

Le désir et le droit.

Divagations ordonnées d'une juriste à destination d'une assemblée de psychanalystes¹

Le désir et le droit : en termes de catégories de la psychanalyse, le déséquilibre semble patent : un bref aperçu de la littérature suffit à faire apparaître que le « désir » fait partie des grands concepts de la psychanalyse, ce qui n'est pas le cas du « droit », qui n'est pas tout à fait la même chose que la « loi ».

Je ne sais pas si, du point de vue psychanalytique, il y a beaucoup à dire du droit *en tant que* droit, puisque, n'étant pas une personne, il ne prend pas la parole, la question étant de savoir qui prend la parole à travers lui. Il y a donc certainement beaucoup à dire de notre rapport au droit, du rapport du droit comme pratique et discours humain au désir, et de notre rapport au droit en tant qu'il a ou non un rapport avec le désir. Comme juriste, il me semble que je réfléchis à cette question pour la première fois, et que mes idées à ce sujet sont donc à la limite du primitif.

Primitif. Mais, il y a quelques semaines, j'ai reçu le message suivant de la part de quelqu'un que je n'ai jamais rencontré et dont je n'avais jamais croisé le nom, mais qui était visiblement parmi les destinataires de la newsletter que j'envoie périodiquement pour signaler de nouvelles publications ou événements à propos de mon travail et de mon site internet :

Voici ce que disait le message :

« Bonjour Laureline Fontaine,
Je me permets de répondre à votre récent mail concernant vos publications.
Pour vous dire
Pour vous dire ...
Pour vous dire ...
Pour vous dire que vous m'avez épaté en y insérant la question du Désir (qu'il écrit avec un grand D)
Bref, ne lâchez rien.
Je forme le vœu qu'une grande cohorte d'honnêtes gens se mettent en marche dans votre sillage.
Merci Laureline Fontaine. »

Un peu interloquée, j'ai d'abord cru à une forme de connivence de l'auteur du message avec Jean-Thibaut², auprès de qui je me m'étais m'inquiété précédemment de n'avoir pas suffisamment de temps pour travailler pour cette communication cette question du désir et du droit, jamais travaillée auparavant. Mais Jean-Thibaut et l'auteur du message n'avaient apparemment aucun lien. Alors j'ai répondu à l'auteur du message pour lui en demander un peu plus sur cette phrase, résolument énigmatique, car intervenant à ce moment où la perspective de présenter une communication sur « Le désir et le droit » impliquait que j'y accordas de l'attention.

¹ Le présent texte est une version très légèrement revue de la communication faite le 23 juin 2025 à Paris, dans le cadre de l'association *Place Analytique*. Les éléments en rouge correspondent à des incises personnelles dans le cadre de la citation des propos d'une autre personne.

² Mon compagnon, et par ailleurs psychanalyste...

A lecture du second message obtenu en réponse à mon interrogation, m'est apparu que je ne m'étais pas trompé sur un point, celui que personne d'autre que quelqu'un qui a approché la réflexion et/ou le travail d'analyse ne peut faire surgir ainsi la question du « Désir », de nulle part si j'ose dire, puisque je n'ai jamais spécifiquement travaillé sur cette question. Il ne s'agissait certes pas d'un analyste, mais d'un ancien analysant, ayant beaucoup travaillé sur le droit m'a-t-il confié, mais aussi, la sociologie du droit, la philosophie et la théorie du droit ou encore l'anthropologie du droit, et qui s'était beaucoup intéressé aux concepts de la psychanalyse, via l'école de la cause freudienne.

J'allais donc piocher dans son message des éléments susceptibles de nourrir ma réflexion pour élaborer la communication de ce soir. J'y ai retenu la phrase suivante :

« La dimension des vertus heuristiques d'un dévoilement du Désir chez le sujet participant aux phénomènes juridiques - (au pluriel) - est pour moi un premier jalon du cheminement. Qui potentiellement porte bien au-delà des questions déontologiques, et qui percuterait de plein fouet l'éthique plan-plan si commode comme sédatif symbolique. »

Et dans cette phrase, j'y ai particulièrement retenu le « dévoilement du Désir chez le sujet participant aux phénomènes juridiques ». Voilà sans doute à quel titre j'avais originellement reçu son message. Ma question alors était la suivante : en quoi suis-je « un sujet participant aux phénomènes juridiques », puisque, moi, du droit, je n'en fais pas ? J'en parle seulement. Mais peut-être cela suffit-il. Alors je suis revenue à mes textes.

J'ai découvert à cette occasion que j'avais eu recours au terme « Désir » ou au verbe construit à partir du mot dans plusieurs de mes textes³. Sans doute pas tout à fait fortuitement parce que, si je ne manie pas le désir comme Monsieur Jourdain la prose, je vis avec quelqu'un qui fait profession d'être psychanalyste, avec qui je parle, et qui me parle assez souvent des objets et concepts fondamentaux de la psychanalyse et de l'analyse, dont celui de désir.

Que j'y comprenne ou non quoi que ce soit, il semble en tout cas que j'y vois quelque chose par quoi penser. Par exemple, dans l'introduction de presque tous mes enseignements, chaque année et depuis plusieurs années, je me réfère à l'anthropologue Bronislaw Malinowski pour rendre compte de ma démarche de chercheuse auprès des étudiants : dans *Les argonautes du pacifique*, il dit ceci :

« Dans chaque culture, nous trouvons des institutions différentes grâce auxquelles l'homme défend ses intérêts vitaux, des coutumes différentes par quoi il réalise ses aspirations, des codes de lois et de morales différents qui récompensent ses vertus et punissent ses fautes. Analyser les institutions, les coutumes et les codes ou se pencher sur le comportement et la mentalité, *sans le désir subjectif de prendre conscience de ce qui anime les gens, de saisir la raison profonde de leur joie de vivre* – c'est, à mon avis, passer à côté de la récompense suprême que l'on peut espérer retirer de l'étude de l'homme » (je souligne)⁴.

Le travail de Malinowski était de rendre compte des pratiques, règles et représentations d'un groupe humain. Son ambition d'en retirer véritablement quelque chose, correspond, dit-il, au

³ En tout cas dans les textes publiés sur mon site internet, www.ledroitdelafontaine.fr, en inscrivant « désir » dans la barre de recherche du site.

⁴ (1922), Gallimard 1989, p. 82.

« désir subjectif de prendre conscience de ce qui anime les gens » dont on observe les pratiques, repère les règles, dévoile les représentations.

Mon évidente croyance dans le fait que cette citation est susceptible d'éclairer mon travail pour ceux qui l'abordent – puisque je prends soin presque chaque année de l'énoncer aux étudiants qui vont prendre connaissance de mes enseignements pendant plusieurs semaines, dit - peut-être - quelque chose de mon rapport de juriste, sinon au désir, au moins d'abord à l'idée à laquelle le mot renvoie à première vue. Et chez Malinowski, le terme renvoie de toute évidence à une intentionnalité : pour trouver quelque chose, le chercheur doit avoir l'intention propre - Malinowski dit « désir subjectif » - « de prendre conscience de ce qui anime les gens ». D'ailleurs, une seconde question consiste à se demander si ce n'est pas le désir qui anime les gens... En suivant, il faudrait donc, selon Malinowski, avoir le désir de comprendre le désir.

Une intention d'un côté, une animation de l'autre : est-ce tout à fait la même chose ? la position n'est pas la même : d'un côté celui qui observe des pratiques, des règles et des représentations, de l'autre les observés, les pratiquants.

Mais en observant, on est soi-même animé par quelque chose et peut-être qu'en identifiant son propre désir on peut mieux identifier celui des autres.

Ça tombe bien. Voici ce que j'écrivais dans l'édito de mon site internet ouvert à la toute fin de l'année 2015, il y a donc presque 10 ans :

« C'est un site qui saisit et se saisit du droit sans discrimination : le droit est un peu celui des juristes, il est surtout beaucoup celui de tous les autres, et il n'y a presque jamais de liens établis entre tous ces droits qui font le droit. Penser le droit est donc une ambition autant qu'un désir pour ceux qui s'y attèlent, puisque le monde entier s'y répand »⁵...

... « une ambition autant qu'un désir » dis-je - on retrouve Malinowski - ou plutôt, comme j'ai extrait cette phrase quelques temps plus tard, je m'y suis retrouvée, disons reconnue. Dans cet édito, je disais aussi :

« le droit est un peu celui des juristes, il est surtout beaucoup celui de tous les autres, et il n'y a presque jamais de liens établis entre tous ces droits qui font le droit. »

Plusieurs possibilités donc. J'envisageais ainsi et à la fois plusieurs regards sur le droit et plusieurs représentations du droit, dont la combinaison certainement doit faire ce qu'on pourrait en conséquence appeler la réalité du droit.

Le commun des mortels voit dans le droit la réglementation et ses agents, auxquels nous admettons, parce que les choses étaient ainsi avant que nous n'arrivions chacun à la vie, que nous avons une obligation d'obéissance, condition fondamentale de la structuration de notre société. Le commun des mortels n'a pas tort. Mais s'ajoute le fait que la plupart des membres du groupe humain considère qu'il n'y connaît rien et n'y comprend rien. Cela vient de ce que, dans les sociétés modernes, la fonction spécifique de faire des règles concernant un groupe humain a été isolée et spécifiée⁶ : tout le monde ne fait pas le droit, et tout le monde ne fait pas

⁵ <https://www.ledroitdelafontaine.fr>.

⁶ Voir Harold Bermann, *Droit et révolution. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Fayard, trad. Alain Wijffels, 2011.

profession de le connaître ou d'en être l'agent spécifié. C'est même une minorité qui a ce type de rapports avec le droit. Si l'on ajoute que, aujourd'hui, la réglementation est très étendue et concerne tous les aspects de la vie humaine (il y a par exemple en France 360 000 normes en vigueur⁷), le droit se présente comme une sorte de *Léviathan*, imposant par définition, à la limite de l'invincible et surtout, inconnaissable dans sa totalité à l'échelle humaine.

Là où l'on est communément conduit à commettre une erreur majeure néanmoins, c'est quand on croit et on laisse la connaissance du droit aux « experts » que l'on nomme « juristes », qui, eux, sauraient beaucoup et comprendraient le droit, tout le droit. Cela choque un peu les gens lorsque je répons à quelqu'un qui voudrait profiter de mon savoir que non, en droit de l'urbanisme par exemple, je n'y connais presque rien. Quelque part, je ne passe pas pour une si bonne juriste alors. Car oui, le juriste, celui qui fait profession de connaître le droit, pour l'appliquer, le pratiquer, ou l'observer, comme je le fais comme universitaire, ne connaît pas l'ensemble de la réglementation, puisque c'est tout simplement impossible : pour ne citer que le domaine pénal, il existe près de 15 000 catégories d'infractions, c'est-à-dire que, avec le temps, celui qu'on appelle le législateur, donc un ensemble toujours changeant d'hommes et de femmes, a imaginé 15 000 manières d'agir qui sont punissables, que ce soit par une amende, une peine de prison ou une autre modalité de contrainte. Il va de soi qu'aucun spécialiste de droit pénal ne saurait connaître les 15 000 catégories (pas plus d'ailleurs que les policiers qui sont censés répertorier les actes qu'ils constatent), pas plus qu'il ne connaîtra ce qui se passe dans le voisinage du droit pénal, qu'il s'agisse du droit fiscal ou du droit commercial, même s'il en a quelques notions.

Le juriste – bien qu'il soit difficile d'en faire une seule catégorie homogène⁸ - sait en revanche à peu près comment « fonctionne » le système de production et d'application des règles qui constituent le système juridique : il sait lire les règles, peut à peu près dire à quoi renvoient les catégories énonciatives, sait à qui s'adresser et dans quelles conditions en cas de litige, identifie le type d'obligations et de conséquences découlant de l'existence et des énoncés posant les règles. Bref, il est effectivement le « technicien » qui sait comment ça marche.

Mais ce que le système de règles juridiques produit effectivement dans l'espace social et humain, le rôle effectivement joué par le droit dans nos sociétés, le juriste, la plupart du temps, n'en n'a que « oui dire », reproduisant ainsi les vagues idées apprises et répandues par d'autres juristes avant lui : le droit serait ainsi cet instrument fondamental de pacification de nos sociétés, qui ferait l'indispensable lien social. Bref, on ne saurait s'en passer. Cette transmission par oui-dire produit son effet : une forme d'état des choses, un certain agencement social se maintient. Les non juristes font confiance aux juristes pour connaître le droit dont ils savent le caractère obligatoire, et les juristes prennent le droit pour cet état des choses, dont ils ne pourront jamais explorer l'étendue, s'accordant également sur son caractère obligatoire, et globalement bienfaiteur, même s'ils peuvent ponctuellement trouver que certaines règles sont mauvaises.

Quant à ceux qui élaborent chaque jour de nouveaux textes juridiques – les gouvernants, ils sont la plupart du temps ignorants de la manière dont le système fonctionne – même s'ils sont assistés d'un ensemble de personnes connaissant plus ou moins bien le droit (les jeunes collaborateurs parlementaires sont parfois juristes mais sans aucune expérience du droit, et les

⁷ Voir par exemple *L'édito éco* de Dominique Seux le 8 mai 2025 sur France Inter, « Connaître 360 000 articles de loi » : <https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/l-edito-eco/l-edito-eco-du-jeudi-08-mai-2025-9582919>.

⁸ Voir mon ouvrage *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique contemporaine*, Lextenso, 2012.

membres de l'administration et surtout de la dite haute-administration s'imaginent parfois juristes alors qu'ils n'ont reçus que quelques enseignements de droit pendant leur formation, à sciences Po ou à l'Ecole Nationale d'Administration (devenue Institut National du Service Public) mais sont conduits à participer à l'application et à la fabrication du droit) - n'ont aucun patrimoine mémoriel en la matière et font donc des règles sans savoir dans quel cadre préalable elles s'inscrivent, et se contentent d'un vocabulaire dont ils ne saisissent pas la signification juridique. En bref, la plupart ne savent pas ce qu'ils font. Mais tout ça fait le droit, la vie du droit et les relations individuelles et collectives structurées par le droit.

Parler du désir est donc deux fois une gageure : en tant que désir d'abord, et dans son rapport avec le droit ensuite, et avec ceux qui participent de ce qu'il est, et qui eux-mêmes ont un désir. La gageure est double, et les démarches possibles plusieurs. Si je suis une universitaire, française, cela signifie que j'ai appris et contracté des habitudes d'universitaire française, et que j'ai côtoyé et côtoie encore des universitaires. Je connais donc les habitudes et les cheminements traditionnels. Je peux donc commencer par essayer de penser le désir et le droit en les regardant à la manière du « professeur de droit ».

Je vais donc vous proposer d'abord de faire comme le ferait tout bon professeur de droit confronté à la question de « Le désir et le droit », puis, je me glisserai dans la peau de celui qui regarde faire les universitaires tout en faisant moi-même un travail sur le droit, pour poser, aux uns – les universitaires – et à l'autre – le droit-, la question du désir.

I. Penser le désir et le droit en partant du droit et de son observation par le « Professeur de droit »

Les juristes universitaires aiment voir la vie en droit : toute question, toute chose du monde, toute chose humaine peut être comprise par le droit ou par son rapport au droit. C'est même l'exercice de prédilection pour obtenir le titre de professeur de droit : parmi les épreuves en effet, le candidat se voit proposé de délivrer une leçon de 45 minutes qu'il aura préparée en 24 heures, sur des sujets du type : « le beau et le droit », « L'opéra et le droit », « La nuit », « Le loup », la « tempête », le « football », ... le « désir »...

Pour se conformer à l'exercice, il faut donc commencer par déployer le mot, puis chercher la chose à laquelle il est censé renvoyer. Il faut donc se demander si le mot « désir » est connu de la langue du droit, si c'est même une « catégorie » du droit, c'est-à-dire un mot avec lequel on peut penser juridiquement des situations données (comme l'est par exemple le « contrat », qui appréhende des situations dans lesquelles deux personnes ou plus s'engagent les unes vis-à-vis des autres de telle sorte qu'un tribunal pourra connaître de leur éventuel différend dans les termes qu'ils auront décidés).

Ma recherche se limitant aujourd'hui au droit français, je suis partie des données académiques françaises provenant des professeurs de droit et du site « Legifrance », site internet officiel de la République française qui répertorie l'essentiel des textes du droit en vigueur. A la requête « désir », la pêche n'est pas bien grosse : il ne s'agit pas d'une catégorie juridique. Le mot est en effet absent de tous les lexiques ou dictionnaires juridiques. Le terme est certes parfois employé dans un texte juridique, mais, au regard du nombre de textes existants, c'est plutôt rare.

A l'observation des quelques textes juridiques qui emploient le mot « désir », on trouve néanmoins quelques premières caractéristiques intéressantes. Il s'agit principalement de textes qui concernent la relation patients/services médicaux et hospitaliers, et de textes relatifs à la relation de travail. Si tout texte juridique concerne nécessairement une relation, même si elle n'est pas dite (comme lorsqu'il s'agit de s'acquitter d'une formalité d'une procédure), il est patent que les relations visées par les textes qui se réfèrent au « désir » sont situées - à tort ou à raison - là où les conditions de leur déroulement et leurs conséquences en droit ne paraissent pas s'imposer d'elles-mêmes, ce qui signifie qu'il faudrait en redire explicitement l'enjeu :

- par exemple, l'ancien article L321-14 du code du travail dispose que,

« Le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauchage durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il manifeste le désir d'user de cette priorité au cours de cette année. »

- Par exemple aussi, l'article L2212-4 du code de la santé publique indique que si la femme mineure non émancipée qui recourt à une interruption volontaire de grossesse,

« exprime le désir de garder le secret à l'égard des titulaires de l'autorité parentale ou de son représentant légal, elle doit être conseillée sur le choix de la personne majeure mentionnée à l'article L. 2212-7 susceptible de l'accompagner dans sa démarche »

A regarder ces textes, et aussi les décisions de justice qui recourent au terme de désir, on peut s'apercevoir que, comme mot, le désir n'est toujours employé qu'en regard à une manifestation extérieure, expresse, explicite. Dans leur avant-propos à la publication des actes d'un colloque organisé spécifiquement autour de « Désir(s) et droit », ses organisateurs, sans s'interroger plus avant, avaient bien noté cette différenciation entre ce qui serait tout intérieur et ce qui se manifeste : « En tant que produit de l'imagination, il paraît exclu de toute appréhension juridique. Il ne peut être réglementé en tant que tel. Toutefois, le désir, lorsqu'il est exprimé ou manifesté, peut être objet de droit. »⁹

La question est évidemment de savoir si ce qui s'exprime est la réalité du désir, si même le désir est exprimable. Or, en droit, l'expression a son importance, l'intériorité – et donc la singularité – étant postulée comme inconnaissable et dès lors inappréhensible. Il s'ensuit que le droit pense par catégories abstraites, sous laquelle les actions, pensées et émotions des individus sujets de droit sont subsumées, afin de permettre l'application des règles juridiques considérées comme les plus adaptées à la situation. Si le désir n'est pas vraiment un mot du droit ni une catégorie pour le penser ou avec laquelle il pense, c'est donc logiquement la même chose pour le « souhait », « l'ambition », le « besoin », l'« envie », dont l'individualité est intrinsèque et apparemment inappréhensible par le droit en tant que telle.

D'ailleurs, le « désir » dont parlent les textes juridiques est toujours « qualifié » ou catégorisé, comme renvoyant à un désir en particulier : désir de garder le secret, désir d'user d'un droit de priorité, etc. et s'il doit émaner d'une personne déterminée, ce n'est pas celle-ci qui juridicise le désir, qui en fait un objet de droit. C'est le droit lui-même qui, par ses acteurs (qu'ils soient

⁹ *Désir(s) et droit. Journée d'études de l'Association des doctorants de l'Institut de droit privé*, 19 octobre 2018, Avant-propos, actes publiés dans *Annales de l'Université de Toulouse 1 Capitole*, 2019, 1, tome LIX, p. 47.

ses agents ou les sujets de droit qui l'appliquent¹⁰), choisit dans la réalité ce qu'il attribue comme conséquences à l'expression de ce qu'il appelle un désir.

Cette caractéristique du droit de ne pas prendre le monde tel qu'il est (ou qu'on pense qu'il est), mais de le lire à partir de sa propre grille de lecture, plus ou moins proche de la grille sociale collective (tout en en étant une composante), explique le recours fréquent à des notions connexes du désir comme « attentes » ou « exigences » dont il est demandé qu'elles soient *légitimes* pour emporter les conséquences juridiques espérées. L'idée de légitimité est donc préalablement délimitée par le droit comme seule susceptible d'entraîner telle ou telle conséquence juridique : l'article 1166 du code civil dit par exemple que « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme *aux attentes légitimes des parties* en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie » (je souligne). Cela signifie qu'en cas de désaccord entre les parties à un contrat, c'est un tiers, juge ou arbitre, qui va déterminer quelles sont éventuellement les attentes légitimes de l'une d'elles dans le cadre d'un contrat donné. Autrement dit, les attentes ou exigences d'un sujet sont envisagées par le droit, à partir du moment où elles ont été imaginées par d'autres et pour d'autres, ces « autres » qui sont à la fois inconnus et quasi-abstrait¹¹.

Le droit est construit autour de l'idée de collectif à propos duquel et à l'intérieur duquel tel ou tel comportement est identifié comme désirable ou non désirable, entraînant l'idée de droit objectif, qui s'imposerait à tous et vaudrait pour tous, identiquement. Dans cette perspective, même les droits « subjectifs », c'est-à-dire ceux des individus singuliers, sont objectivés, en étant prédéfinis par le droit comme revendiquables ou non.

Les attentes qui ouvrent des droits pour celui qui les portent sont donc celles qui sont appréciées comme telles par d'autres, par des tiers, ceux qui appliquent le droit : les administrateurs et les auxiliaires du droit, à savoir les notaires, les greffiers, et en général les professions juridiques « réglementées », et enfin les juges, dont le rôle peut être décisif, notamment parce ce qu'il dit fera ensuite référence pour tous les autres. Ceux qui fabriquent le droit indiqueront parfois dans les textes qu'ils élaborent quels sont les comportements ou expressions de volonté qui peuvent être pris, au plan du droit, comme des désirs, attentes ou exigences *légitimes*, même si, la plupart du temps, il faut pour cela se référer aux travaux préparatoires des textes juridiques et/ou aux textes analogues dans le droit et dans l'histoire du droit. Mais le plus souvent aussi, dans un geste feint d'universalité, les auteurs de la règle juridique laissent volontiers « vides » d'extension les mots et concepts employés, et confient implicitement aux acteurs du droit la tâche de les concrétiser, c'est-à-dire d'en prendre la responsabilité morale.

Les différents systèmes de droit existant dans le monde se différencient notamment en fonction de leur plus ou moins grand spectre d'appréhension des subjectivités, en ignorant la plupart du temps la singularité. Soit, de manière flagrante, comme dans le système français, la règle doit résulter d'un texte normatif préalable ou s'y rattacher. Soit, de manière apparemment plus singulière, comme dans le système américain, l'arène judiciaire est un lieu de discussion de la légitimité du droit revendiqué par un sujet, pour en faire, ou non, un droit revendiquable au sein du groupe. En tout état de cause, le système de droit doit donner son aval. Même l'élément *intentionnel* et constitutif de l'infraction, censé seulement relever de la personne concernée –

¹⁰ Les « sujets de droit » sont les individus reconnus comme des personnes titulaires de droits et d'obligations juridiques dans une société et un système juridiques donnés.

¹¹ Le terme « autres » ici ne tient pas du tout compte de l'existence des catégories de « petit » autre et de « grand » autre élaborées par Jacques Lacan, dont j'ignore l'essentiel.

cet élément est considéré comme la base du droit pénal français -, n'est susceptible de fonder la condamnation que si des éléments « matériels », c'est-à-dire des manifestations attribuées à un sentiment (l'intention), sont observables, et dûment constatés et consignés, pour le caractériser : *l'intention est avérée s'il existe des actions matérielles auxquelles la rattacher, « objectivement », c'est-à-dire selon le droit, et pas selon la subjectivité de chacun.*

On dit pourtant souvent que le droit contemporain évolue vis-à-vis des subjectivités, en les prenant de plus en plus en compte, ou, au moins, existe-t-il une forte demande sociale vis-à-vis de cette prise en compte, que par exemple la notion de consentement, qui suppose l'expression d'un désir ou d'un non désir particulier, incarnerait¹². Et d'ailleurs, on parle, et les juristes parlent souvent, d'un désir que le droit devrait récupérer, c'est-à-dire reconnaître comme tel et comme légitime. C'est même la manière principale dont les juristes abordent la question dans le colloque déjà cité consacré à « Désir(s) et droit » : « Désirs et Droits de l'Homme : la prise en compte du désir des Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme »¹³, « Le désir de modifier son corps : le droit à l'épreuve du transsexualisme »¹⁴, « 'Allô le droit bébé' : le désir d'enfant saisi par le droit »¹⁵, « Le désir du gain financier en droit des affaires »¹⁶ : on parle de choses socialement désirables que le droit doit accompagner et auxquelles parfois il résiste.

L'écart entre désir et droit devrait donc se resserrer, jusqu'à même peut-être soutenir l'idée d'un « droit au désir ». *Je désire donc j'ai droit !* Une session du colloque était d'ailleurs consacrée à « Le droit, force d'accompagnement du désir »¹⁷. Dans toutes les situations abordées, le désir devrait être acté, à partir du moment où il est manifesté, exprimé, revendiqué, objet d'actions militantes.

A cet endroit je trouve intéressant de revenir à l'étymologie du mot désir : désir vient de *desiderare*, formé lui-même de *de*, préfixe privatif et de *side-reus*, qui est relatif aux astres (et qui a donné le mot « sidéral »). Littéralement, c'est le fait de cesser de voir les étoiles, et de regretter leur absence, et de souhaiter les revoir. Dans la langue des augures ou des marins, constater l'absence d'un astre signifiait déception, regret, au contraire de *considerare*, constater sa présence. Il s'ensuit que ce qui n'est pas peut donc, ou même doit donc, être désiré.

Voilà pourquoi nous faisons des « vœux » en regardant les étoiles filantes, cet instant fugace où tout semble possible, sans doute parce qu'il est fugace. Le droit semble aujourd'hui pris comme le moyen de rendre pérenne cet instant fugace, quitte à ce que ce pérenne soit lui-même fugace : si le désir change, le droit doit changer aussi. Le droit devrait suivre le désir à mesure qu'il se formule.

II. Partir d'une idée du désir et penser le droit et l'observation du droit

J'ai pris une liberté, celle quand même d'essayer d'apercevoir la notion de désir à partir de quelques lectures liées à la psychanalyse. J'étais initialement tentée de comprendre le désir à

¹² A ce sujet, voir par exemple le dernier livre de Clara Serra, *La doctrine du consentement*, La Fabrique, 2024.

¹³ Wenceslas Monzala, communication à la journée d'études de l'Association des doctorants de l'Institut de droit privé le 19 octobre 2017 à l'Université de Toulouse (non publié).

¹⁴ Rémi Sebal, dans *Désir(s) et droit. Journée d'études, op.cit.*, p. 159.

¹⁵ Alexandre Charpy, *ibid.*, p. 197.

¹⁶ Mohamed Sadek, *ibid.*, p. 213.

¹⁷ *Ibid.* pp. 149 et s.

travers l'idée d'analyse des effets de nos actions et répétitions : ce qui compterait, c'est moins ce qu'on exprime vouloir désirer que ce que l'on fait, tout le temps, et qui marquerait la réalité, parfois inavouable ou inaperçue, de notre désir, et souvent à travers ce qu'on dit, mais sans bien lire ce qu'on dit. Cette idée appuierait aussi le principe de l'analyse, même si, s'agissant du droit comme système, il ne peut être directement le sujet d'un désir, mais seulement son objet. Le désir n'est ainsi pas immédiatement lisible, il doit être dé-couvert.

Je le comprends ainsi et pars à sa recherche en observant le droit quand je dis par exemple, dans un texte :

« Cette subjectivité tous azimuts comme source de droits ne doit pas nécessairement être prise au pied de la lettre, et il se pourrait qu'elle soit au contraire l'effet d'une très forte volonté de normalisation, soutien d'un désir inaperçu d'effacer, voire de nier une subjectivité problématique, presque intrinsèquement hors de la norme (1). Bien des règles et pratiques du droit contemporain trahissent ce désir, qui conduisent ici à dépersonnaliser les relations de droit (2), ailleurs à effacer la trace des personnes (3), et enfin à soumettre des corps enfin dépossédés juridiquement de leur subjectivité (4). »¹⁸

Ou

« Sous couvert de revendications subjectives, c'est un profond désir de conformité qui s'exprime. »¹⁹

Toutefois, après quelques lectures sur le désir piochées dans la littérature des analystes, ce n'est pas tant cette idée de désir enfoui qui émerge, que celle de *manque* et du *plus de plaisir*, qui spéculerait sur la satisfaction éprouvée un jour et qui ne pourrait plus l'être de la même manière car ce jour est par définition révolu à jamais, entraînant que le désir s'exprime de ne pouvoir jamais être satisfait. Ce qui compterait, donc, pour comprendre le désir, c'est moins sa satisfaction – même si c'est ce qui est apparemment mais vainement recherché - que son expression, sa manifestation, et ce à quoi il se rapporte.

Cela signifie que lorsque le droit s'attache à reconnaître un désir qui s'exprime, il ne peut avoir que pour fonction illusoire de donner satisfaction aux personnes qui l'expriment, sans faire cesser la demande. L'intervention du droit et le recours au droit apparaissent donc de ce point de vue toujours justifiés, la légitimité du droit s'appréciant alors au travers de l'idée de manque et de non satisfaction structurelle. La capacité du système juridique à entendre et récupérer les désirs manifestés comme une composante essentielle du système social est ainsi à la mesure de son inaptitude à les satisfaire. La non satisfaction du désir, qu'elle soit considérée comme impossible ou comme inentendue, a toujours comme effet de produire en continu la légitimité de l'intervention et de la réforme du législateur qui se présente comme ayant pour objectif de satisfaire un désir, celui de justice par exemple, qui ne peut être, comme objectif, discuté, puisqu'à tous le désir de justice paraît devoir être poursuivi.

¹⁸ Lauréline Fontaine, « Les corps sans sujet et le déni de sujet », in Florence Bellivier, Loïc Cadiet, Christine Noiville, Didier Truchet (org.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Catherine Labrusse-Riou*, IRJS Editions, 2022, p. 249 et s. (et aussi en ligne : <https://www.ledroitdelafontaine.fr/les-corps-sans-sujets-et-le-deni-de-sujet/>).

¹⁹ *Ibid.*.

C'est peut-être la différence entre les tous premiers systèmes de droit dans l'histoire, qui répondaient essentiellement aux *besoins* vitaux du groupe (à partir du moment où la survivance du groupe était la seule source de régulation directe²⁰), tandis que les systèmes de droit moderne, qui se spécifient par le fait que la fonction de faire le droit est isolée dans l'espace social et attribuée à des individus et/ou groupes spécifiques²¹ - vont au-delà des besoins, et visent à répondre à des demandes sociales n'engageant pas le pronostic vital des individus ou du groupe.

Ce faisant, on peut repérer que, en écoutant ce qui s'exprimerait comme désir et en prétendant poursuivre l'objectif de les satisfaire, le ou les responsables de la fabrication du droit – « le » législateur - peuvent poursuivre leurs propres désirs. A propos du législateur, on entend souvent – comme j'ai pu le lire dans le dossier paru à la suite du colloque - que « désir de justice, désir de bonne justice, désir d'une meilleure justice, désir d'une justice plus performante, désir d'une justice plus innovante... Tels sont les objectifs, les désirs, qui ont toujours été poursuivis par le législateur »²². En tout cas, c'est ce qui ressort en effet des énoncés produits par les législateurs dans l'espace public, que la non satisfaction patente des désirs en question tendrait précisément à renforcer comme désirs.

Reste la question du désir inscrit dans ce qui est dit du droit et à propos du droit, en lien ou non avec sa capacité à prendre en compte le désir et celui du législateur. Je prends l'exemple que je connais peut-être le mieux, celui de la norme constitutionnelle et de la discipline qui l'observe. Le terrain est riche puisque, depuis que les premières constitutions ont été écrites, c'est-à-dire depuis environ deux-cent-cinquante ans, monde s'est constitutionnalis²³. L'idée aujourd'hui est très répandue que, depuis le début, le but a été de limiter les usages du pouvoir politique, pour le plus grand bien du plus grand nombre. Isolé au départ (quelques nations : l'Angleterre, les Etats-Unis, la France, ou la provisoire Pologne de l'époque), le phénomène s'est répandu sur toute la planète, pouvant éventuellement traduire un « désir politique de constitution » qui caractériserait donc l'humanité moderne.

A mon invitation, le psychanalyste Paul-Laurent Assoun avait ainsi écrit un texte sur « Le désir de constitution »²⁴. « Ce qui compte, dit-il, c'est le 'fait de le dire' ». Et par conséquent, on comprend que, « Cela cesse d'aller sans dire... » Pour Paul-Laurent Assoun, la constitution est la traduction de « l'idéal du moi » social et politique, qui concrétise un désir social d'établir pacifiquement l'Unité par le droit. La constitution est une représentation symbolique qui concrétise la fiction de l'unité sociale. Fiction assurément, tous les juristes le savent. L'unité n'est supposée exister que parce qu'elle est ainsi dite ; mais, par cette fiction, le pouvoir peut s'exercer sur tous, voire, en suivant, pour le bien de tous. Pas n'importe quelle fiction donc.

Mais, pour Freud, poursuit Paul-Laurent Assoun, le crédit fait à la constitution serait « à la limite un alibi » : l'Etat est à la fois une nécessité politique (en tant que fiction à laquelle il serait nécessaire de croire) et a une fonction de tromperie (plus ou moins inévitable) envers les

²⁰ On n'a néanmoins aucune certitude à ce sujet. Voir notamment, Norbert Rouland, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Odile Jacob, 1991.

²¹ Harold Bermann, *op. cit.*.

²² Marie Dochy, « Nouvelles technologies et désir de simplification du procès civil », dans *Désir(s) et droit. Journée d'études*, *op.cit.*, p. 101.

²³ Voir mon ouvrage, *La constitution au XXI^e siècle. Histoire d'un fétiche social*, Amsterdam, 2025.

²⁴ Paul-Laurent Assoun, *Le désir de constitution à l'épreuve de la psychanalyse. Freud avec Kelsen*, texte issu d'une communication au colloque Les perceptions extra-juridiques des constitutions, Paris, 2025, et disponible en ligne sur www.ledroitdelafontaine.fr : <https://www.ledroitdelafontaine.fr/actes-de-la-journee-detude-sur-les-perceptions-extra-juridiques-de-la-constitution-partie-2/>.

droits de l'individu. Il imagine alors que le fait que Freud ne traite pas directement l'idée de constitution serait la conséquence d'une sorte de gêne : ainsi, « comme démocrate », Freud ne pouvait ignorer, qu'elle « est un garde-fou contre les totalitarismes (terme qui au reste n'appartient pas à son vocabulaire) », et que c'est donc pour Freud « un semblant utile, sinon nécessaire. »

A la réflexion²⁵, cette explication en forme de spéculation est le résultat de la pensée produite par le modèle issu très précisément de la tromperie constitutionnelle²⁶. La réussite et surtout la pérennité du modèle constitutionnaliste le doit beaucoup aux politiques et aux spécialistes qui font profession de connaître le phénomène constitutionnel : pas question d'en faire apercevoir au grand jour, sinon la fiction, au moins la tromperie, mais seulement la nécessité du phénomène constitutionnel, contre ce qui s'affiche comme étant le contraire de la constitution. Ils ont donc diffusé et assuré sa promotion à partir de l'idée qu'il produisait ce qu'il y avait de meilleur pour une société politique. Le silence de Freud est interprété par Paul-Laurent Assoun est interprété comme la conséquence de l'adhésion minimale à ce modèle, ce qui paraît surtout être le résultat de l'adhésion de Paul-Laurent Assoun lui-même à ce modèle. Le même raisonnement exactement est d'ailleurs tenu aujourd'hui par les défenseurs de l'Etat de droit et de la constitution comme remparts indispensables contre les autoritarismes et totalitarismes, diluant ainsi et par la force des choses la question soulevée par le rôle des constitutions dans le maintien ou l'accroissement des inégalités et hiérarchies sociales, voire leur rôle dans les pratiques étatiques d'exploitation des territoires et des populations « éloignées »²⁷.

Mais cet état de fait, à travers l'idée d'indépassabilité du modèle constitutionnel est présenté comme l'expression d'un désir, celui de limiter l'usage du pouvoir, lui-même objet du désir humain : par exemple, un tout jeune constitutionnaliste indique ainsi que « la philosophie politique du constitutionnalisme répond parfaitement à cette problématique des liens entre désir et pouvoir. L'idée centrale est que les règles régissant le pouvoir politique doivent être explicitées dans un texte spécifique, qui doit encadrer ce pouvoir pour le bien commun. En effet, le pouvoir politique, sa conquête, son exercice et sa conservation, sont objet du désir humain »²⁸.

Parce qu'il me semble qu'en maintenant cette idée, contre la réalité du phénomène constitutionnel dont les modalités et les effets, depuis le début et jusqu'à aujourd'hui – je l'ai montré dans mon dernier livre - sont autres que cette présentation qui en est faite, je m'interroge sur le désir même des universitaires vis-à-vis du savoir qu'ils transmettent à propos du droit : ils entretiennent en effet le désir de constitution, en n'en permettant pas le dévoilement. Et lorsque le dévoilement s'opère, la résistance est grande, plus ou moins claire, plus ou moins volontaire. Si la constitution faisait vraiment ce qu'elle dit, et ce qu'on pense qu'elle fait, elle prendrait la place du désir ; en attendant, celui-ci est maintenu intact, et je vois partout des désirs de constitution, qu'on la change complètement, qu'on essaie même de repenser ses catégories principales, ou qu'on aime celle que l'on a déjà. De nombreux mouvements sociaux à travers le monde travaillent ainsi à partir de l'hypothèse constitutionnaliste.

²⁵ Cette remarque et les quelques lignes qui suivent ne sont pas d'origine. Elles sont la conséquence à la fois de la discussion qui a suivi le prononcé de la communication à *Place Analytique* le 23 juin 2025, et d'une meilleure appréhension du texte de Paul-Laurent Assoun à l'occasion de la relecture et de la révision de ma communication.

²⁶ Voir encore mon ouvrage précité.

²⁷ Voir Eugénie Mérieau, *Géopolitique de l'Etat d'exception*, Le Cavalier bleu, 2024.

²⁸ Sacha Sidoryk, « De l'encadrement du désir de pouvoir politique par le droit public », dans *Désir(s) et droit. Journée d'études*, op.cit, p. 230.

Dans la logique du désir, il n'y aurait pas d'étonnement à avoir : il semble que le désir ne soit pas quelque chose qui dépende du caractère « rationnellement » désirable de son objet. Toute chose ou toute situation, sans se référer à aucune morale ou axiologie particulière, peut être l'objet d'un désir. En tant que productrice et justificatrice de violences humaines et sociales, la constitution ne pourrait autrement être objet d'un désir. Mais elle n'a pas besoin d'être socialement ou moralement désirable pour être objet de désir. Cela signifie que si le droit est un récepteur potentiel du désir humain (celui des individus composant le groupe ou celui du fabricant du droit), et que les présentations du droit réceptionnent elles-mêmes les désirs de ceux qui les produisent, le spectre d'observation et de réflexion est quasiment infini. La question reste de savoir si tous ces acteurs sont au clair ou entendent être au clair avec ce qui les animent.