d’exemptions, d’exceptions, de dérogations.

Les raisonnements exposés dans une circulaire ministérielle sont alors souvent construits sur les enseignements de la jurisprudence administrative. Ils le sont à propos d’une règle générale dite d’application “délicate” à l’égard de certaines situations ou catégories de personnes⁵⁴. L’objectif est alors de

50. v. Conseil d’Etat, rapport “Sur le principe d’égalité”, *E.D.C.E.* n° 48, 1996, pp. 19.

51. Par ex., rapport du 15 novembre 1985 au Président de la République, sur la Nouvelle-Calédonie, *J.O.* 15 novembre 1985, p. 13218.

52. v. Lochak (D.), “Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences” in Fenet (A.), Soulier (G.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789* éd. L’Harmattan, Paris, 1989, pp. 111.

53. Par ex., circ. intermin. Intérieur et décentralisation et min. Equipement, logement et transports, n° 86-131, 18 mars 1986 relative aux conditions de stationnement des nomades en application des dispositions du code de l’urbanisme, *non publ.*

54. v. Koubi (G.), “Circulaires interprétatives et jurisprudence administrative”, *Les Petites Affiches*, n° 11, 1996 pp. 17 ; le procédé est fréquent en ce qui concerne la situation juridique des étrangers, les modes de gestion des problèmes scolaires, les politiques de sécurité urbaine dans les banlieues.

contraindre les autorités administratives subordonnées à prendre en compte le "caractère sensible des décisions prises" en ces domaines d'action aux contours incertains⁵⁵.

La présente démarche est transposable en toute matière qui requiert une attention spécifique de la part des services administratifs à des situations ou des cas particuliers. Outre le fait qu'elle s'applique aux conclusions juridiques partielles développées à la suite de "l'affaire des sans papiers" en droit des étrangers⁵⁶ ; elle retrace les tergiversations sur la notion d'ordre public, elle reproduit les errements juridiques et juridictionnels à propos des limites assignées aux libertés publiques, individuelles ou collectives⁵⁷.

• L'épithète *sensible* s'attache à des questions soulevées par les décideurs publics, régulateurs ou opérateurs, elle renvoie donc à la connaissance de la complexité de tout système de droit. Lieux d'indécision, cadres de perplexité, ces questions sont sensibles parce que la recherche d'une réponse adéquate, appropriée procède d'une appréhension fluctuante d'éléments inconstants et instables, toujours indéterminés et indéfinis. Or, ces éléments situent la limite de l'incommunicable, la frontière de l'innommable, la lisière de l'indicible.

Se profilent, en raison même de la qualité *sensible* d'une question, d'un problème considéré, de nouvelles fonctions du droit. L'une, reliée au statut du locuteur, annonce le déclin d'un processus décisionnel aux accents neutres, aux visées objectives (voire même désintéressées) ; elle est dépendante de la perception individuelle du locuteur ; elle met en exergue la culture personnelle, l'intime conviction et l'objection morale. L'autre traduit le souci permanent des fonctions étatiques destinées à braver l'expansion d'un principe de transparence qui permet la liaison entre le droit à l'information et le droit de comprendre. Une autre institue, au contraire, une obligation d'information, une forme d'apprentissage des relations sociales qui conduisent à la prise en compte des demandes spécifiques et nécessitent le redéploiement du particularisme dans le système juridique : elle justifie le privilège, la faveur, la complaisance ; elle offre une base légitime à l'exception, à la dérogation, à la personnalisation de la règle ; elle entérine la texture absconse de la tolérance. La tendance à consigner la règle de droit dans l'examen de conscience du sujet décideur, dans l'analyse de lieux décisionnels stratégiques, dans l'étude du "cas", modifie la conception classique du droit et le principe induit de la prééminence de la règle de droit. L'approche développée d'un sens incertain de la notion d'*équité* dans le systè-

55. Par ex., dans la circulaire du 18 mars 1986 relative aux conditions de stationnement des nomades (précit.), il est enjoint au Préfet "de porter une attention particulière aux dossiers relatifs au stationnement des caravanes lorsqu'elles concernent les nomades (problème sensible, conséquences en matière d'ordre public, de police et de libertés publiques)".

56. Par ex., précit., Circ., min. Intérieur, 24 juin 1997 sur le réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, *J. O.* 26 juin 1997, p. 9819.

57. v. cependant, Rolland (P.), *La liberté morale et l'ordre public*, Th. 1976, Paris II ; Picard (E.), *La notion de police administrative*, ed. L.G.D.J., Paris, 1984.

me juridique en est une des dimensions⁵⁸ ; s'annonce le déclin de l'objectivité du droit, de la généralité de la règle. Le ramollissement de la règle, le flottement de la norme préforment peu à peu une construction segmentée, parcellaire, morcelée du droit.

• Quand le *sensible* est avéré, positionné, localisé, la force du verbe *prescrire* est déclassée, déplacée, et la fonction de *dire* la règle impérative explose dans l'éclatement du langage qui s'accapare des mots et dépare les phrases de leur signification : l'analyse de l'épithète *sensible* est constamment défaite par les sujets et objets qu'elle capture et éclipse à la fois. Et "sensibles" sont désormais les matière, époque, thème, enjeu... sur lesquels l'opération discursive se fonde et à partir desquels la fonction du droit se réalise. Au delà de la logique du flou (*jeu* du système), de la connaissance du mou (*contingence* des appréciations), de la visée du doux (*flexibilité* de la régulation), il reste à retenir le "goût" inédit du droit pour l'univers du *sensible*.

Le pensé du *sensible* rejoint une étude du sens, du double-sens, du non-sens, du contresens dans les textes de droit ; la conception du sensible enjoint une recherche sur la dissociation entre l'attribut et la fonction, sur la distinction entre qualité et qualification. Le sensible serait donc la reproduction d'un bruissement de la langue du droit. "*Le bruissement n'est que le bruit d'une absence de bruit, de même, reporté à la langue, il serait ce sens qui fait entendre, une exemption de sens ou — c'est la même chose — ce non-sens qui ferait entendre au loin un sens désormais libéré de tous les agressions dont le signe, formé dans «la triste et sauvage histoire des hommes» est la boîte de Pandore*"⁵⁹.

Dès lors, la remise en question de la fonction du droit est permanente en ce qu'elle ne peut indéfiniment se lover dans les absences et les carences. Déconstruire un sens pour construire un autre sens efface le caractère *sensible* d'une question, d'un problème, inscrit ce trait dans une réponse devenue "spécifique" ; enregistrer ce critère est attribuer à la solution une singularité qui renforce la question *sensible*. La *question sensible* oblige la science du droit à travailler sur les limites du droit, du sens au non sens, du non sens au contresens. L'épithète *sensible* informe ainsi sur les fondements du renouvellement du droit ; elle agence l'articulation des discours et des textes de droit, elle témoigne sans répit de l'oscillation entre "l'écrire et le dire" et "le dire et le faire" en droit.

58. v. toutefois, Zaki (M.-S.), "Équité", *Arch. Philo. Dt.*, 1990, pp. 87.

59. Barthes (R.), *Le bruissement de la langue — essais critiques IV*, ed. du Seuil, Paris, 1984, p. 101.