

JEAN-MARC VARAUT

Le droit au droit

POUR UN LIBÉRALISME INSTITUTIONNEL

LIBRE ÉCHANGE



PUF

LIBRE ÉCHANGE

*Collection fondée par
Florin Aftalion et Georges Gallais-Hamonne
et dirigée par Florin Aftalion*

Ecrits par des auteurs français jeunes ou confirmés, ou traduits à partir d'œuvres étrangères importantes, les ouvrages de cette collection ont trois caractéristiques :

- Ils traitent des grands problèmes de choix dans notre société, tels que : rôle et place de l'Etat, justice sociale, réglementation du marché et du pouvoir politique, efficacité de la production et des échanges, formation des valeurs.
- Dans leurs analyses, ils font souvent appel à la méthode économique, sans toutefois en présenter les aspects techniques.
- Ils défendent avant tout l'idée de liberté de l'individu, surtout lorsque celle-ci est menacée par l'emprise étatique.

Ils ne s'adressent donc pas exclusivement aux enseignants et aux chercheurs, mais aussi au public désireux de prendre part aux débats d'idées contemporains. « Libre Echange » assure ainsi l'expression du point de vue authentiquement libéral en France.

OUVRAGES PARUS

Friedrich A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*. — Vol. 1 : *Règles et ordre*.

Vol. 2 : *Le mirage de la justice sociale*.

Vol. 3 : *L'ordre politique d'un peuple libre*.

Pascal SALIN, *L'ordre monétaire mondial*.

Serge-Christophe KOLM, *Le bonheur - liberté*.

François SEUROT, *Inflation et emploi dans les pays socialistes*.

Frédéric BASTIAT, *Œuvres économiques*.

Henri ARVON, *Les libertariens américains*.

Pierre LEMIEUX, *Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme*.

Peter T. BAUER, *Mirage égalitaire et Tiers Monde*.

Ludwig von MISES, *L'action humaine (Traité d'économie)*.

Alain LAURENT, *De l'individualisme*.

Julian L. SIMON, *L'homme, notre dernière chance*.

Thomas SOWELL, *Race, politique et économie*.

Jean-Marc VARAUT, *Le droit au droit (Pour un libéralisme institutionnel)*.

LE DROIT AU DROIT

« LIBRE ÉCHANGE »
COLLECTION FONDÉE PAR
FLORIN AFTALION
ET GEORGES GALLAIS-HAMONNO
ET DIRIGÉE PAR FLORIN AFTALION

LE DROIT AU DROIT

Pour un libéralisme institutionnel

JEAN-MARC VARAUT



Presses Universitaires de France

*Si je veux que la porte tourne, il faut
que les gonds soient fixes.*

WITTGENSTEIN, *De la certitude.*

ISBN 2 13 039479 5

ISBN 0292-7020

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1986, février

© Presses Universitaires de France, 1986
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

SOMMAIRE

PROLOGUE, 7

1. Le droit au droit, 9

Comment le goulag, archipel du non-droit, prouve le droit, 9 – Comment s'opère la genèse de la liberté par le droit, 14 – Comment dissocier le pouvoir d'Etat de la société civile par l'incrustation du libéralisme dans les institutions, 20 – Comment l'inflation des lois déprécie le droit, 26 – Comment le droit au droit déborde l'explication tautologique : la loi c'est la loi, 33 – Comment et pourquoi restaurer la monarchie du droit, 36 – Comment juridifier la politique et constitutionnaliser le Pouvoir, 43.

2. Le contrôle de l'Etat de droit, 49

Comment, partis des mêmes conceptions, les conventionnels américains et les constituants français ont abouti à des institutions opposées, 50 – Comment la démocratie a pris en France un mauvais départ, 52 – Comment la conception française de la démocratie aboutit à l'omnipotence du pouvoir législatif, 53 – Comment l'omnipotence du pouvoir législatif entraîne le refus du contrôle de la constitutionnalité des lois, 55 – Comment l'omnipotence du Parlement conduit à la subordination du pouvoir judiciaire en France, 59 – Comment le droit sacré à l'insurrection a remplacé en France le contrôle de la constitutionnalité interne des lois, 63

- *Comment la souveraineté parlementaire peut conduire de la démocratie oppressive au principat plébiscitaire*, 65 - *Comment a été introduit le principe de constitutionnalité par le général de Gaulle*, 67 - *Comment Valéry Giscard d'Estaing a mis fin à un absolutisme*, 70 - *Comment l'alternance a entraîné l'abandon définitif de la souveraineté de la loi*, 73 - *Le droit à la Constitution*, 77.

3. Le droit au juge, 85

Comment la justice en crise appelle au renouveau de la justice, 85 - *Comment la contrebande judiciaire ruine la justice*, 87 - *Comment le droit au droit implique le droit au juge*, 92 - *Comment juger est une fonction politique*, 96 - *Comment séparer le pouvoir judiciaire du pouvoir d'Etat*, 102 - *Comment restaurer l'indépendance du juge*, 108 - *Comment couper les ponts entre la magistrature et le gouvernement*, 118.

4. Le droit au contradictoire, 123

Comment un modèle autogéré de société civile opposé au modèle hégémonique peut s'inspirer du système judiciaire accusatoire, 123 - *Comment le formalisme et le rituel judiciaire favorisent l'altérité et la réciprocité propres au droit*, 126 - *Comment les droits de la défense sont au fondement du droit*, 137 - *Comment la défense est un impératif catégorique*, 140 - *Comment les droits de la défense sont des droits de l'homme*, 146.

5. Le droit d'avoir des droits, 151

Pour un individualisme responsable, 151 - *Le mien, le tien et le sien*, 163 - *Le laisser-contracter*, 181 - *Le droit de s'associer*, 190 - *Le droit de l'homme à la communication*, 197 - *Le droit à la peine*, 212.

OUVERTURE — Des lois de l'homme aux droits de l'homme, 233

Comment la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés ouvre un nouvel espace du droit, 240.

Prologue

Les idées meurent-elles aussi ? Leur mort appartient à l'histoire autant que les événements qui en sont les témoins. Nous l'avons compris un soir d'avril 1975, où, à la faveur d'une émission de Bernard Pivot, apparut sur les écrans un être hors du temps ou plutôt de tous les temps. Il venait de publier le premier tome de l'histoire d'une humanité martyre. Sous les yeux de millions de téléspectateurs stupéfaits, Alexandre Soljenitsyne déchira le voile qui dissimulait la réalité de l'Union soviétique. Il ébranla les colonnes de l'ordre russe. Il imposa la perception d'un univers qui rendait fades les témoignages les plus lucides, de Victor Serge à Boris Souvarine. Il imposa un mot — un seul mot, jamais entendu mais qui, désormais, marque de façon indélébile l'Etat qui se proclame socialiste et que nul n'osa récuser —, le mot « GOULAG ». Quelques mois plus tard, rapporte Roger Stéphane¹, Malraux transporté à l'hôpital pour mourir n'emportait qu'un livre, un livre de Soljenitsyne.

Un mot n'est pas un événement. Mais ce mot marque, comme en archéologie, la mort d'une philosophie. Son cadavre couvre une partie du monde, des vallées de l'Afghanistan aux forêts de l'Angola en passant par les déserts de l'Ethiopie mais c'est un nom de mort et non plus d'espérance. Sans l'Armée rouge et la terreur cette philosophie serait obsolète comme la scolastique, le nominalisme ou le structuralisme. Son rejeton, le jaurésisme-léninisme est mort lui aussi d'avoir rencontré la réalité. Moins la réalité de la crise que la crise de la réalité. Le jaurésisme-léninisme avait cru qu'en multipliant les clientèles de l'Etat, en érigeant des monopoles comme autant de cités interdites, en confisquant la parole

1. Revue *Commentaire*, été 1985 : André Malraux et le communisme.

légitime par une hégémonie sans faille sur l'information, il pourrait renvoyer longtemps le redoutable problème de penser le réel. Mais si l'on peut ouvrir avec la clé des songes le monde clos des utopies, on ne guérit pas les écrouelles avec des paroles gelées. Le gouvernement de la prodigalité, puis celui de la désillusion, puis celui de la rigueur² ont enterré le modèle socialiste sous des tartines de pensées stéréotypées et cimentées par l'usage en bancs de mots morts, signes sans valeur — trottoirs d'idées, dont parlait Flaubert. C'est aujourd'hui l'état de disgrâce des idées socialistes. La droite était au pouvoir, quand la gauche était dans les têtes. La gauche est venue au pouvoir au moment où il était évident à tous que le communisme, le socialisme et le gauchisme étaient en pleine déroute idéologique. Aujourd'hui le socialisme sort du cercle de la politique magique, traverse le miroir ; il réintègre lentement la réalité. C'est le crépuscule des idéologies.

La liberté se retrouve constituante après que la tutelle, les incantations et l'arrogance ont fait leur temps. L'individu se retrouve principe et fin de la politique. « Il faut qu'il se conduise » — dit Montesquieu de l'individu — et ce n'est pas pour l'enfermer mais pour l'inviter à bâtir lui-même son univers, « selon soi », comme dit Montaigne. C'est à l'homme de commencer. C'est au libéralisme, cette vertu devenue programme, d'inaugurer. Il n'y a pas de savoir absolu, de vérité univoque, de modèle exemplaire, de classe élue, de parti prêtre, de gauche divine, d'homme providentiel, de rendez-vous avec l'histoire ; l'histoire, comme le savoir, est plurielle. C'est par la lacune du savoir que nous sommes ouverts à la vérité contingente de la politique nécessaire et des politiques superflues. C'est en se pensant modestement, non comme une force, mais comme une faiblesse au cœur de l'Etre, que l'homme peut s'ouvrir à l'autre en reconnaissant avec l'autre la valeur retrouvée de la liberté, faite d'autonomies souhaitées, d'initiatives conquises, de dissentiments respectés ; cette liberté qui fait reculer l'ordre des plans, cet internat socialiste, ce panoptique transparent, ce pouvoir omniprésent, tutélaire, absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux que prophétisait Tocqueville, et qui est le songe des âmes fatiguées de la liberté. Cette nouvelle manière d'être ensemble, dans une société civile polycratique et contractuelle n'est pas la liberté sauvage, mais la liberté institutionnelle, la liberté dans le droit, cet armistice des forces, dont la justice est le dernier mot. Ou plutôt le premier mot qui doit être la source commune. Il est parfois trop tôt, il n'est jamais trop tard pour s'accorder sur ce premier mot.

2. Lire Michel Massenet, *La France après la gauche*, Robert Laffont, 1984.

LE DROIT AU DROIT

« Ce qui est juste ne découle pas de la règle mais la règle provient de notre connaissance de ce qui est juste. »

JULIUS PAULUS, Digeste 50, 17, I, III^e siècle.

« Il est courant que les mots soient détournés de leur acception première pour signifier d'autres choses : ainsi le mot médecine, employé d'abord pour signifier le remède destiné à guérir un malade, a été ensuite appliqué à l'art de guérir. Pareillement le mot droit. Il a été utilisé d'abord pour signifier la chose juste elle-même, puis il a désigné l'art de discerner le juste ; ensuite le lieu même où se rend la justice, comme quand on dit de quelqu'un qu'il a comparu en justice ; et enfin l'arrêt, fût-il inique, rendu par celui qui est chargé de faire justice. »

Saint THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*,
IIa, IIae, qu. 57, 21.

« Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle tous les rayons n'étaient pas égaux. »

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*,
liv. I, chap. 1.

Comment le goulag, archipel du non-droit, prouve le droit

Soljenitsyne porte sur les libertés occidentales un jugement désespéré. Loin de les considérer comme un modèle, il voit dans l'excès de liberté qui les dévoie la cause de la subversion de la civilisation occidentale et de l'affaiblissement de ses valeurs fondamentales et fondatrices. Le mésusage de ces libertés conduit à leur contestation et à leur décadence. C'est pour lui, comme pour tous ceux à qui l'expérience du goulag a dévoilé le sens profond de l'éthique, un « scandale » que le dépérissement de toute éthique au profit d'une utilisation purement négative, nihiliste même, des libertés. Etre libre, mais pour quoi faire ? La politique a rompu tout lien avec les valeurs spirituelles au nom de la sanctification des pulsions et de la satisfaction des désirs illimités. Ce fardeau d'une liberté vide de tout contenu ne peut aboutir

pour Soljenitsyne qu'au règne de la violence totalitaire. Alors que l'Occident « s'est repu de toutes ses libertés », ce sont donc *les voix sous les décombres* qui appellent à un héroïsme spirituel au service de la vraie libération, la libération intérieure, inséparable pour Soljenitsyne et ses amis d'un retour au christianisme. Pour le chrétien, « étant fait à l'image de Dieu, chaque personne humaine revêt une signification absolue »¹.

Le *droit* pour Soljenitsyne n'est pas associé nécessairement à l'irréductible décadence qui corrompt le système des libertés; mais il faut pour cela que l'éthique l'inspire. Le droit n'est légitime qu'en tant qu'il « est en quelque sorte la tentative de l'homme pour fixer dans les lois cette réalité morale qui nous transcende »². La sécurité juridique du citoyen, « cette tranquillité d'esprit qui provient, dit Montesquieu, de l'opinion que chacun a de sa sûreté », celle de son corps, de son esprit, mais aussi celle de ses biens, n'est donc pas considérée comme la condition et le moyen des autres droits. Et si Soljenitsyne le concède parfois du bout des lèvres, c'est pour rappeler aussitôt que « notre liberté intérieure peut s'épanouir même dans un milieu d'où la liberté est absente »; dans un milieu de non-liberté, « nous ne perdons pas la possibilité de tendre vers des buts moraux et de devenir meilleurs »³.

C'est pourtant une leçon différente et involontaire que nous offre le livre premier de *L'Archipel du Goulag*⁴. Certes le plus important de cette immense fresque de l'industrie pénitentiaire soviétique est la redécouverte de la spiritualité à l'épreuve de la plus implacable souffrance. Mais ce que l'auteur démontre indirectement et de façon décisive, c'est que seul le droit et les institutions qu'il fonde peuvent assurer la *communication* des valeurs et de la politique. Le droit rendant à César ce qui est à César, et imposant à César de respecter le for intérieur, réserve à la conscience son domaine propre que la confusion idéologique ou morale tend invinciblement à envahir. Le droit est aussi la propédeutique de la reconnaissance de l'impératif d'autrui; en quoi il constitue la propédeutique de toute morale sociale. Ce que *L'Archipel du Goulag* montre exemplairement, c'est que l'absence totale et ordonnée

1. Soljenitsyne, *Lettre aux dirigeants de l'URSS*, Le Seuil, p. 47.

2. Soljenitsyne, *Discours américain*, Le Seuil, p. 42.

3. Soljenitsyne et autres, *Des voix sous les décombres*, Le Seuil, p. 26 et 29.

4. Soljenitsyne, *L'Archipel du Goulag*, Le Seuil.

de toutes les libertés formelles (et partant des libertés réelles) dans le système pénal soviétique conduit à l'éradication de toutes les valeurs d'humanité. Entre le pouvoir du gardien et le déporté, il n'y a *rien*. La quotidienneté concentrationnaire est la démonstration expérimentale de ce qu'est l'homme à qui son semblable est soumis *directement* : *Homo homini homo*. *A contrario*, constate Bela Farago⁵, le droit est la condition même d'un rapport altruiste en ce qu'il interpose entre l'homme et l'homme une règle — du droit.

Une prison, un camp ne sont pas, certes, par leur nature même, des lieux où les libertés ordinaires s'épanouissent. C'est précisément parce que des hommes ont rompu délibérément, par l'homicide, le viol, la violence, le vol, avec la communauté de leurs semblables, que cette communauté les exclut à son tour. Mais l'enfermement dans ces châteaux forts de l'ordre civil que sont les prisons est soumis à des règles minutieuses; le droit à la sûreté contre les détentions arbitraires, l'indépendance de la justice par rapport à l'exécutif, et le principe de la légalité des peines et des délits constituent les remparts contre la réduction du prisonnier au statut d'objet. Au regard de ces principes on peut dire qu'aucune des conditions de la sûreté ne se trouve respectée dans le système né de la Révolution d'Octobre. Lorsque le Pouvoir s'empare de la Loi, il n'y a plus de Loi, c'est-à-dire d'universel social symbolique autorisant par ses balises la libération de la société civile.

Aucune des libertés classiques ne subsiste dans ce système d'insécurité organisée : ni la sûreté individuelle, puisque des hommes sont prédestinés par leur classe sociale, leur origine (koulaks) ou la qualité qui leur est attribuée (« insectes nuisibles ») à l'épuration — ni l'indépendance du pouvoir judiciaire; selon Krylenko, procureur de l'URSS, « ce qui distingue avantageusement ce système de la fausse théorie de la séparation des pouvoirs » c'est le fait que la justice politique est « un instrument de la politique »⁶ — ni bien sûr la garantie qu'exprime l'adage : *nulla poena sine lege*; l'article 58 du Code pénal de l'URSS de 1926 qui réprime les crimes contre l'Etat, oukase de l'exécutif, permet d'inculper quiconque de n'importe quoi : une erreur, un propos, une amitié... selon l'opportunité révolutionnaire. Il n'est d'ailleurs aucune

5. Bela Farago, *L'Etat des libertés*, Aubier, 1981, p. 121.

6. Soljenitsyne, *L'Archipel du Goulag*, t. I, p. 224.

forme de la procédure pénale qui ne soit inversée et niée dans la « légalité socialiste » : rétroactivité des lois, culpabilité sociale, illimitation de la garde à vue, maïeutique de l'aveu par la matraque, renversement de la charge de la preuve, huit clos des audiences, inexistence des débats contradictoires, absence de droit de la défense... La description minutieuse de cette « prophylaxie sociale » dans la première partie de *L'Archipel du Goulag* fait de ce livre, suivant l'expression de Bela Farago, « un véritable traité juridique sur l'absence des libertés ».

Absence des libertés puisque le droit est absent de cet univers. Ce qui domine et inspire la soumission et la résignation, et la crainte perpétuelle aussi, c'est « le sentiment de n'être rien, de ne jouir d'aucun droit ». Ainsi le *Code des Lois* est-il un livre introuvable. Mais ce sentiment de n'avoir *aucun droit*, de n'être *rien* par conséquent, conduit les détenus traités en objets matriculés à considérer les autres détenus comme d'autres riens, sans droits non plus. D'où les mouchardages, les trafics, les reniements; la cruauté et le mensonge deviennent les formes naturelles de l'existence; aucun repère dans cette « gale généralisée des âmes » pour marquer « par où passe la ligne de démarcation entre le bien et le mal ».

C'est l'absence du droit — c'est-à-dire d'une règle qui s'interpose entre l'individu et le pouvoir — qui est la cause ou le moyen de « l'abolition de toutes les valeurs d'humanité qui peuvent exister dans une société ». Car la règle de droit — ce que l'on doit, ce que l'on ne doit pas, tous et chacun — apprend à l'homme à reconnaître son semblable — dans la procédure, par la procédure d'abord — comme *celui qui a des droits*. Le respect de la personne, de sa dignité, de sa fierté, s'apprend dans le rapport institué par la législation extérieure réciproque des libertés, le droit, ce qu'après Hegel nous appelons « la liberté effectuée ».

Le droit, pris comme « système », a pour fonction de susciter des sujets libres, les sujets de droit; il le fait ayant été lui-même suscité par eux; il le fait en actualisant dans une recherche jamais achevée ni achevable l'intention de justice — rectitude et miséricorde — qui est l'âme de ce système. Né de la liberté, le droit se donne pour finalité dernière de susciter en retour des êtres libres. Aussi lorsque ces trois instances, dont l'articulation tâtonnante et incertaine est le paysage humain, la liberté, le droit et la justice, sont absentes,

rien ne peut faire que le goulag, ces îles quasi invisibles où habite le peuple des з/к, ne devienne le lieu d'une profonde « décomposition sociale ». Les récits, les mémoires et les lettres des 227 rescapés qui avec Soljenitsyne ont élevé ce monument au déporté inconnu prouvent la dégradation bestiale d'un système où l'homme est soumis directement à son semblable. La franchise et la loyauté des rapports humains disparaissent dans un monde sans références partagées.

C'est la démonstration que fait Soljenitsyne en faveur du formalisme : le dépérissement du droit et des procédures qui conservent aux détenus quelques signes de l'irréductible valeur — ou saveur — de tout homme (et la déstalinisation sur ce point n'a pas modifié la nature profonde de l'enfermement soviétique) ce dépérissement du droit entraîne le dépérissement de l'humanité. Quelques hommes pourtant, au plus profond de cette dégradation, par leur spiritualité et leur charité nous interdisent la tentation d'une réduction du social à un sommaire « tout est juridique ». Mais le moralisme politique de Soljenitsyne est tout aussi intenable. Ce que paradoxalement et presque malgré lui montre Soljenitsyne par la démonstration du contraire c'est que l'homme apprend par l'usage et le mésusage des libertés formelles leur inestimable valeur. Elles sont par les maximes auxquelles elles font nécessairement référence — « agis de telle sorte que... », « rends à chacun ce qui est sien... » — les prolégomènes d'une reconnaissance de l'autre au travers de sa résistance et de son obscurité, comme semblable; comme libre de la même liberté constitutive et extérieure à la société comme au Pouvoir d'Etat, et sous ce tiers « impartial et désintéressé », selon la définition que Kojève donne du juge⁷. Cette rencontre, et là nous retrouvons Soljenitsyne, que le droit comme *médiation* rend possible, provient d'infiniment plus loin que le droit et tend par conséquent aussi infiniment au-delà du droit; mais c'est le droit qui est l'acte fondateur de la reconnaissance de l'homme par l'homme.

Le totalitarisme dessine ainsi en creux tout ce qui donne son relief à ce que nous appelons *libéralisme institutionnel*. *L'état de Droit* s'oppose au *droit de l'Etat*. Sans les règles de droit les sociétés seraient livrées à

7. Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du Droit*, Gallimard, 1981.

la férocité naturelle des hommes entre eux. Poursuivant la visée des libéraux de 1789, des libéraux du XIX^e siècle, Benjamin Constant et Alexis de Tocqueville, nous avons esquissé dans cet essai ce que pourrait être la théorie d'un libéralisme juridique, condition d'une effective et efficace rupture d'un libéralisme politique et économique (les deux indissociablement liés) avec le *social-étatisme* qui règne depuis un demi-siècle. Je préférerais appeler *monarchie juridique*, plutôt qu'*Etat de Droit* — que l'on nomme aussi *Etat civilisé* — cet analytique du pouvoir qui prend le droit pour modèle et pour code, et qui a pour fondement et pour fin la dignité de l'homme. C'est elle qu'il faut restaurer et développer pour que les institutions, les lois et les règlements, mais aussi les initiatives, les libertés et les droits des citoyens s'épanouissent librement. L'homme responsable de lui-même, de sa parole et de son action, tel est le premier et le dernier mot de cette réflexion sur l'alternance libérale au social-étatisme, car droit et liberté ne font qu'un.

Comment s'opère la genèse de la liberté par le droit

Mais qu'est-ce que ce libéralisme, redevenu un mot phare, après un long purgatoire où ses doctrines et ses solutions se sont laissés oublier ? Il y a des mots et des formules qui discréditent une pensée quand ses partisans croient être tels que leurs adversaires les peignent. Une formule, qui est souvent tout ce qu'on sait du libéralisme, fait encore mouche : « *laissez-faire* ». Un ancien Premier Ministre, à l'ignorance tranquille, l'a reprise avec l'image cent fois répétée de la liberté du renard dans le poulailler. Son origine est déjà une réponse ; c'est le marchand François Legendre qui aurait répondu à Colbert qui lui demandait comment le roi pouvait aider le commerce : « *laissez-faire* ». Ce qui signifiait qu'il n'appartenait pas à l'Etat de « faire », ni non plus d'avoir pour maxime le « laisser-faire » discrédité, mais de « permettre de faire » ; laissez circuler librement les grains, les hommes, les idées ; ne croyez pas les intendants et les agents du roi supérieurs en capacité au laisser-faire des marchands ; le commerce maritime et les comptoirs des Indes montrent que la liberté marchande est la meilleure procédure de découverte. Le *laissez-faire* consiste à laisser les individus faire ce qu'ils veulent avec ce qu'ils ont, leur

propriété, leur force de travail, leur esprit d'entreprise, leur revenu; de poursuivre à leur guise leurs fins individuelles à condition de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui; ce qui est le contraire du *laisser-aller* qui s'en remet de son destin à l'Etat, parce que la philosophie du *laissez-faire* implique un sens profond de la responsabilité. Pour cette philosophie l'Etat n'est pas le *gérant* des désirs et des besoins, mais le *garant* que la libre activité des individus, selon la loi de l'offre et de la demande assurant la satisfaction des désirs et des besoins de chacun par l'ajustement sélectif spontané des expectatives et des possibilités, sera rendue possible par la discipline des règles abstraites de juste conduite⁸. L'expérience historique comparée des sociétés laisser-fairistes et des sociétés socialistes démontre que jusqu'ici le marché, lorsqu'il n'est pas suspecté, perturbé, corrigé par des interventions étatiques qui introduisent le désordre et provoquent la pénurie, tend spontanément, irrésistiblement à un ordre économique naturel et à une croissance globale des richesses, nationales et individuelles.

Il n'y a pas de science de la liberté, comme le montrait Kant; mais il y a des effets bénéfiques des économies en liberté où l'Etat intervient le moins pour contrecarrer la tendance à l'ordre des lois du marché. Parce qu'une politique se détermine, note Raymond Polin⁹, par le temps qui court, pour des raisons économiques, se définit en termes économiques, et s'apprécie au prorata de ses succès économiques, le libéralisme tend à être confondu, pour la classe politique et pour l'opinion publique, avec le libéralisme économique. Le rôle principal d'une politique dite libérale n'est-il pas de garantir l'ordre du marché? Ordre qu'Hayek nomme *catallexie*, terme dérivé du grec *katallatein* signifiant à la fois « échange » et « recevoir dans la communauté » « l'ordre spontané produit par le marché à travers les actes des gens qui se conforment aux règles juridiques concernant la propriété, les dommages et les contrats »¹⁰. Mais ces règles ne doivent pas prescrire ce que les personnes doivent faire (sauf d'exécuter les contrats souscrits), mais seulement ce qu'elles ne doivent

8. F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF.

9. *Le libéralisme*, 1984, La Table Ronde, p. 65.

10. Hayek, *DLL*, t. II, p. 131, PUF.

pas faire. Ces règles, en facilitant la concordance des anticipations, garantissent que la liberté de chacun est assurée à tous, en formulant les conditions des accords de gré à gré pour échanger ou céder, augmentent les chances de tous par conséquent, mais ne tendent à aucun résultat particulier. Trop souvent on trouvera, comme le dit l'Ecclésiaste, que « la course n'est pas au plus rapide, la bataille au plus fort, ni le pain pour le sage, ni la richesse pour les gens avisés, ni la faveur pour le talent, mais le temps et la chance sont dans le lot de chacun » (9, 11); la justice libérale n'est pas d'assumer une impossible justice sociale, enseigne Hayek, mais d'améliorer également le droit de chacun, c'est-à-dire d'ouvrir davantage de routes pour n'importe qui. Hayek ne nie pas les inégalités que le marché produit, et les dommages infligés par la concurrence; mais il estime que le marché, comme son efficacité le démontre, est la seule façon de régulation sociale compatible avec les libertés; car personne ne peut s'emparer du marché comme d'un pouvoir pour déterminer par la contrainte légale les attitudes et les situations de chacun. Comme l'écrit Bernard Manin : « Le marché est une instance régulatrice, mais une instance vide, qui n'est personne. La main n'est pas seulement invisible, il n'y a pas de main »¹¹.

Mais le libéralisme n'est pas pour autant le renard dans le poulailler; c'est au contraire la sécurité du poulailler dans la coexistence des libertés naturelles et réfléchies que le droit garantit. L'économique à son rang, et selon sa fonction qui est d'assurer par le bon usage du droit l'ouverture à tous des conditions d'existence suffisantes pour dépasser les besoins vitaux et pour jouir de ce loisir vrai, la scholè des Grecs, ordonnée en vue de l'excellence de l'homme. Les règles juridiques de bonne conduite protégeant la propriété privée comme la forteresse de l'individu et le marché comme son espace d'accomplissement garantissent la concurrence et la sélection. Elles garantissent aussi la liberté d'être responsable de sa propre existence, la liberté de propriété qui extériorise la liberté primordiale, la liberté d'entreprendre, la liberté de penser et de communiquer, la liberté d'aller et de venir en toute sécurité et à toute heure, la liberté des contrats et la liberté d'association. Les trois préceptes

11. Le libéralisme radical d'Hayek, *Revue Commentaire*, n° 22, p. 333.

d'Ulpion : *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Digeste I, 1, 10) en qui se résume l'idée de justice, au niveau de l'agent, de la règle et de l'acte complètent ces *devoirs de liberté*.

Le libéralisme économique n'est donc pas le tout du libéralisme. Le libéralisme économique n'est pas même la fin du libéralisme pas plus que ne l'est le libéralisme politique. L'économique et le politique ne représentent et ne comportent aucune fin intrinsèque; ils sont instrumentaux par rapport à la fin du libéralisme qui en est le commencement, l'*arché* : l'individu. Le libéralisme proclame la *souveraineté de l'individu*. En quoi le libéralisme est une philosophie. Il est une philosophie politique, et une philosophie du droit en ce qu'il postule au fondement de l'une et de l'autre que la liberté humaine et sa valeur sont une réalité irréductible et incontournable. C'est-à-dire qu'elle reconnaît à l'homme, par sa capacité de liberté et de raison, le pouvoir propre de *commencer* par lui-même, de *transcender* par lui-même son donné propre et son environnement. Le *libre arbitre* est le nom que la philosophie donne à cette inauguration créatrice, dont chaque naissance est comme l'archétype métaphysique. Le libéralisme est donc un individualisme — mais cette souveraineté appelle pour son affirmation deux compléments : d'être *institutionnel* et d'être *responsable*. Nous disons *individu* et non *personne*, car nous réservons à la métaphysique cette excellence de l'individu qu'est la notion de *personne*. L'individu, radicalement unique et distinct, porte en lui seul son principe d'existence et son principe d'ordination, par la conscience réfléchie, par rapport à soi et à autrui. L'individu est celui qui pense, sent, agit par soi-même et qui n'appartient à qui que ce soit, égal à tout autre homme, et libre; il trouve sa loi dans sa liberté même. Cette figure privilégiée et insubsumable de l'homme ne s'énonce cependant que sur le mode de l'universalité.

Habeas corpus, habeas anima ; cette double revendication de l'individualisme libéral et de sa liberté raisonnable se décline au singulier et sur le mode universel; elle est au fondement de l'*Etat de droit*, cette coexistence raisonnée et pacifique des libertés singulières. L'individu conséquent sait qu'il n'existe comme être autonome que dans sa relation à autrui — *esse est coesse*, disait Gabriel Marcel. Si rien d'humain n'a de sens que par les individus — les individus ne deviennent effectivement et véritablement humains que s'ils deviennent

politiques. L'*être-soi* de l'homme est inséparable de son *être-au-monde*; il ne rejoint son humanité qu'avec-par-et-pour les autres, capables comme lui de liberté raisonnable, capables par conséquent de droit. Soi de l'être et conscience de soi, le souci de soi¹², injonction traditionnelle des philosophes antiques, ambition d'être *sui juris*, son propre droit, est par essence une pratique sociale.

Le libéralisme est donc bien antérieur à la date (1823) où pour la première fois ce terme apparut dans un lexique¹³. Avant d'être une théorie, un programme et une pratique politique, il est une philosophie liée à l'existence de la liberté comme valeur; elle est aussi ancienne que le combat que l'homme a engagé pour qu'elle lui soit juridiquement reconnue. Si pour reprendre le parallèle classique de la liberté des Anciens et de la liberté des Modernes, illustré par la célèbre conférence prononcée par Benjamin Constant en 1819, nous distinguons les droits politiques et les droits individuels, c'est-à-dire la *liberté-participation* et la *liberté-autonomie*¹⁴, la liberté politique se présente comme le prolongement, le complément et la garantie de la liberté civile.

Benjamin Constant nomme sécurité cette liberté et la définit par les *droits négatifs* qui la garantissent : « droit de n'être soumis qu'aux lois, de ne pouvoir être arrêté ni détenu... par l'effet de la volonté arbitraire d'un ou plusieurs individus... droit de dire son opinion, de choisir son industrie et de l'exercer; de disposer de sa propriété, d'en abuser même, d'aller, de venir, sans en demander la permission... de se réunir à d'autres individus..., enfin c'est le droit pour chacun d'influer sur l'administration générale »¹⁵.

Le libéralisme est *institutionnel*, car tout pouvoir est risqué d'abus. La reconnaissance juridique de normes abstraites, par leur abstraction même, et par la procédure qui les formalise, permet à la société de changer et de s'adapter, de réagir, sans téléologie dogmatique, et contient le pouvoir en introduisant l'exigence de liberté pour tous

12. Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, t. III, Gallimard, 1984.

13. Lexique de Claude Boiste, cité par G. Burdeau, *Le libéralisme*, Le Seuil, 1972, p. 7.

14. G. Burdeau, *op. cit.*, p. 158.

15. *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes 1819*, rééd. Hachette-Pluriel, 1980, p. 495.

dans le tissu social. L'odyssée historique du socialisme le prouve par son contraire : le droit *civilise*. Supprimer son formalisme, c'est livrer la société au pire. C'est par le droit et dans le droit que l'individu se considère comme une personne, exige qu'on le traite en personne, et non en objet. Kant l'a bien vu : « Agis toujours de telle sorte que la personne humaine en autrui et en toi même soit considérée comme une fin et non pas seulement comme un moyen. » Il y a une génétique de la liberté par la pratique du droit. Et le droit légitime la politique en la déduisant de la seule réalité sociale incarnée : *l'individu*. Entre l'unification étatique du socialisme et la régression libertaire vers l'état de nature, perversion du marché sans loi proche de *l'Etat de peur*, le droit, conquête fragile, le droit pris à la lettre, pris au mot, est le lieu de la reconnaissance de l'autre, la singularité de sa personne sous la forme de l'universel.

Le libéralisme institutionnel veut ancrer la liberté en des institutions qui constituent la société et dans des lois qui instrumentent et médiatisent la relation de droit antérieur à leur promulgation, dans *l'égalité en droit* de chacun qu'assurent la généralité, l'abstraction et la permanence de la loi, dans le droit reconnu à chaque homme d'avoir les droits de tous, dans le principe dynamique de la séparation des pouvoirs pour que le pouvoir arrête le pouvoir, dans la faveur donnée à toutes les formes d'association des hommes pour la poursuite de leurs intérêts communs; et dans la reconnaissance du principe du contradictoire emprunté à la procédure comme modèle d'une pratique accusatoire et contractuelle de la vie sociale, étendant l'exigence pluraliste à toute la substance de la société. L'Etat de droit est l'expression de ce conventionnalisme. Car nulle liberté n'est contenue dans la nature; c'est le droit qui fait accéder les hommes à une *république des libertés*. « Le droit ne vient pas de nature; il est fondé sur des conventions », écrit Rousseau dans le chapitre III du livre 1^{er} du *Contrat social* où il arrache le droit aux relations de force qui sont à l'œuvre dans la société, car l'individu porte en lui la violence et l'insociabilité avec la liberté; « convenons que force ne fait pas droit, et qu'on est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes ». Il n'y a pas non plus de droit naturel, mais du droit conquis sur la nature par l'homme capable de loi.

La philosophie libérale rejette ainsi les genèses et les déductions

naturalistes et organicistes de l'Etat. Mais ce conventionnalisme n'est pas un volontarisme; nous avons dit qu'il *postule* la liberté de l'individu comme valeur et comme fin. Il postule le libre arbitre du sujet de droit (car il s'interdit de pénétrer au for intérieur de la liberté personnelle) dans sa relation à l'Autre. La liberté politique et ses bornes sont la sublimation de cette liberté native et imprescriptible de l'homme.

Comment dissocier le pouvoir d'Etat de la société civile par l'incrustation du libéralisme dans les institutions

Il ne s'agit pas seulement de *désétatiser*, de *dénationaliser*, de *déréglementer* ces trois thèmes de la rupture libérale avec le socialisme. Il s'agit d'opérer une révolution radicale, condition nécessaire à l'effectuation de ce programme, en associant le marché libéré, le laisser-fairisme étendu au social, les libertés foisonnantes, les institutions civiles, le *Polycratie* à l'*Etat de droit* et en soumettant sans réserve le pouvoir d'Etat au droit. Au droit et non aux lois, comme nous le distinguerons en reprenant l'opposition grecque des *nomoi* et des *theseis*; car les lois sont, par le mythe de la représentation majoritaire de la volonté générale et par la confusion réelle du législateur apparent et du pouvoir opaque des administrations, le moyen d'agir du Pouvoir d'Etat. Révolution néo-copernicienne selon Jean-Marie Benoist¹⁶, car dessaisissant l'Etat, rééduqué à un rôle arbitral ultime, et par conséquent inversant le pôle instituant au profit de la société civile, elle prend pour mot d'ordre : retrait de l'Etat devant la primauté de la société civile. Révolution qui commence par une émancipation : celle de l'individu. Jean François Prévost dirait : *coup d'Etat de l'individu*¹⁷. Non le *tout parfait et solitaire* de Rousseau, mais *l'empire dans un empire* de Spinoza : le citoyen. L'émancipation de l'individu dont nous réclamons les droits est donc celle du citoyen, non de l'*assujetti* comme il accepte d'être nommé, ni du contribuable, ni de l'électeur, ni du justiciable, ou de l'administré, ou plutôt de celui qui est tout cela, mais qui est aussi celui qui résiste et qui juge, propriétaire de lui-même, propriété

16. *Les outils de la liberté*, Laffont, 1985.

17. *Le peuple et son maître*, Plon, 1983.

originelle et inaliénable à laquelle il ne peut renoncer sans renoncer à lui-même.

Le citoyen. Car si nous avons reconnu la liberté de nature de l'homme défini dans son essence et universalité d'homme au fondement de toute inscription dans le social, il n'y a pas pour autant de droit de l'homme considéré à part de son existence de citoyen; l'homme n'a pas de droit ni dans la nature, ni en vertu de sa nature, le droit est de l'ordre de la liberté dans l'histoire; il est vain de parler de droit de l'homme en dehors d'une communauté où les hommes, *faisant société*, se reconnaissent des droits parce qu'ils se reconnaissent en tant qu'hommes, une valeur et une dignité qui sont leur capacité de liberté raisonnable : il n'y a pas de droit de l'homme; il n'y a que des droits du citoyen, nous a appris Raymond Polin¹⁸.

Une fois restauré le règne de l'individu, principe et fin de toute constitution politique, il y a une séparation irréductible entre la société civile, sphère des relations établies à l'initiative des individus lorsqu'ils usent librement de leur liberté naturelle de posséder, de contracter, de communiquer, et dont l'association spontanée, sinon naturelle, doit être soustraite au pouvoir politique, et la sphère du politique constituée essentiellement en fonction de l'exigence de sûreté et de défense. Le despotisme tutélaire comme le despotisme moderne, pour s'exprimer comme Tocqueville et Constant, c'est l'invasion par la norme politique, la loi, de la sphère civile ou individuelle au nom du primat du collectif¹⁹. Notre thèse de base : l'avènement d'une division ouverte entre la société civile et l'activité sociale placée en rapport d'*extériorité*, principe architectonique du libéralisme, cet article un crédo libéral — car le libéralisme est plus qu'une pratique, il est une foi — Benjamin Constant l'a exprimé : « Il y a une partie de l'existence humaine qui de nécessité reste individuelle et indépendante, et qui est de *droit* hors de toute compétence

18. *L'obligation politique*, PUF, 1971, p. 149, 150.

19. L'expression sociale du primat du collectif, conçu comme un être substantiel, a aussi ses fondateurs contre-révolutionnaires. Citons Bonald : « Le pouvoir existe comme un rapport entre le souverain et le sujet, pour les unir tous deux, les rendre *uns* de volonté et d'action, en conformant la volonté faible, imparfaite, variable, contingente du sujet à la volonté parfaite, générale, nécessaire du souverain et rendre l'action conservatrice du souverain réellement présente et sensible au sujet », Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social, *Œuvres*, t. I, 1864, p. 987.

sociale. La souveraineté n'existe que d'une manière limitée et relative. Au point où commence l'indépendance de l'existence individuelle s'arrête la juridiction de cette souveraineté »²⁰.

Cette dissociation n'est pas libertaire. Il ne s'agit pas de dissoudre le politique; ni de rêver la mort de l'Etat, cette pulsion suicidaire. L'Etat en France est associé à sa vie et à sa survie. Le général de Gaulle par la Constitution de 1958, parachevée par la légitimation populaire de 1962, l'a restaurée en France. La fonction de l'Etat est de constituer symboliquement une collectivité en société et de donner figure et corps à un pouvoir émanant d'elle et mandaté par elle, mais qui lui soit extérieur. C'est en s'incorporant, en continuité avec le pouvoir royal, un élément monarchique, un pouvoir d'action indépendant et un pouvoir neutre de représentation que la Constitution de 1958 a résolu le problème central pour Rousseau de toute politique : « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle, chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. » C'est par la communion fondatrice, le contrat social, que la liberté « naturelle » devient « civile » — « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté ».

Mais l'échappement de l'Etat à la démocratie oppressive, et à ses recours plébiscitaires ou autoritaires, réalisé par le général de Gaulle²¹, dotant l'Etat, sous une forme appropriée aux temps modernes de la stabilité, de la continuité dont il était privé depuis cent soixante-neuf ans, laissait sans solution l'union de la légitimité et de l'autorité. Comme il avait dit lui-même au Conseil d'Etat : « Rien n'est capital que la légitimité, les institutions et le fonctionnement de l'Etat » (26 février 1960). La légitimité, c'est *l'idée de droit* qui retient la durée et constitue la société, et qui ne se confond pas avec une majorité à un moment donné. En mettant fin en 1974 à *l'absolutisme de la loi*, par la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel chargé de vérifier la conformité de la loi votée aux principes généraux du droit, Valéry Giscard d'Estaing a achevé l'œuvre gaulliste. Il a mis fin au

20. Les principes de politique, in *De la liberté chez les Modernes*, Pluriel-Hachette, p. 271, et préface de Marcel Gaucher, p. 68.

21. Dominique Decherf, *L'institution de la monarchie dans l'esprit de la V^e République*, LGDJ, 1979.

légicentrisme issu de la révolution. Il a restauré le Droit. Cette révolution ou cette restauration est indissociable dans son intention et ses effets de la ratification de la Convention européenne de Sauvegarde des Libertés en 1974 (et de l'acceptation du recours individuel le 2 octobre 1981), ratification qui soumet la loi nationale au contrôle substantiel et téléologique du droit commun des nations européennes.

Mais il faut aller au terme. Le nouveau rapport institutionnel doit être compris effectivement comme la fin d'un absolutisme et les conséquences doivent en être déduites : *séparation des pouvoirs, droit au droit, droit à la constitution, droit au juge, droit au contradictoire, droit d'avoir des droits*; tous ces droits qui constituent autant de chapitres de cet essai sont les constituants d'un Etat de droit dans lequel l'Etat n'est pas le *gérant du droit* mais le *garant du droit* sous les espèces du *pouvoir judiciaire*.

En d'autres termes il s'agit de passer d'un Etat *producteur du droit*, à un droit *produit* par la société civile. Car qui dit aujourd'hui le droit, sinon l'Etat ? Et que dit l'Etat ? le droit. Puisque l'exécutif et le législatif se confondent, les seules lois votées sont celles qui émanent des administrations qui ont confisqué le pouvoir législatif. L'administration en France sait seule tout ce qui est bon pour la société civile. Toute initiative de l'administration, en raison de l'identification acquise de l'Etat gérant et de l'intérêt général, aboutit à ce que l'Etat incarne institutionnellement l'intérêt général contre les intérêts particuliers, intérêts présumés « corporatistes » ou « catégoriels », c'est-à-dire égoïstes et irresponsables. Cette croyance en l'infailibilité technocratique qui a longtemps bloqué la société est aujourd'hui ébranlée de toutes parts : le mouvement associatif, le mouvement consumériste, la décentralisation, l'autogestion, la réhabilitation des libertés formelles, la motivation des décisions administratives... montrent cette inversion de signe qui est en cours. On commence aussi à se demander si, à l'exemple des Etats-Unis, il est vraiment nécessaire que le crédit, les assurances, la poste, le téléphone, les transports, la recherche scientifique, la préservation du patrimoine, l'instruction²² soient des institutions publiques financées par les contributions obligées des particuliers; leurs coûts financiers, sociaux et politiques

22. Bertrand Jacquillat, *Déstatiser*, Robert Laffont, 1985.

(l'irresponsabilité de la société civile) sont très supérieurs à la gestion privée²³. Il suffit de l'exemple du blocage des loyers et de la réglementation draconienne des baux pour constater que la loi Quillot a généré une situation de pénurie de logements dont les premières victimes ont été les bénéficiaires déclarés de la loi, les locataires²⁴; ce qui est montrer que les peuples logés sont ceux qui n'ont pas de loi sur le logement.

La croissance légitative exponentielle ne prendra fin que lorsque la société civile retrouvera son pouvoir d'*autoréglementation* et d'*autorégulation*. C'est-à-dire que la Constitution, à l'exemple de l'article 34 qui répartit les compétences législatives et réglementaires, répartisse le pouvoir de faire des lois entre le pouvoir d'Etat et les citoyens par la détermination des matières d'Etat, l'exigence de majorités qualifiées pour changer la vie en changeant la loi, et le développement de la représentation des citoyens par *les consultations d'initiatives populaires*. Le titulaire de la souveraineté doit pouvoir l'exercer, avoir la parole et le pouvoir de décision pour ce qui le concerne. Le mécanisme de la représentation majoritaire du peuple souverain a abouti à la souveraineté populaire confisquée par le pouvoir d'Etat. Une *société ouverte* est à ce prix d'une révision constitutionnelle. C'est la proposition faite par Valéry Giscard d'Estaing d'une mise à jour de la Constitution à réaliser lors de la première session du Parlement suivant l'alternance : « Décider que pour celles des matières auxquelles le préambule fait référence explicite — libertés fondamentales, droit de propriété, droits de l'homme, égalité de l'homme et de la femme, non-discrimination entre les citoyens français selon la religion ou la race, auxquels viendraient s'ajouter la liberté d'information et la liberté d'éducation — les lois devraient être votées dans le même texte, à la majorité absolue de chacune des assemblées. Aussi leur adoption ne pourrait résulter ni de la résignation par le jeu des abstentions, ni des impulsions passagères, par la décision d'une seule des assemblées »²⁵.

23. Michel Crozier, L'Etat est le plus arriéré des opérateurs organisationnels, *Le Figaro*, 27 octobre 1984.

24. Voir chapitre IV : « Le mien, le tien et le sien ».

25. *Deux Français sur trois*, Flammarion, 1984, p. 178.

La liberté est toujours une idée neuve, surtout depuis que le bonheur socialiste est une idée morte. Redistribuer le droit, c'est séparer les pouvoirs. Et d'abord le pouvoir de faire des lois. Ce n'est pas à l'Etat de produire du droit, d'assigner à chacun ses droits et ses obligations, de délimiter ce qu'il lui reste de privé, de réglementer les contrats et les activités. Nous verrons l'ineffectivité de ce droit en miettes du fait de l'inflation législative. Il n'y sera mis fin que par une rupture entre l'Etat et la production législative. L'Etat doit réguler les rapports juridiques qui naissent et s'ajustent spontanément entre les hommes, comme le marché ajuste les besoins et les opportunités, mais il ne doit pas régner par le moyen du droit comme instrument de tutelle. Il faut désintoxiquer la vie publique de l'idée fausse de réforme²⁶; le législateur ne programme pas le social; il codifie les droits fondamentaux à partir desquels les individus développent leurs initiatives. C'est donc à la Constitution de fixer les domaines de la loi, du règlement et du *libre arbitre juridique* du citoyen qui doit être le droit commun.

Jacques Julliard²⁷ s'accorde avec Laurent Cohen-Tanugi pour reconnaître que le moment est venu de passer du contrat social et du droit public à une véritable société civile et contractuelle : « Le modèle de la société contractuelle s'oppose ainsi naturellement, dans ses termes mêmes, à l'autre grand modèle de régulation, celui du contrat social, macro-contrat englobant l'ensemble de la société pour donner naissance à l'Etat, dont les clauses se résument à une délégation générale et absolue du pouvoir de la première au second »²⁸.

26. Guy Sorman, *L'Etat minimum*, Albin Michel, 1985, p. 146.

27. *La Faute à Rousseau*, Le Seuil, 1985, p. 243.

28. *Le Droit sans l'Etat*, PUF, 1985, p. 10.

Comment l'inflation des lois déprécie le droit

« Dans un Etat où le gouvernement et les lois ont déjà leur assiette, il faut éviter autant qu'il se peut de rien innover. Les avantages des lois nouvelles sont presque toujours moins sûrs que les dangers n'en sont grands ; et la plupart des abus perdent en vieillissant leur malignité et ne deviennent que des usages. Les meilleures lois au contraire ont presque toujours dans leur nouveauté je ne sais quelle violence qui les rend incommodes. Un nouveau joug n'est jamais facile à porter. »

J.-J. ROUSSEAU,
première version de la lettre VIII
des *Lettres Ecrites de la Montagne*²⁹.

Montesquieu dénonçait déjà dans *L'Esprit des lois* l'intempérance législative qui affaiblit « les lois nécessaires par les lois inutiles ». Il mettait ainsi en garde contre les tentations socio-étatiques de changer la société au nom d'un *a priori* abstrait. « Lorsqu'un Prince veut faire de grands changements dans sa nation, il faut qu'il réforme par les lois ce qui est établi par les lois, et qu'il change par les manières ce qui est établi par les manières ; et c'est une très mauvaise politique de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières » (livre XIX, chap. XV). A vouloir changer les mœurs par les lois, on est inévitablement conduit à instaurer, sous prétexte de « tout corriger », une tyrannie légale. « Qu'on nous laisse tels que nous sommes » (chap. VI). Comment ne pas voir aujourd'hui que la prolifération et l'accumulation des lois, leur abondance et leur incertitude usent leur autorité. L'exagération de la législation de l'espace social depuis 1981 développe une inflation déjà acquise. Cette inflation doit être mise en cause. Elle a en effet pour premier effet d'entraîner la *dévaluation* du droit ; sa surabondance conduit à son déclin. Le droit s'émiette, la loi s'amollit ou s'oublie. Alors que le droit pour être le droit doit assurer la sécurité du citoyen en délimitant pour lui un espace stable d'ordre juste.

Soupons le Code des Impôts, le Code de la Sécurité sociale ou le Code de l'Urbanisme ! L'inflation des lois et des règlements a fait plus pour discréditer la loi, et par conséquent le droit, que la subsistance de quelques formes désuètes. La multiplication des textes qui veulent tout réformer, tout prévoir et qui s'essouffent à enserrer les

29. *Annales de la Société Jean-Jacques Rousseau*, t. XXI, 1932, p. 102-103.

relations sociales dans leur complexité alimente un *mépris du droit* qu'il faut constater; cette multiplication, produit du pouvoir au service du pouvoir d'Etat. Mais qui enseignera au législateur la vertu du silence législatif? Ce n'est pas l'intensité du débit coulant de ses sources qui fait la valeur d'une législation. Qui proclamera devant ce sinistre un moratoire des lois? Mais y a-t-il un législateur? Ce qui est enseigné encore comme l'œuvre présumée du peuple souverain — les représentants du peuple étant supposés voter des lois qui expriment la volonté générale — est l'œuvre des administrations. Trop vites et trop mal faites, il est loin le temps où Stendhal conseillait la lecture du Code civil; ces lois trop nombreuses usent ce que Jean-Denis Bredin nomme justement « l'autorité du texte écrit »³⁰. Mais elles augmentent les délégations de pouvoir des gouvernés aux gouvernants et font prédominer dans les relations entre les hommes l'autorité sur le contrat, le vertical sur l'horizontal.

Chaque année le flux des lois votées augmente. Et comme les assèchements sont plus rares que les adductions, le débit législatif ne cesse d'augmenter. Un auteur américain³¹ nous en donne l'exemple que l'on pourrait transposer avec notre Déclaration des Droits et les arrêtés du Premier Ministre pris pour l'application de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation de certains actes administratifs : le Décalogue comporte 217 mots, la Déclaration d'Indépendance des Etats-Unis 1 500, et l'arrêté de l'Office de Stabilisation des Prix concernant la hausse du prix du charbon pour 1959, 26 911 mots... Et c'est Edmond Maire, soucieux « d'aborder de face la réglementation pour répondre au besoin de flexibilité sur le marché du travail », qui constate que la réglementation impérative est toujours préférée en France à la régulation contractuelle ou même judiciaire pour surmonter des conflits économiques et sociaux. D'où la prolifération des textes : « La France est un pays de tradition législative et réglementaire qui se méfie du contractuel, de la diversité, du sur mesure. A tout problème, il faut une solution générale, nationale. C'est ainsi que notre Code du Travail atteint 1 600 pages. Il a grossi de

30. *La loi du juge*, Mélanges B. Goldman.

31. Cité par N. Nitch, *L'inflation juridique*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1982, p. 179.

600 pages depuis 1968 ! Or tout chef d'entreprise est censé l'appliquer, comme tout salarié est censé connaître l'intégralité de ses droits »³².

Les codifications qui interviennent de temps à autre ne font que retenir quelques mois le flot montant. Au lieu d'être une classification claire, unificatrice, simplificatrice « par le haut », des textes en vue d'en faciliter la consultation et l'application, comme le furent les codes napoléoniens, ces codes « légitiment » tous les textes. Sous la lettre L, la législation parlementaire, sous la lettre R, les règlements souvent plus nombreux, et parfois les arrêtés ministériels, et même préfectoraux sous la lettre A. Le reproche fait par Montesquieu dans les *Lettres persanes* à ses contemporains s'adresse plus justement encore aux nôtres : « Ils se sont jetés dans les détails; ils ont donné dans les cas particuliers, ce qui montre un esprit étroit qui ne voit les choses que par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale. » Et la doctrine, pour n'être pas dépassée par la législation, qui prolifère sans continence ni contraception, doit adopter pour suivre l'édition de ses livres à feuilles mobiles. Ce qui a suscité l'apparition pour les professionnels du droit d'une nouvelle collaboratrice : la jurisclasseuruse... Le doyen René Savatier a diagnostiqué cette situation : « *L'indigestion du corps social* »³³. Une digestion normale par le corps social suppose des lois assimilables pour les hommes qui le composent. L'intelligence, la mémoire et la volonté ne peuvent comprendre, retenir et observer une masse telle qu'elle exclut une convenable assimilation. D'où les réflexes rebelles de leurs destinataires; allergie qui suscite à son tour des nouvelles dispositions et des sanctions nouvelles toujours plus insupportables. Ainsi se vérifie la vieille maxime : *corruptissima respublica, plurimae leges*.

C'est l'état de droit que met en cause le mécanisme de l'indigestion; c'est sa dissolution qui est la logique de cette inflation³⁴. L'état de droit peut être défini comme l'organisation de l'ensemble des rapports sociaux et politiques par le droit et leur soumission effective

32. *Le Monde*, 2 et 3 novembre 1984.

33. René Savatier, *L'inflation législative et la législation du corps social*, Dalloz, Chronique, 1977, p. 43 et s.

34. Jean-Pierre Henry, Vers la fin de l'état de droit?, *Revue de Droit public*, novembre 1977, p. 1209 et s.

au droit. C'est, pour dire les choses simplement, la primauté du droit sur la force sous toutes ses formes. Cette *normalisation* juridique assure la sécurité des relations entre les hommes en rendant leurs comportements raisonnablement prévisibles. Les aléas du hasard et des rapports de force sont normalement exclus ou contenus. Mais l'intervention croissante du pouvoir étatique — la majorité parlementaire se bornant à amender les projets issus de l'appareil d'Etat — pour organiser la société ou la changer a pour effet de réduire progressivement toutes les hypothèses de non-droit. L'effet de *cette prolifération quantitative et des combinaisons possibles des règles entre elles* est de remettre en cause *la sécurité* même qu'elles ont pour ambition d'assurer. Le phénomène de l'omniprésence et de l'accroissement des signes de la règle de droit fait perdre, par sa surabondance, au droit sa valeur et son effectivité.

La maxime « nul n'est censé ignorer la loi » est devenue une fiction de plus en plus fictive. Qui est réputé connaître la loi ? Le cloisonnement des matières et des enseignements, conséquence de cette prolifération du droit et de son extraordinaire mouvance et fluctuation, conduit à une véritable incommunicabilité entre les spécialistes. Il en résulte que la présomption « nul n'est censé ignorer la loi » est aussi irréaliste pour les professionnels que pour les usagers. Pour ceux-ci le droit est aussi incompréhensible et insaisissable qu'aux époques où le droit était connaissance secrète de pontifes. Et cette présomption est d'un poids non négligeable sur « l'anxiété juridique de nos contemporains » observé par le doyen Carbonnier. Les premiers, enfermés dans leur spécialité, sont encore des légistes mais de moins en moins des juristes. Cette surproduction et cette fragmentation entraînent des « distorsions graves » — que relève Jean-Pierre Henry — qui mettent en cause l'effectivité de *l'état de justice* et qui font apparaître des risques très sérieux de décomposition de *l'état de droit*.

Il en est ainsi de la disproportion entre cet accroissement des prescriptions normatives et les moyens pour en contrôler le respect. Faute d'accroissement proportionnel des moyens d'application, de nombreuses lois vont peupler, selon le mot d'un magistrat, le cimetière des lois mortes par manque de moyens pour les appliquer. C'est le cas par exemple de la législation sur l'environnement dont l'application

sélective a pour conséquence de voir coexister de nombreuses infractions qui ne sont ni poursuivies ni sanctionnées et des poursuites initiées à la convenance souvent arbitraire de l'administration. Ce qui met en cause le principe de *l'égalité de tous devant la loi*.

L'accoutumance aux tolérances provoque dans les cas où la loi est appliquée une réaction de refus. Les contrevenants éprouvent le sentiment d'être victimes d'une injuste poursuite par comparaison avec les tolérances qu'ils constatent. Il en fut notamment ainsi lorsqu'un juge d'instruction, appliquant la loi sur les accidents du travail, mit en détention provisoire un chef d'entreprise. Le « scandale » provoqué par cette mesure rendit aussitôt célèbre le nom du juge, devenu synonyme d'arbitraire politique, alors qu'il n'avait cependant fait que mettre en œuvre une disposition ancienne de la loi. L'effet fut d'ailleurs de provoquer une modification législative et de rétablir dans la loi l'exigence d'une faute ou d'une omission personnelle de l'employeur pour fonder sa responsabilité pénale.

D'où aussi *la fuite devant la justice*. C'est sans doute le développement de *l'arbitrage* qui manifeste le plus la défiance devant le système judiciaire et la tendance croissante des partenaires économiques à tenter de résoudre leurs conflits en dehors des règles et des procédures de droit. Cet éloignement général de la Justice d'Etat est d'abord celui des milieux d'affaires. Si les masses populaires et même les classes moyennes croient encore à la justice, dans le milieu des affaires, l'idée de soumettre un conflit à des juges, de le voir trancher selon les règles du droit est presque considérée comme une inconvenance³⁵.

Mais notre propos dans ce chapitre n'est pas d'examiner les conditions pour que soit assuré le droit au juge. Il s'agit du droit au droit. Plus précisément de la *dévalorisation du droit* qui est la conséquence de la multiplication des règles. R. G. Schwarzenberg dans son essai sur *L'Etat spectacle* met en valeur ce phénomène lié à la personnalisation du pouvoir et au « voyeurisme politique » qui l'accompagne : le spectacle du pouvoir remplace l'exercice du pouvoir. Ainsi la fonction normative est utilisée dans la représentation que donnent les gouvernants pour les gouvernés, sans que les conditions de son application, c'est-à-dire de son respect, soient suffisantes et même existantes.

35. Voir chapitre III : « Le droit au juge ».

Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'une revendication s'enfle : *il n'y a qu'à* faire une loi. Le débat s'instaure ; les médias l'amplifient ; les partis et les spécialistes prennent parti ; puis une nouvelle réglementation clôt le spectacle de la règle de droit ; le rideau retombe ; peu importent les mesures d'application effectives ; souvent même elles sont bloquées par le retard délibéré des textes d'application. Le pouvoir a voulu donner l'impression qu'il répondait aux demandes formulées par le corps social ou par tel secteur mais prive de toute application réelle la loi votée spectaculairement. Ce faisant, les gouvernants — qui sont les vrais maîtres du pouvoir législatif, car la plupart des lois sont d'origine gouvernementale — portent une responsabilité grave dans l'inflation et l'émiettement du droit. Les droits ne sont plus en effet les maximes de conduite universelle transcrivant les certitudes communes, mais de simples procédés de gouvernement, « une façon pour l'Etat de donner ses ordres »³⁶.

Le seuil est atteint à partir duquel l'effectivité des lois décroît dans le sens exactement inverse de leur multiplication. Le moment est donc venu de prendre les initiatives pour interrompre ce phénomène d'inversion qui conduit à la fin de l'Etat de droit. La réflexion contemporaine, accélérée par la pédagogie du socialisme en acte, dénonce la dégradation d'un système institutionnel qui vise à l'exercice de toutes les fonctions sociales par l'Etat. Elle doit prendre en compte dans son intention de désengagement de l'Etat l'exercice de la fonction normative et sa politisation. Rien de ce qui peut être fait librement ne doit être imposé par la contrainte réglementaire. Celle-ci doit être minimum et systémique. Systémique car c'est à la société civile de susciter ses modèles et ses modes de fonctionnement, et le règlement a pour fonction propre de garantir l'autonomie et la responsabilité des citoyens et de leurs institutions civiles à l'encontre de l'entropie hégémonique.

La *déréglementation* chirurgicale qui s'impose, selon le principe de *subsidiarité*, pourrait s'inspirer *pour l'avenir* de ce que le Parlement s'est lui-même interdit de voter une dépense sans la compenser par une recette budgétaire. Il y a là une limite qui pourrait servir de modèle. Que l'homme soit *capable de lois* est pour Pufendorf un attribut de son

36. Jean Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 1971, p. 115.

humanité. Qu'il soit capable de mesure dans l'exercice de son pouvoir législatif serait un attribut aussi significatif de son humanité. Selon le conseil de Luther à Philippe de Hesse : « Faire court et bon, peu et bien, aller doucement et sans cesse en avant. »

Ne nous y trompons pas, la volonté de produire des changements ne s'est pas évanouie avec l'état de grâce; l'occupation de l'appareil d'Etat par des militants et l'omniprésence des idéologies étatistes dans les canaux de la communication gouvernementale et de l'éducation nationale s'inscrivent dans cette logique d'un changement total, non pas de la société, comme le relève Michel Prigent³⁷, mais de la société totale dans ses buts et totalitaire dans sa démarche. Il faut lire les auteurs : François Mitterrand a écrit dans *Ici et maintenant* une phrase qui montre qu'il attendait ce changement, selon la tradition socialiste, du pouvoir d'Etat : « Je crois, comme Lénine, que tout changement fondamental passe par la conquête du Pouvoir d'Etat »³⁸; « Trois démarches inspirent notre projet culturel. La connaissance critique de l'Etat culturel du pays, une éthique de vie fondée sur l'épanouissement matériel et spirituel de chacun; un plan de changement capable d'englober l'éducation, la formation, la science, l'art, en un mot ce que les marxistes appellent des superstructures. Les séparer serait vain »³⁹. Certes le discours n'est plus aujourd'hui le même; la leçon de chose du socialisme à l'épreuve du réel a joué comme un révélateur qui fait surgir le négatif. L'expérience a été comme la contre-épreuve du libéralisme et a suscité l'alternance dans les esprits. Mais cela ne signifie pas que le socialisme se soit résolu à expérimenter aujourd'hui ou demain une autre manière de gérer le pays que le *protectorat social*. Il n'est question ni de désétatiser, ni de dénationaliser, ni déréglementer. Il est parfois question de troisième « voie » pour faire cohabiter le plan et le marché, les nationalisations et l'esprit d'entreprise, l'hégémonie politique et les libertés. Mais ce n'est pas « à petit pas », d'une démarche prudente, qu'on retournera vers une *société ouverte*, observent Florin Aftalion et Pascal Salin⁴⁰.

37. C'est *La liberté à refaire*, préface de Michel Prigent, Pluriel-Hachette, 1984.

38. Fayard, 1980, p. 126.

39. *Ibid.*, p. 156.

40. *La liberté à refaire*, *op. cit.*, p. 388.

*Comment le droit au droit déborde l'explication tautologique :
la loi c'est la loi*

Il ne sera pas aisé de mettre fin au « constructisme » qui hante encore la pensée juridique. Le droit, c'est la loi ; et par conséquent : les lois sont le droit. Du procès-verbal du garde champêtre à la norme constitutionnelle fondamentale, la pensée remonte la hiérarchie des normes, pyramide sans faille. Cette pyramide est aujourd'hui un tombeau. Mais beaucoup l'ignorent encore ou le refusent en répétant avec Saint-Just : « Hors des lois, pas de droit. » La majuscule donnée à la Loi pour sacraliser cette équation droit = loi masque encore le totalitarisme qui se déploie sous le positivisme formel. C'est pourquoi ce n'est pas divaguer que de revenir à l'origine historique de ce règne qui finit pour reconnaître la communauté du légicentrisme et de l'exégèse à laquelle Montesquieu, juge et juriste, opposait par avance « l'irréductible droit naturel » : « Il y avait des relations de justice entre les hommes avant qu'il y eût des lois faites. »

C'est en effet l'Ecole de l'Exégèse du Code civil qui fera de l'interprétation de la loi un véritable culte mystique. Le droit sera par ce culte absorbé dans le texte de la loi. Le Droit s'identifie à la Loi. « Le texte avant tout » est le mot d'ordre de l'Ecole. Les exégètes du Code, quand la communion avec l'intention des rédacteurs fait défaut, font appel aux prophètes, à Domat et à Pothier. Le procureur général Dupin, sous la Monarchie de Juillet, publie que le *Traité des obligations* de Pothier « le plus beau livre de droit qui soit sorti de la main des hommes, un livre qui n'a de supérieur que l'Evangile, parce que l'Evangile est la parole même de Dieu ». Le dogme de l'infailibilité législative, conséquent avec la doctrine rousseauiste et robespierriste de la volonté générale, donne ainsi naissance au dogme de la présence réelle du législateur dans la loi.

Le droit s'identifie tout entier avec la loi, et les juges ne sont que la bouche de la loi. L'un d'eux l'exprime sans ambages : « Les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète ; celui-ci n'a pas pour mission de faire le Droit, le Droit est fait. Plus d'incertitude ; le Droit est dans des textes authentiques. » Et Demolombe : « Ma devise, ma profession de foi est "les textes avant tout !" » Je publie un *Cours de Code Napoléon* ;

j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer le Code Napoléon lui-même, considéré comme loi vivante. »

Du culte de la loi et de l'intention du législateur se dégage implicitement un trait distinctif de cette école : son caractère *étatiste*. L'Etat est « le rationnel en soi et pour soi » ; cette formulation fameuse d'Hegel est bien la pensée de cette école, comme aussi celle de Kant : « Le juriste recherche les lois... non dans la raison, mais dans le code officiellement promulgué, sanctionné par l'autorité suprême. On ne peut lui demander de prouver leur vérité et leur bien-fondé ni de les défendre contre les objections de la raison, car *ce sont d'abord les ordonnances qui font qu'une chose est juste* ; quant à rechercher si ces ordonnances elles-mêmes sont justes, c'est là une question que les juristes peuvent carrément refuser d'examiner comme contraire au bon sens »⁴¹. La théorie kelsénienne des normes germe dans l'ombre de ces maximes : « Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi ; car il est institué pour juger selon elle et non pour la juger. Rien n'est au-dessus de la loi », écrit un autre professeur de cette école. Un autre trait distinctif de cette doctrine en est le *monisme juridique*. En rejetant les traits rationnels et expérimentaux des codes et leur application casuistique au profit d'un culte sans réserve du droit positif étatique et de son application *more geometrico*, toutes les sources du droit s'identifient avec la toute-puissance du législateur, raison d'existence et raison d'intelligibilité du droit, unité immanente qui en fait le lien. L'omniprésence et l'infailibilité du législateur sont les attributs mystiques de cette souveraineté de la loi.

Hans Kelsen, par sa « théorie pure du droit » systématisera ce monisme : les normes juridiques positives, impératif hypothétique au sens kantien, sont pour lui tout le droit ; le droit naturel est rejeté comme métajuridique, et ceci avec d'autant plus de force que le droit est identifié avec l'ordre étatique puisque les normes n'établissent leur raison d'être et n'ont de force obligatoire qu'en se rattachant à la norme fondamentale, la Constitution. Le droit est l'Etat et l'Etat est tout le droit. Et ceci parce que l'Etat « est proprement la raison qui se réalise », selon la formule hégélienne. Ce qu'exprimeront en 1926 Léon Duguit et Hans Kelsen en préface de la *Revue internationale de la*

41. Trad. Gibelin, Vrin, p. 13.

Théorie du Droit : « Le programme de notre revue ne pourra réserver aucune place à la philosophie du droit dans le sens commun du mot, c'est-à-dire à la solution spéculative du problème de la justice », car en effet pour les auteurs « il n'y a pas d'autre justice que celle que l'on trouve dans le droit positif des Etats ».

Seule subsiste l'instance de qui émane la norme et qui applique la norme. Le rapport de l'instance au sujet passif est inverse de celui qui va de la personne à l'obligation et de l'obligation à la personne; il est celui que désigne le concept kelsénien d'*imputation*. « L'imputation ne présuppose ni le fait ni la fiction de la liberté entendue comme non-détermination causale, écrit Kelsen dans sa *Théorie pure du droit* (§ 131), ni la croyance erronée des hommes qu'ils seraient libres. »

L'école exégétique, le positivisme et le normativisme aboutissent à la même conception d'un droit objectif, dissipé « le nuage ontologique » dénoncé par Auguste Comte. Le droit purifié de tout jugement de valeur, d'avoir-à-faire, fonde et justifie le droit légal. Valeur, libre arbitre, droit subjectif, pouvoir, autonomie, tous ces attributs de la personne, sujet *de droit* et sujet *du droit*, sont évacués. En vertu du principe de non-contradiction, une chose est dite ne pouvoir être à la fois comme *sein* et comme *sollen* sous le risque d'une contradiction de l'*être du droit* au *devoir être de la loi*. Une remarque de Hegel dans la Philosophie du Droit préfigure Kelsen : « Au sein de l'*Etat comme objectivité du concept de la raison, lorsqu'il s'agit d'établir juridiquement la responsabilité*, il ne faut pas s'en tenir à ce que chacun considère ou non conforme à la raison, à son appréciation du juste et de l'injuste, du bien et du mal, aux exigences que lui impose la satisfaction de sa conviction. Dans ce domaine *objectif*, le droit d'appréciation vaut comme appréciation de ce qui est légal ou illégal en fonction du *droit qui est en vigueur*, et par suite obligatoire » (§ 132).

C'est l'époque des commentateurs. « *Je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoléon* », aurait déclaré le Pr Bugnet en une formule qui semble la devise de l'école exégétique. Le plus grand traité de droit pénal n'est-il pas le *Code pénal annoté* d'Emile Garçon !

Tout le droit tient dans les lois et les lois trouvent en elles leur propre justification. Le positivisme exégétique de Bugnet et Demolombe, le positivisme sociologique de Duguit, le positivisme étatique de Carré de Maleberg et de Ihering, le positivisme normativiste de

Kelsen, le positivisme analytique d'Austin, le positivisme logique de Hart ont en commun de ne pas rechercher par-delà l'existence du fait « des règles de conduite sociale » *l'eidos du juridique*. C'est ce que dit l'introducteur en France de Kelsen et son traducteur, Charles Eisenmann : « Juste ou injuste, il est le droit positif, en raison d'une donnée de fait, qui se constate, il n'y a qu'à en prendre acte comme celle d'une donnée sociale quelconque. » Cécité singulière que de faire de la sanction étatique l'essence de l'ordre juridique. Comme le faisait observer le doyen Marty : une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique. Et ce que ne voit pas l'épistémologie juridique dans les simples limites du droit « posé » : le juge dans ce moment pathétique de la justice qu'est le jugement ne « dit » pas seulement le droit; en rendant la « justice », il la restitue, il la rétablit et en même temps la crée. La fonction du juge illustre le dualisme du Droit et des lois inhérent à l'ordre juridique, mixité d'entendement et d'expérience, d'intention de justice et d'application des textes. C'est pourquoi le droit au droit est inséparable du droit au juge.

Restauration du Droit et instauration du Juge sont les schèmes fondateurs d'un libéralisme institutionnel. C'est au juge de médiatiser le Droit et les droits, comme de médiatiser la Liberté primordiale et les libertés imparfaites et nécessaires.

Comment et pourquoi restaurer la monarchie du droit

Nous avons employé, le terme de *restauration*. Il est délibéré. S'il est ordinairement employé de façon péjorative en politique pour désigner le rétablissement au pouvoir d'un pouvoir qui en était écarté, le mot de restauration signifie au sens commun régénération et rénovation. Il s'agit bien d'un retour aux sources du libéralisme : la réhabilitation de l'Etat est inséparable de sa *limitation*.

a | *Le fondement de l'Etat sur le Droit*. — Citons Cicéron : « Une république est l'affaire du peuple (*res publica res populi*); toutefois un peuple n'est pas n'importe quelle association d'individus, groupés de n'importe quelle façon, mais une association de nombreux être humains réunis en société par acquiescement au droit (*consensus juris*) et la communauté des intérêts » (*De republica*, I, 25, 39).

b / La séparation de la Constitution et des pouvoirs. — Cicéron encore dans le *De republica* : « Vous devez avoir à l'esprit que la stabilité de l'Etat ne peut être sauvegardée que s'il existe un bon équilibre entre droits, devoirs et fonctions, de telle sorte que les Magistrats disposent d'assez de pouvoir, que les chefs aient suffisamment d'autorité dans leurs décisions et le peuple de liberté. »

c / L'instauration d'un pouvoir judiciaire. — Assurer la *neutralité du Pouvoir*, le pouvoir de la société doit être d'une certaine manière soustrait à ses agents, et le pouvoir doit pouvoir frapper le pouvoir; il faut donc un pouvoir préservateur des pouvoirs exécutifs et législatifs; c'est le *pouvoir judiciaire*, dit Benjamin Constant dans une formule insurpassable : « Tous les inconvénients que nous venons de décrire tiennent à une seule cause. Dans une constitution où il n'existe de pouvoirs politiques que celui qui fait la loi et celui qui l'exécute, lorsque ces deux pouvoirs sont divisés, personne n'est là pour rétablir la concorde entre eux; et lorsqu'ils sont unis, personne n'est là pour arrêter les empiétements que leur union favorise. C'est cette lacune qu'il faut remplir, il faut créer un troisième pouvoir qui soit neutre entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif »⁴².

Le *consensus juris* de Cicéron veut dire aussi bien « respect de la justice » qu'« acquiescement à la loi ». Que font les juges ? sinon « rendre la justice » et les mots qui désignent dans toutes les langues le droit disent à la fois qu'il est une règle de conduite et l'idée de rectitude : *diritto*, *derecho*, *derito*, *recht*, *right*... Comme le disait un juriste romain du III^e siècle dans le Digeste : « Ce qui est juste ne découle pas de la règle mais la règle provient de notre connaissance de ce qui est juste », c'est-à-dire qu'il y a du normatif dans la réalité humaine et sociale avant qu'il y ait des normes. *Jus* et *justicia* se déclinent ensemble selon la formule de Thomas d'Aquin : *Jus id quod justum est*, le droit est ce qui est juste; nous retrouvons ainsi Aristote pour qui le « juste légal » est la détermination par la loi du juste naturel, car de même que les lois injustes ne sont pas des lois dans la tradition du droit naturel classique, un Etat ne peut être un Etat sans justice. La mission du législateur n'est pas en effet de légiférer sans cesse au soutien de ses

42. Benjamin Constant, *Fragments d'un ouvrage abandonné*, cité par R. Gauchet, Hachette-Pluriel, p. 83.

politiques mais de réaliser par la loi le droit préexistant. Un de ses devoirs est de préserver la « certitude du droit », qui est pour Montesquieu une liberté du citoyen, c'est-à-dire « cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté ». Montesquieu la voit compromise quand sont confondus les trois pouvoirs : « Celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger des crimes ou des différends des particuliers »⁴³. Nous retrouvons ainsi l'identification entre légalité et légitimité ; la légitimité est l'*idée de droit* consacrée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne de sauvegarde des libertés. Cette identification est rendue possible par la référence à des valeurs fondamentales et communes, en opposition avec la neutralité axiologique du positivisme qui est toujours cependant la philosophie du droit des Facultés — la contrainte et l'effectivité de la règle de droit étant ses seules justifications. Mais l'idée de droit et les principes généraux du droit qui spécifient ne sont pas comme un ciel d'idées, d'où le droit positif se déduirait. Car le droit ne spécifie pas un « devoir être » mais un « devoir faire ». Ce sont au contraire l'idée de droit et les principes généraux qui polarisent le droit en fonction de la situation présente d'une société donnée, qui sont induits de l'expérience des droits existants. Le droit en effet ne saurait se borner à poser des fins ; il doit aménager les conditions de réalisation qui sont nécessairement relatives aux conditions du temps et du lieu qui diversifient les sociétés humaines. L'idée de droit est le ferment qui fait lever les droits réels et qui ne cesse de les travailler mais elle reçoit sa détermination de ce qui est entre les hommes⁴⁴.

Cette restauration est une rupture. Sans l'avancée que constitue notre référentiel constitutionnel et européen, cette inversion « où chacun peut devenir participant de son droit » (Kant) serait renvoyée au débat académique sur l'existence ou non d'un droit naturel. Cette inversion conquérante signifie une rupture radicale avec le jacobinisme politique et le positivisme juridique. Citons encore Benjamin Constant : « L'on a défini les lois, l'expression de la volonté générale. C'est une définition très fausse. Les lois sont la déclaration des relations des hommes entre eux. Du moment où la société existe, il

43. *Esprit des lois*, liv. II, chap. II ; liv. XI, chap. IV.

44. Léon Husson, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974, p. 467 et s.

s'établit entre les hommes certaines relations; ces relations sont conformes à leur nature, car si elles n'étaient pas conformes à leur nature, elles ne s'établiraient pas. Les lois ne sont autre chose que la cause de ces relations observées et exprimées. Elles ne sont pas la cause de ces relations qui au contraire leur sont antérieures. Elles déclarent que ces relations existent. Elles sont la déclaration d'un fait. Elles ne créent, ne déterminent, n'instituent rien, sinon des formes pour garantir ce qui existait avant leur institution. Il s'ensuit qu'aucun homme, aucune fraction de la société, ni même la société entière ne peut, à proprement parler et dans un sens absolu s'attribuer le droit de faire des lois. Les lois n'étant que l'expression des relations qui existent entre les hommes et ces relations étant déterminées par leur nature, faire une loi nouvelle, c'est seulement une déclaration nouvelle de ce qui existait précédemment. La loi n'est point à la disposition du législateur. Elle n'est point son œuvre spontanée. Le législateur est pour l'ordre social ce que le physicien est pour la nature. Newton lui-même n'a pu que l'observer et non déclarer les lois qu'il reconnaissait ou croyait reconnaître. Il ne s'imaginait pas sans doute qu'il fût le créateur de ces lois »⁴⁵.

Que nous dit ce texte ? *Que le droit est plus grand que la règle de droit. Que le droit est antérieur à la règle de droit et la déborde de partout.* On ne peut plus dire avec le garde champêtre : « La loi c'est la loi », ni comme Sanseverina à Fabrice del Dongo : « Est-ce que tu ferais des objections aux règles du whist ? » Tout le droit n'est pas dans la loi et toute loi n'est pas droit. Mais il faut le redire : cette restauration est une rupture avec la philosophie positiviste du droit pour qui, avec Kant et Kelsen, c'est la forme de la juridicité qui donne le concept de droit, forme pure qui désenchante le droit de sa fin de justice. De cette absolutisation de la norme juridique qui a pris avec l'idéologie de 1789 la forme d'une véritable « divinisation de la loi » et par la suite d'une attitude qu'on a pu qualifier de « fétichiste », témoigne l'exclamation d'Isnard le 14 novembre 1791 : « Mon Dieu, c'est la Loi; je n'en ai pas d'autre ! »

On voit bien là que la société se constitue d'elle-même antérieurement et indépendamment de toute volonté de la faire être — dévoi-

45. *Fragments d'un ouvrage abandonné*, NAT. 14364, p. 61.

lement qui libère l'individu de toute participation nécessaire. La Constitution, la séparation des pouvoirs, l'arbitrage judiciaire ont pour fin de prendre acte du droit qui existe entre les hommes, c'est-à-dire du travail souterrain d'ajustement entre les individus et les groupes qui a fini par dégager des règles. Selon la formule d'Adam Ferguson que cite souvent Hayek : « Les institutions sont le produit des actions des hommes et non de leurs dessins. » Ce qui est étendre le concept économique de la « main invisible » à la genèse des institutions sociales. Face à l'illusion constructiviste d'une raison législative capable de reconstruire rationnellement l'ordre social selon une finalité préconçue, et qui est l'inspiration du positivisme juridique étatiste et formaliste pour lequel le droit c'est la loi — illusion que la finitude du savoir condamne à l'échec —, le libéralisme oppose que le droit naît spontanément et obligatoirement de l'action des hommes et qu'il a sa cause *entre eux*. C'est au législateur de le déclarer. Car on ne peut dessiner une société comme on dessine une machine. Les faits sociaux ne sont pas des choses ; les institutions, les pratiques et les règles juridiques non seulement n'ont pas été délibérément inventées, mais se sont développées parce qu'elles ont survécu lorsqu'elles se sont avérées réussies.

*L'histoire du droit privé français*⁴⁶, de l'an mil au Code civil, confirme ce qui constitue un des apports d'Hayek : « Le droit est plus ancien que la législation »⁴⁷. *Le Code civil ne doit en effet sa longue fortune qu'à la fidélité à l'ancien droit*, produit par l'histoire pendant dix siècles, et qui se caractérise en ce qu'il n'y a rien en lui de factice ou d'abstrait. La loi du législateur paraît aujourd'hui comme la seule source du droit, et l'expression de « la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les hommes », selon la formule de Montesquieu, et plus nettement pour Ihering « l'exclusive création de l'Etat ». On oublie que le pouvoir royal n'avait jamais véritablement légiféré ; le droit, mouvant et multipolaire, se développait selon les conditions et les situations avec pour fin la justice *ars aequi et boni*. L'œuvre admirable d'unification par la doctrine et la jurisprudence aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles n'a jamais prétendu innover, mais corriger, aménager, améliorer dans le sens de la justice. Ce sont les principes communs qui inspirent les coutumes et

46. Par Paul Ourliac et J.-L. Gazzanga, Albin Michel, 1985.

47. *Droit, législation et liberté*, t. I, chap. IV, PUF, p. 87.

les arrêts sur le droit familial, le mariage, le régime des biens..., qui constituent ce qu'à la veille même de la Révolution on nomme « le vrai droit naturel français ».

Les rédacteurs du Code civil, tous juristes de l'Ancien Régime, ne s'exprimeront pas en révolutionnaires mais en héritiers. Il faut, dit Portalis, dans le *Discours préliminaire*, profiter « l'expérience du passé et de cette tradition de bon sens, de règles et de maximes qui est parvenue jusqu'à nous et qui forme l'esprit des siècles... Les codes des peuples se forment avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas ». Le Code civil est en effet l'aboutissement, l'achèvement d'un vieux rêve d'unification de clarification, de rationalisation; il est un « corps de loi » raisonné, combiné⁴⁸; il est un système du droit généré par le temps et la pratique. La loi, et *lex* vient de *legere*, lire à haute voix, lit le droit qui préexiste à la loi pour le *déclarer*. Le Code civil de 1804 dit le droit, il ne l'a pas créé; il n'a pas non plus recueilli les coutumes désuètes, les usages absurdes, les contraintes déraisonnables. Œuvre de raison⁴⁹, le Code est cependant plus qu'une simple mise en ordre d'un coutumier national. Il pose par ses règles abstraites les bases d'une législation portée à l'universel. Ce fut le cas : un nouvel esprit législatif déferla sur l'Europe. Le Code Napoléon (qu'il faudrait mieux appeler le Code Bonaparte par la date de sa conception) fut partout imité. Il fut un code débordant. Débordant parce que créé sur les précédents qu'il universalise. « Le droit précédent » voilà une causalité trop négligée note le doyen Carbonnier; or c'est le droit qui fait le droit; le droit sort du droit; même quand il le renverse, il s'y réfère mentalement. « Légiférer, c'est faire sortir le présent du passé »⁵⁰. C'est bien l'expression que nous avons déjà citée de Portalis, le chef de la bande des quatre grands rédacteurs du Code qui porte le nom de Napoléon (car si Napoléon ne l'a pas fait, il l'a fait faire et c'est aussi important), dans son discours préliminaire : « On ne fait pas à proprement parler les codes, ils se font avec le temps. »

Le Code fut une œuvre de raison que le juge raisonne chaque fois

48. P. Remy, *Eloge de l'Exégèse*, revue *Droits*, PUF, 1985, p. 22.

49. Nous retrouvons ainsi le premier article du projet de titre préliminaire du Code civil de l'An XII : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes. »

50. Carbonnier, *Droit prospectif*, Aix-en-Provence, p. 331.

qu'il l'applique. Ce qui, en rupture avec la tradition exégétique et tous les positivismes juridiques, montre — comme le démontre aujourd'hui le référentiel commun au Conseil constitutionnel et à la Cour européenne à des principes généraux du droit — qu'il y a des exigences de droit avant qu'il y ait des règles de droit; une exigence de jugement avant qu'il y ait des juges; une exigence de justice avant que la justice soit là. Le libéralisme s'oppose donc à l'ingénierie socialiste qui prétend planifier la société et la changer par la loi, mais il ne s'en rapporte pas pour autant à un ordre juridique historicisant; il sait que le savoir accumulé est un bienfait, mais que le droit est *perfectible* selon sa logique, qui est celle du raisonnable; le droit doit être incessamment *ajusté* selon les circonstances et les personnes, et le droit nouveau émerge du processus d'application du droit présent. A la loi du législateur, délibérément créée, invention récente, à la fois fixiste dans sa lecture exégétique et révolutionnaire dans sa mouvance perpétuelle, le libéralisme institutionnel oppose le pouvoir créateur du droit judiciaire⁵¹, qui adopte téléologiquement la loi aux circonstances, la perfectionne, l'améliore, la contredit s'il le faut pour maintenir l'ordre existant, c'est-à-dire selon son aspiration de justice, et dans le respect du maintien des règles de juste conduite communes à tous. A la planification étatisée il oppose la *juridification* de la société civile. C'est dire une fois encore que le libéralisme est institutionnel; entre l'idéologie socialiste rapportant tout à l'action de l'Etat sur la société, et l'idéologie libertarienne qui évacue, au nom de l'autonomie du social, toute prise en compte réel des institutions, angélisme d'où l'on passe trop fréquemment au terrorisme fusionnel, le libéralisme reconnaît les relais institutionnels comme garantie contre les mythes étatistes et civilistes d'une indivision finale. Il refuse toute homogénéisation, toute illusion d'une transparence à soi de la société en permettant par les institutions en extériorité à l'individu et à la collectivité de s'ajuster dans un processus sans fin.

51. Voir chap. III : « Le droit au juge. »

Comment juridifier la politique et constitutionnaliser le Pouvoir

« On a cru souvent faire une excellente plaisanterie aux Français en leur demandant dans quel livre était la loi salique ? Mais Jérôme Bignon répondait fort à propos... qu'elle était écrite es cœurs des Français. En effet, supposons qu'une loi de cette importance n'existe que parce qu'elle est écrite, il est certain que l'autorité quelconque qui l'aura écrite aura le droit de l'effacer ; la loi n'aura donc pas le caractère de sainteté et d'immutabilité qui distingue les lois véritablement constitutionnelles. L'essence d'une loi fondamentale est que personne n'ait le droit de l'abolir : or, comment sera-t-elle au-dessus de tous, si quelqu'un l'a faite ? »

Joseph de MAISTRE,
*Essai sur le principe générateur
 des constitutions politiques*, 1809.

Juridifier la politique et constitutionnaliser le pouvoir, telle pourrait être la devise des Etats de Droit — dont la liste se réduit actuellement à l'Europe de l'Ouest et à l'Amérique du Nord. Sur le fondement de la philosophie politique juridique classique, et qui est inséparable de la morale biblique de la loi (lisons intégralement Vico, Hobbes, Locke, Grotius ou Bodin), les Etats de Droit légitiment les droits individuels : « La liberté naturelle, les propriétés des biens aux sujets », selon Jean Bodin⁵². C'est au contraire la philosophie romantique allemande antijuridique qui va justifier, dans ses expressions totalitaires nazies et communistes rapprochées par Hannah Arendt, la sécularisation de la foi, le socialisme concentrationnaire et la pratique despotique de l'Etat. « Dans le gouvernement despotique, un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et ses caprices », écrit Montesquieu en préface de l'*Esprit des lois*. Aujourd'hui encore « il n'y a toujours qu'un défilé pour que s'écartent les chemins de la servitude : la loi », comme l'écrit Blandine Barret-Kriegel : la loi, au sens où nous disons le droit.

Cette monarchie juridique opposée à l'arbitraire ne date pas de 1789. Les rois de France à l'instant du sacre inclinaient leur tête sous la loi et recevaient la main de justice. Jurieu, l'ennemi de Bossuet, comme Bossuet, distingue « le pouvoir absolu et le pouvoir sans limite ». Bossuet précise : « Il y a des lois dans les empires contre

52. *Les Six Livres de la République*, 1579, p. 273.

lesquels tout ce qui se fait est nul de droit »⁵³; et Massillon s'adressant au roi : « Vous ne commandez pas des esclaves, vous commandez à une nation libre et belliqueuse, aussi jalouse de sa liberté que de sa fidélité »⁵⁴. Bodin encore : « La loi est reine si les sujets obéissent aux lois du roi et le roi aux lois de nature »⁵⁵. Ce que les juristes nomment alors l'« honnête liberté ». L'historien du droit Olivier Martin a relevé beaucoup de ces expressions : en 1596, un évêque remonte à Henri IV que les Français « aiment l'honnête liberté et non la vile servitude »; en 1617, un archevêque exprime le désir de s'adresser au roi : « avec la liberté française »⁵⁶. Ce qui permet d'affirmer avec Michel Villey que les droits de l'homme sont antérieurs aux déclarations de ces droits. Ils datent du récit de la Genèse proclamant que l'homme a été créé à l'image et à la ressemblance de Dieu et que son destin, entre le bien et le mal, est le sien. Son salut est affaire singulière comme son élection est unique. De cette liberté première, inamissible, inaliénable — désignée comme libre arbitre — *status libertatis*, droit de la personne autonome, droit de la propriété de la personne — *habeas corpus*, *habeas anima*, se déduisent selon les temps et les lieux des droits politiques et les libertés civiles — le *status civitatis*.

Le droit c'est d'abord la « franchise » que Louis X Le Hutin proclame : « Comme selon le droit de nature, chacun doit naître franc... »⁵⁷. Cet attribut de la puissance n'attend pas pour être reconnu. Il est explicitement chez saint Bernard. Les droits naturels et civils, la sûreté, la liberté individuelle, la propriété privée que William Blackston trouve dans le corps des libertés anglaises et que 1789 déclarera, sont les développements du *status libertatis*, du droit de chacun à l'appropriation de sa vie individuelle, de sa parole et de son action. Mais sans statut juridique, et sans constitution politique qui garantissent ce statut, ces droits sont de pieuses réclamations sans portée. La morale judaïque de la loi qui imprègne le discours jusnaturaliste

53. Politique tiré de l'Écriture Sainte, liv. VIII, art. II.

54. Sermon pour le Dimanche des Rameaux.

55. *Op. cit.*, p. 276.

56. Olivier Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 1948, cité par Blandine Barret-Kriegel; *L'Etat et les esclaves*, rééd. Calmann-Lévy, 1985.

57. Cité par Gabriel Ardant, *Histoire de l'Impôt*, 1971-1972, 2 vol., t. I, p. 232.

comme *analôgon* appelle pour être effectif l'inscription dans des textes qui survivent à l'éphémère des bonnes intentions. C'est très exactement civiliser le pouvoir que de le soumettre à la loi; et le pouvoir se légitime en s'assujettissant au droit. « Qu'est-ce qu'une Loi ? c'est une déclaration publique et solennelle de la volonté générale sur un objet d'intérêt commun. » Mais cette exaltation par J.-J. Rousseau de la Volonté générale, qui ne rencontre pas comme aux Etats-Unis l'obstacle de la Cour suprême, avait abouti à édifier, par la fiction de la représentation majoritaire souveraine, l'*absolutisme* de la loi, absolutisme sans autre recours qu'insurrectionnel jusqu'à l'institutionnalisation en 1974 de la monarchie du droit, obstacle à l'arbitraire majoritaire.

Cette dualité retrouvée du pouvoir souverain et des droits individuels souverains dans une relation de droit supporte « une conception de la transcendance juridique » selon la juste expression de Blandine Barret-Kriegel. C'est cette transcendance du juridique qui constitue l'apport du libéralisme institutionnel et la condition de son exercice.

Ce qui appelle une nouvelle Déclaration des Droits du Citoyen, adaptée à notre temps, et à ses périls, préjudicielle à la Constitution, et référentielle commun du juge constitutionnel, du juge judiciaire et du juge administratif. Cet acte *déclaratif* des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » doit être en même temps l'acte *fondateur* de cette *idée de droit* que nous redécouvrons par la pratique des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, la création prétorienne de droits nouveaux (comme le droit à la vie privée et à la personnalité) par les tribunaux judiciaires, le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel, et la prééminence du droit communautaire des libertés sur les droits positifs nationaux. Cette idée est celle d'une *supra-légalité constitutionnelle* qui dans ses différentes expressions (sûreté, propriété, égalité juridique...) se ramène à la pierre angulaire de notre système politique et juridique : la liberté. La liberté au sens où elle est le trait distinctif et le tissu constitutif de l'homme⁵⁸. Si l'homme a toujours des libertés à conquérir et à défendre, il est toujours déjà liberté au sens à la fois de saint

58. Robert Maggiori, *De la convivance*, Fayard, 1985.

Bernard et de J.-P. Sartre; l'homme n'est pas d'abord pour être libre ensuite, car il n'y a pas de différence entre l'être de l'homme et son être libre. L'homme ne serait pas pleinement et continuellement responsable de ses paroles et de ses actes, de ses gestes et de ses pensées, si la liberté n'était pas son essence même. C'est la liberté qui donne légitimité au droit positif. Selon la formule de la Constitution de 1852 qui le déclarait sans ambages, la Déclaration des Droits qui s'en déduit forme « la base du droit public des Français ». La nouvelle déclaration doit donc être formelle et sans ambiguïté pour que le Conseil constitutionnel ne soit pas contraint à une interprétation audacieuse, en véritable *pouvoir constituant*, comme il l'a été à l'occasion de la décision du 16 juin 1982 sur les nationalisations, pour reconnaître à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété valeur constitutionnelle⁵⁹.

L'innovation est radicale. Elle a eu cependant ses prophètes. Citons un peu longuement, avec Stéphane Rials⁶⁰, le *Traité de Droit constitutionnel* de Léon Duguit sur cette suprématie et cette antériorité des exigences de droit que le juriste reconnaît dans la nature des choses et des relations humaines avant qu'il y ait des lois pour le définir et des juges pour le dire : « Le système des Déclarations des Droits tend à déterminer les limites qui s'imposent à l'action de l'Etat et, pour cela, on formule des principes supérieurs que doivent respecter le législateur constituant comme le législateur ordinaire. Ces principes supérieurs, la Déclaration des Droits ne les crée point; elle les constate et les proclame solennellement... Par conséquent, la loi par excellence, celle qui est plus forte que toutes les autres — lois constitutionnelles ou lois ordinaires, qui ne sont qu'une émanation d'elle, qui ne valent quelque chose que dans la mesure où elles se conforment aux principes qu'elle édicte —, c'est la loi contenant l'énumération de ces droits individuels, c'est la Déclaration des Droits. Cela explique comment les auteurs de la plupart des constitutions ont cru nécessaire d'inscrire dans la constitution elle-même des garanties des droits, qui ne font point double emploi avec

59. Robert Savy, *La constitution des juges*, Dalloz, Sirey, 1983, p. 105 et s.

60. Les incertitudes de la notion de constitution sous la V^e République, *Revue de droit public*, 1984, p. 587 et s.

la Déclaration proprement dite... Dans le système de 1789, il y a trois catégories de lois qui se hiérarchisent, les Déclarations des Droits, les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Le législateur constituant est soumis aux Déclarations et le législateur ordinaire au législateur constituant. *A fortiori*, le législateur ordinaire est-il lié par les Déclarations des Droits, et s'il n'y a point dans la Constitution les dispositions rappelant ou garantissant les droits inscrits dans la déclaration, le législateur ordinaire n'en reste pas moins lié par la Déclaration et il lui est toujours interdit de la violer, sous peine de faire une loi contraire au droit »⁶¹.

C'est donc un regard métaphysique que nous sommes invités à jeter ainsi sur la réalité des relations humaines, relations qui comportent une exigence de justice, de justesse, qui est la première notion du droit et en qui le droit trouve son acte de naissance et sa nature. C'est la définition qu'en donne Thomas d'Aquin au *Traité de la Justice* de la *Somme théologique* en définissant le droit comme l'objet de la justice; et non de la loi; car l'objet propre de cette vertu est « d'ordonner l'homme dans les choses qui sont pour l'autre » (IIa, IIae, q. 57, a1); le droit est la chose elle-même en tant que juste : *ipsam rem justam*. Cette distinction du droit et de la loi retrouvée par les juges du Palais Montpensier et ceux de Strasbourg, distinction réelle qui fait que le droit n'est pas pure déduction de la loi, ni simple induction à partir des faits, mais qu'il supporte une exigence de justice, est d'une grande portée comme le constate le P. Philippe I André Vincent⁶². Elle fonde l'existence d'un droit au devant du droit positif.

Cette objectivité du droit commande le respect de l'ordre exigé par les relations humaines. Libre de sa parole et de son action dans une société libérée des contraintes accumulées par les pouvoirs successifs comme autant de strates, l'homme ne sera cependant vraiment libre qu'avec les autres, fidèle aux valeurs communes et partageant leur mémoire. Homme avec les autres hommes, c'est le droit qui conjoint, enseigne et pratique le souci de soi et le souci

61. *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd. de Bocard, t. II, 1928, p. 183 et s.; et t. III, 1930, p. 603 et s.

62. La distinction réelle du droit de la loi selon saint Thomas d'Aquin, *La pensée catholique*, n° 191, mars 1981.

d'autrui dans une communauté d'essence qu'exprime Cicéron : « Par cela même qu'il est homme, un homme ne doit pas être un étranger pour un homme »⁶³. Mais ce *droit au droit*, l'homme ne doit pas l'attendre de l'Etat recouvrant comme il le fait la surface sociale de droits en tous genres, selon la prophétique description de Tocqueville : « Il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs, conduit leurs principales affaires, dirige leur industrie, règle leurs successions, divise leurs héritages ; que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre ? C'est ainsi que tous les jours il rend moins utile et plus rare l'emploi du libre arbitre ; qu'il renferme l'action de la volonté dans un plus petit espace et dérobe peu à peu à chaque citoyen jusqu'à l'usage de lui-même »⁶⁴.

63. *Des biens et des maux*, III, XIX, 62.

64. *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, 1951, vol. II, p. 325.

LE CONTROLE DE L'ÉTAT DE DROIT

« Il m'est impossible de comprendre comment les hommes peuvent en arriver à ce point de présomption, de ne plus considérer leur pays que comme une carte blanche sur laquelle ils sont libres de griffonner ce qu'il leur plaît. »

E. BURKE, *Réflexions sur la Révolution française.*

Ce que Tocqueville admirait le plus dans la Constitution des Etats-Unis, c'est le contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par les tribunaux américains, ceux des Etats particuliers, les Cours fédérales et, couronnant le tout, la Cour suprême : « Le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevée contre la tyrannie des assemblées publiques. »

A la différence des Etats-Unis, le droit public des Français, depuis la Révolution, n'avait jamais admis le contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux. Chaque fois que le législateur avait cru instituer l'équivalent de la Cour suprême des Etats-Unis, il n'en a donné qu'une caricature. Ni le Sénat conservateur sous le Consulat, sous le Premier et le Second Empire, ni le Comité constitutionnel de la IV^e République ni le Conseil constitutionnel de la V^e République, jusqu'à la réforme constitutionnelle d'octobre 1974 qui a ouvert sa saisine aux parlementaires, n'en offrent de loin l'équivalent. Si, en France, une Cour suprême, douée des mêmes pouvoirs que celle des Etats-Unis, eût existé, les violations de la Constitution, les atteintes contre l'indépendance de la Magistrature, les atteintes contre la sûreté des individus, les procédures et les juridictions d'exception dont notre histoire a multiplié les exemples n'eussent été pas même concevables.

Pourquoi ce qui fut possible aux Etats-Unis ne l'a-t-il pas été en France ? Pour le comprendre il faut remonter aux origines de la démocratie dans les deux pays.

Comment, partis des mêmes conceptions, les conventionnels américains et les constituants français ont abouti à des institutions opposées

Comparons la conception que se firent de la démocratie les constituants français de 1789 avec celle des conventionnels américains de 1778. Les uns et les autres partent d'un fonds d'idées communes que l'on peut résumer ainsi : les membres d'une même communauté politique passent entre eux un « pacte social », qui s'exprime dans une « constitution écrite » dont le but est de protéger de toute la force du corps social un « certain nombre de droits individuels et de libertés publiques », que les Anglais considéraient comme des droits historiques, les continentaux, comme des droits naturels, et les Américains, comme des droits naturels et providentiels. Ils admettent que tout pouvoir, livré à lui-même, tend à devenir abusif, et que le pouvoir peut seul limiter le pouvoir. En conséquence, ils prônent la séparation des trois pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire. L'article 16 de « la Déclaration des Droits » de 1789 comporte : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. »

Partant de ces mêmes principes, conventionnels américains et constituants français en tirent des conséquences fort différentes, qui aboutissent, chez les premiers, à la supériorité de la constitution sur les pouvoirs qu'elle constitue, au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, à l'équilibre des pouvoirs ; qui aboutissent, chez les seconds, à l'omnipotence du pouvoir législatif, au rejet du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, au gouvernement d'assemblée.

Voici comment raisonnent les légistes américains. Pour eux, la volonté populaire s'exprime originairement dans une constitution écrite qui est l'expression juridique du pacte social. La constitution crée des pouvoirs constitués, délégués, commis, qui ne peuvent s'exercer que dans les limites de leur procuration, et qui, en tant que

tels, sont subordonnés à la constitution. Il en résulte les conséquences suivantes :

1 / « La loi constitutionnelle est la loi souveraine. » Il n'y a rien au-dessus d'elle. Aucun des trois pouvoirs constitués ne peut prétendre accaparer à lui seul la souveraineté.

2 / « Il faut une instance supérieure pour veiller à ce que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ne sortent pas des limites de leur procuration. » Cette instance ne peut être que le pouvoir des juges, car c'est à eux qu'il revient de juger de la conformité d'un acte à une règle, de la conformité des lois votées par le Congrès américain et des actes de l'administration avec la Constitution.

3 / C'est grâce au contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux que la division et la pondération des pouvoirs peuvent être maintenues. Parlant des sept juges fédéraux constituant la Cour suprême à son époque, Tocqueville écrit : « C'est à eux qu'en appelle le pouvoir exécutif pour résister aux empiétements du corps législatif; le législatif pour se défendre des entreprises du pouvoir exécutif; l'Union pour se faire obéir des Etats; les Etats pour repousser les prétentions exagérées de l'Union... » Dans leurs mains « reposent incessamment la paix, la prospérité, l'existence même de l'Union ».

Les constituants français raisonnent tout autrement. Ils considèrent que la souveraineté populaire se transfère, par l'acte de l'élection, à une ou deux assemblées élues, dont les votes majoritaires expriment la volonté du peuple qui n'admet rien au-dessus d'elle.

Il en résulte :

1 / « Que la loi votée par les législatures est souveraine. »

2 / Que, rien ne pouvant lui être opposé, « tout contrôle juridictionnel de la constitutionnalité interne des lois est exclu ».

3 / « Que le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire sont subordonnés au pouvoir législatif », le pouvoir exécutif n'étant qu'un gouvernement d'assemblée, sauf au cas où il reçoit une délégation de pouvoir qui peut aller jusqu'à la dictature plébiscitaire.

Louis Rougier donnait à la conception américaine le nom de « souveraineté de la constitution » et à la conception française le nom « d'omnipotence du Parlement ».

Comment la démocratie a pris en France un mauvais départ

Pour comprendre comment, en partant d'idées communes, conventionnels américains et constituants français sont arrivés à des conséquences si dissemblables, il faut se reporter à l'origine de la Révolution française. Lorsque, pour remédier à une crise financière, Louis XVI réunit les états généraux, les députés arrivèrent à Versailles munis de leurs cahiers exprimant des instructions de leurs électeurs dont ils se considéraient comme de simples mandataires. Le 17 juin 1789, ils se transforment en « Assemblée nationale », parce qu'ils ont été chargés d'exprimer les vœux de la nation. Le 9 juillet, ils se proclament « Assemblée nationale constituante », parce que, parmi ces vœux, figure celui de donner une constitution au royaume. A ce moment, ils se réclament de l'exemple des conventions américaines chargées, après la Déclaration de l'Indépendance, de donner des constitutions aux treize colonies anglaises émancipées, puis une constitution fédérale à l'Union de ces nouveaux Etats.

Toutefois, le pouvoir des conventions américaines est strictement limité. Elles se bornent à proposer une organisation des pouvoirs qu'elles se gardent bien d'exercer elles-mêmes. Elles ne sont pas souveraines, car les constitutions qu'elles promulguent doivent être soumises à l'approbation populaire, libre de les accepter ou de les rejeter. Quand le peuple souverain a ratifié la constitution proposée, celle-là devient la loi fondamentale. Elle lie les citoyens et les pouvoirs constitués qui ne peuvent s'exercer que dans les limites de leur procuration.

Les choses vont se passer tout différemment en France. Les circonstances vont faire de la constituante, à la différence des conventions américaines, une assemblée souveraine qui exerce concurremment le pouvoir législatif et le pouvoir constituant. Sous la législative, par suite de la suspension du roi, l'assemblée y ajoutera le pouvoir exécutif. La Convention, qui lui fait suite, en y joignant le pouvoir judiciaire avec le tribunal révolutionnaire, finira par exercer tous les pouvoirs.

L'Assemblée nationale s'est érigée en constituante en vertu des vœux exprimés dans les cahiers des députés. Cela fait, elle constate, en consultant les mêmes cahiers, qu'elle se trouve en présence d'ins-

tructions divergentes et souvent contradictoires, lorsqu'il s'agit de savoir quelle constitution donner au royaume. Devant l'impossibilité de concilier ces instructions, *elle décide alors de n'en plus tenir compte* ce qui revient à dire qu'elle dénie aux électeurs le « droit de donner des mandats impératifs » à leurs élus. La seule fonction des électeurs est ramenée à un acte de confiance consistant dans le choix des députés. Ceux-ci sont déliés de toute obligation à l'endroit de leurs mandants. Ils se substituent, en quelque sorte, à eux. Moins de trois mois après la transformation des états généraux en Assemblée nationale, « on n'osait plus guère s'autoriser des cahiers à la tribune », remarque Aulard.

Dès lors que le député de la nation n'a pas de consignes à recevoir de ses électeurs, il n'a pas, non plus, de comptes à lui rendre.

Le 30 août 1791, au moment où l'on achève de réviser le texte définitif de la Constitution, un modéré, Malouet, proposa de le soumettre à la réтификаction de la nation. Ce fut un tollé général. L'Assemblée s'y refusa. Le texte fut présenté au roi aux fins d'approbation et de serment, sans qu'intervint aucune consultation populaire. En se considérant comme déliés des instructions de leurs mandants, les constituants français ont transformé la représentation du peuple souverain en une représentation souveraine du peuple. Il y a transfert de la souveraineté, du peuple qui en est le titulaire nominal, à l'Assemblée nationale qui en est titulaire effectif. Le peuple est, en fait, dépossédé de sa souveraineté au bénéfice de ses représentants.

*Comment la conception française de la démocratie
aboutit à l'omnipotence du pouvoir législatif*

Le 10 août 1789, Roederer s'exprime ainsi : « Les députés du corps législatif sont, non seulement les représentants du peuple, mais encore les représentants des pouvoirs du peuple, pour exercer un pouvoir représentatif, par conséquent égal à celui du peuple, tandis que les administrateurs ne sont représentants du peuple que pour exercer un pouvoir commis, un pouvoir subdélégué et subordonné. » Le corps législatif n'est pas un « pouvoir commis » comme le Congrès américain. C'est un « pouvoir souverain » qui exprime

la volonté générale et, comme tel, qui ne peut rien admettre au-dessus de lui, ni droit naturel, ni droit coutumier, ni droit constitutionnel qui lierait sa volonté.

Telle est l'origine de « l'omnipotence parlementaire » « doctrine funeste, déclarera le 6 février 1833 Royer Collard, sortie des ruines de la société, véritable théorie de despotisme et de révolution, puisqu'elle implique qu'il n'y a ni lois fondamentales, ni droits nationaux ». Sur ce point, tous les historiens du droit sont d'accord. Emile Ripert parle de « l'absolutisme de la puissance législative ». Dans son livre sur les *Constitutions de la France*, M. Maurice Duverger écrit : « Dans la tradition idéologique française, la République est liée à une idée fondamentale : la souveraineté du Parlement. » Le grand constitutionnaliste, Carré de Malberg, a porté le diagnostic définitif sur ce que Louis Rougier a appelé l'erreur de la démocratie française : « Le système représentatif français a, dès 1789-1791, dévié du principe de la souveraineté nationale : en confondant la volonté générale avec la volonté législative parlementaire, il a fait du Parlement légal du souverain ou plutôt il l'a érigé effectivement en souverain »¹. Par une fiction audacieuse, le Parlement se donne pour le peuple lui-même assemblé; ce sont les lois du peuple; c'est le gouvernement du peuple; c'est la magistrature du peuple; il lui appartient donc de légiférer et de gouverner et de n'être arrêté par aucun corps. Incarnation de l'intérêt total, aucune loi ne peut l'arrêter puisqu'il est l'unique auteur des lois. L'école du droit naturel — dont presque tous les constituants étaient disciples, autant que de Rousseau — pensait que l'homme n'avait de sûreté que dans une société où les gouvernants sont soumis à « la suprématie des lois ». Il fallait donc qu'un corps distinct de l'exécutif légifère. Mais de la souveraineté de la loi, *l'imperium*, selon l'analyse de Bertrand de Jouvenel, est passé à la *souveraineté du législateur*, sans voir que, lorsque « le pouvoir qui faisait la loi s'est agrégé le pouvoir qui l'appliquait »², on renonçait à la difficile souveraineté des lois et on quittait les garanties de la liberté. Ce qui était revenir à un adage rejeté : « Ce qui plaît au Prince, cela aura vigueur de

1. *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1931, rééd. 1984.

2. De Jouvenel, *Du Pouvoir*, Hachette, p. 404.

loi. » Mais quand la Convention rétablit la monarchie à son profit, tous les contre-pouvoirs dont la France était « hérissée » avaient disparus. Mirabeau avait bien vu que la Révolution, par cette grande liquidation, avait travaillé pour le Pouvoir. Il écrivait au roi : « L'idée de l'informer qu'une classe de citoyens aurait plu à Richelieu, cette surface égale facilite l'exercice du Pouvoir », il ajoutait prophétiquement : « Dans le cours d'une seule année, la liberté a triomphé de plus de préjugés destructeurs du Pouvoir, écrasé plus d'ennemis du trône, obtenu plus de sacrifices pour la prospérité nationale, que n'aurait pu le faire l'autorité royale pendant plusieurs siècles. J'ai toujours fait remarquer que l'anéantissement du clergé, des parlements, des pays d'Etat, de la féodalité, des capitulations de provinces, des privilèges de tous genres est une conquête commune à la Nation et au Monarque »³. Mais la prophétie vaudra pour la République, et tous les pouvoirs pour lesquels en définitive, la Révolution russe de 1917 le démontre, sont faites les révolutions.

*Comment l'omnipotence du pouvoir législatif entraîne le refus
du contrôle de la constitutionnalité des lois*

Une première conséquence de l'omnipotence du pouvoir législatif, c'est le refus d'admettre le recours des citoyens contre les excès du pouvoir législatif, sous la forme du contrôle par les tribunaux de la constitutionnalité interne des lois. Les constituants français ont rédigé une « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen », afin que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif soient contenus par le respect de ces droits naturels et imprescriptibles. C'est ce qu'affirme le titre I de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution. » Il en va de même dans la Constitution girondine des 15 et 16 février 1793 et dans la Constitution montagnarde du 24 juin 1793. Malheureusement, aucune des trois constitutions révolutionnaires ne dit à quel

3. 28 septembre 1790, note pour la Cour. Correspondance de Mirabeau avec le comte de Lamarck, 1851, t. 2, p. 197.

organe sera dévolu le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Il y a là une grave lacune qu'ont dénoncée à la barre des assemblées plusieurs orateurs de la Révolution. Nul ne le fit avec plus de pertinence que Buzot, sous la Constituante, à la séance du 8 août 1791 : « Il ne suffit pas de dire, comme il est dit dans ce titre (titre I de la Constitution des 3-14 septembre 1791), que la Constitution garantit les droits civils et naturels, il faut que l'on connaisse comment elle les garantit. Je n'ai point trouvé, moi, qu'en promettant à chaque citoyen de lui garantir ses droits civils et naturels, vous les lui garantissiez. En effet, vous rapportez tout à la loi...; mais les droits civils ne sont pas garantis contre les atteintes du corps législatif lui-même. »

Kersaint, sous la Législative, propose de créer un « *corps de censeurs* », Hérault de Séchelle, sous la convention, demande de constituer un « *Grand Jury national* », « institué pour garantir les citoyens contre l'oppression du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et auquel aurait le droit de recourir tout citoyen opprimé par un ordre particulier ». Sieyès, devant les conventionnels en train d'élaborer la Constitution de l'an III, s'étonne qu'on n'ait pas songé à établir jusqu'ici « un gardien de la constitution ». Il déclare : « Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce corps. Il faut répondre. Un oubli de ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil; pourquoi le souffrirez-vous dans l'ordre politique? Les lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer, et des lois constitutionnelles, plus que toutes les autres, doivent être protégées contre les infractions; elles forment un corps de lois obligatoires, dont il est indispensable d'assurer la stricte observance. »

Or, chaque fois qu'un orateur, sous la Révolution, demande de créer une instance pour contrôler la constitutionnalité des lois, sa proposition est écartée par une sorte d'objection préalable : une telle instance serait supérieure au corps législatif, unique organe par lequel s'exprime la volonté nationale qui est souveraine. Une telle instance serait donc contraire au principe de la souveraineté nationale, disent les constituants, au principe de la souveraineté

populaire, disent les conventionnels. La proposition de Hérault de Séchelle d'un *Grand Jury national* est écartée, le 16 juin 1793, sur l'observation que, « *le législateur exerçant sa souveraineté, il serait ridicule de vouloir élever à côté une autorité supérieure* ». Le jury constitutionnel de Sieyès suscite ce cri d'indignation de Thibaudeau, le 24 thermidor an III : « Ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat, et, en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics, on leur donnerait un maître qui les enchaînerait pour les garder plus facilement. » Toujours on bute contre le dogme de la souveraineté du Corps législatif, seul qualifié pour exprimer la volonté populaire qui n'admet rien au-dessus d'elle.

La répugnance invincible de la démocratie en France à instituer un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois se manifeste chaque fois que le législateur a eu la velléité d'en établir le simulacre. L'idée d'un jury constitutionnel de Sieyès semble triompher avec la Constitution du 22 frimaire an VIII. Elle s'institutionnalise dans le Sénat, qui a pour mission essentielle de veiller au respect de la Constitution. Le Sénat maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le tribunal ou le gouvernement. Ce contrôle est préventif. Il se place dans les dix jours qui s'écoulent entre le vote de la loi par le corps législatif et la promulgation de la loi. Si le Sénat, admettant le recours, déclare la loi inconstitutionnelle, le premier consul, puis l'empereur, ne peut pas la promulguer. Cette disposition qui devait assurer la suprématie de la Constitution resta lettre morte. Le recours ne pouvait être ouvert aux particuliers; il ne pouvait être formé que par le gouvernement ou le tribunal. Le gouvernement n'était pas disposé à demander au Sénat de vérifier la constitutionnalité de ses propres actes. Le tribunal, étant donné son mode de recrutement, était peu désireux d'entrer en conflit avec l'empereur, et, quand il fut supprimé en 1807, personne n'eut plus qualité pour déférer les lois et les décrets qu'on eût pu estimer inconstitutionnels que le gouvernement qui avait proposé les unes et rendu les autres.

L'idée du Sénat conservateur se retrouve dans la Constitution du 14 janvier 1852 (art. 25) : « Le Sénat est gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise. » Il s'oppose à la promulgation

des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature (art. 26). Au surplus (art. 29), « le Sénat maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le gouvernement ou dénoncés, pour la même cause, par les pétitions des citoyens ». En réalité, le rôle du Sénat demeure purement nominal, par suite de son mode de recrutement. Il se compose de 150 membres, inamovibles et à vie, dont les uns sont de droit et les autres nommés par le Président de la République. La Constitution disposait qu'il n'en serait nommé que 80 la première année. Grâce à cette réserve de 70 nominations, l'empereur fut toujours assuré d'une majorité au Sénat. L'expérience a confirmé en France ce qu'elle a toujours établi à l'étranger : *lorsque le contrôle des lois est imparti à un corps politique, il ne joue jamais par suite d'une inévitable confusion des pouvoirs.*

Il n'était pas question pour les constituants de 1875 d'établir un contrôle judiciaire des lois. La *Constitution de 1946*, par contre, créa un *Comité constitutionnel*, mais ses attributions furent des plus restreintes. Il n'a qualité que pour juger des lois qui nécessiteraient une révision de l'organisation des pouvoirs. Le Préambule de la Constitution, où sont énumérés les droits civils, économiques et sociaux des individus, est soustrait à sa compétence. Il s'ensuit deux conséquences. La première a été formulée en ces termes par le Pr Georges Vedel : « Cette restriction est très importante, car elle interdit en principe tout contrôle de constitutionnalité fondé sur la violation par le législateur des droits individuels ou de ceux de groupes sociaux. » La seconde conséquence a été dégagée par Emile Ripert : « Le Comité a d'ailleurs de bien faibles pouvoirs, car son rôle se borne à déclarer que la loi est contraire à la Constitution auquel cas, si l'Assemblée vote le texte une seconde fois, il y aura lieu de réviser la Constitution. On est donc arrivé à ce résultat paradoxal d'affirmer la supériorité de la loi sur la Constitution ! »

Le *Conseil constitutionnel* institué par la Ve République remplit avant tout la fonction d'un contentieux électoral. C'est un corps politique, nommé par le Pouvoir politique, qui ne peut être saisi

que par lui, par conséquent par les auteurs des actes litigieux qu'il aurait à connaître, ce qui l'a fait qualifier de « dérisoire » par le président Vincent Auriol. En interprétant les droits de Parlement dans le sens le plus restrictif, en ignorant une série de violations de la Constitution par le Pouvoir, il a été jusqu'à la Réforme voulue par Valéry Giscard d'Estaing en 1974 un auxiliaire précieux du Pouvoir pour restreindre les garanties publiques. « Par un véritable tour de passe-passe, écrit Mendès France, ce Conseil constitutionnel a été présenté comme la réplique de la Cour suprême des Etats-Unis. Or, tandis qu'aux Etats-Unis la Cour suprême a pour fonction de protéger le citoyen contre le Pouvoir, en France le citoyen ne peut saisir le Conseil constitutionnel. En fait, c'est le Pouvoir qui l'a utilisé pour lui faire ratifier ses empiétements et l'extension continuelle de ses attributions et pour brimer de plus en plus ce qui reste du Parlement. »

Comment l'omnipotence du Parlement conduit à la subordination du pouvoir judiciaire en France

Le refus de tout contrôle de la constitutionnalité interne des lois a amené en France l'effacement du pouvoir judiciaire et un affaiblissement durable de la règle de droit. Tout découle de ce nouveau principe : *les juges appliquent les lois ; ils ne sont pas juges de leur constitutionnalité interne*. Moment capital pour comprendre la place du droit dans la France moderne, alors que la Révolution anglaise de 1688 voit à la fois le triomphe du parlementarisme et celui du pouvoir judiciaire indépendant, avec une délimitation précise des pouvoirs par le *Bill of Rights*. En Angleterre le droit, la justice sont fondamentalement indépendants de l'Etat. Par ailleurs dans la mesure où la nomination et l'avancement des magistrats en France dépendent du gouvernement, on ne peut que faire sienne cette constatation d'Emile Faguet : « La subordination de la magistrature au gouvernement est une des conquêtes de la Révolution. En même temps qu'elle proclamait les droits de l'homme, elle supprimait le dépositaire et en paralysait le défenseur. » Le corps judiciaire devient l'autre « grande muette » de la République. Il s'agit d'une régression délibérée : persuadée avec Rousseau que l'âge d'Or

est un âge sans lois et sans juges, la Révolution décide en effet la déjuridicisation de la France. Jean Carbonnier désigne par le terme *nomogonie* cette espèce de désarmement juridique⁴. Mais son effet est aussi de rendre possible l'étatisation du droit. Le droit, par le biais de la souveraineté absolue de la volonté générale déléguée et par l'instrument de la codification, devient une émanation de l'Etat et la Justice, service public, lui est intégrée. Cette conception du droit qui prévaut en France depuis 1790 en fait « un instrument de la tutelle de l'Etat sur la société civile »⁵.

En effet, dès le 8 janvier 1790, l'Assemblée lançait une instruction aux termes de laquelle tout acte des tribunaux et des cours de justice tendant à contrarier ou suspendre le mouvement de l'administration devait demeurer sans effet et ne pas arrêter le Corps administratif. Le 24 mars de la même année, les constituants applaudissent Thouret faisant au pouvoir judiciaire ce reproche : « Rival du pouvoir administratif, il en trouble les opérations, en arrête le mouvement et en inquiète les agents. » La loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790, titre II, article 11, les dessaisit des affaires intéressant l'Etat en disposant : « Les tribunaux ne pourront prendre, ni directement, ni indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher, ni suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, à peine de forfaiture. » C'est la loi que l'on retrouve sous l'article 127 du Code pénal de 1810 qui est toujours en vigueur : « Seront coupables de forfaiture et punis de la dégradation civile : 1^o les juges, les procureurs généraux de la République, ou leurs substituts, les officiers de justice qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées. » Et pour désarmer le pouvoir juridique face au pouvoir politique, il est interdit aux tribunaux judiciaires par l'article 5 du Code civil de rendre des « arrêts de règlements » : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementée sur les causes qu'ils

4. *Flexible droit*, LGDJ, 1979, p. 10.

5. Daniel Cohen-Tanugi, *Le Droit sans l'Etat*, PUF, 1985, p. 62.

leur sont soumises. » La conception jacobine et napoléonienne du droit est identique : elle est toute négative. Ce qui est visé par ces textes, c'est la rivalité du juridique et du politique sous l'Ancien Régime avec la limitation de l'absolutisme ministériel par le droit de remontrance des Parlements sur le fondement des « lois fondamentales du royaume ». Il y a plus qu'une analogie avec cette pratique dans la manière avec laquelle le Conseil constitutionnel, par ses décisions de 1971 et 1973, a élargi le bloc de constitutionnalité aux textes visés par le Préambule de la Constitution de 1958, c'est-à-dire aux fameux (et tout aussi incertains) « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁶.

La mission des tribunaux d'appliquer la loi est donc conçue de la façon la plus restrictive. La Constitution de 1791 n'accorde pas même au tribunal de cassation le droit d'interpréter la loi; en cas de désaccord persistant sur la signification de la loi, c'est le Corps législatif qui rend un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation est tenu de se conformer. A plus forte raison, les législateurs de cette époque n'avaient-ils pu envisager de conférer aux tribunaux le pouvoir de contrôler la validité des lois et d'infirmes les décisions du pouvoir législatif. Sieyès, qui a vu le problème de la garantie à donner à la Déclaration des Droits de l'Individu, exorcise l'idée de la confier aux tribunaux. « Qu'allez-vous nommer pour recevoir les plaintes contre les infractions à la Constitution ? La magistrature vous paraîtrait-elle pouvoir remplir une si haute mission ? Pensez au sage décret par lequel vous avez interdit aux juges de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions; à plus forte raison, vous ne leur accorderez pas la puissance de citer devant eux les premiers corps politiques de l'Etat. »

C'est bien cependant ce que nous montre le système américain : un pouvoir judiciaire fort et une stricte séparation et articulation des pouvoirs. L'antinomie des deux systèmes aujourd'hui, une *autorité* (le mot *pouvoir* a été effacé par l'article 64 de la Constitution de 1958) judiciaire sans influence sur les préoccupations majeures

6. Loïc Philip, Bilan et effet de la saisine du Conseil constitutionnel, in *La Constitution de la V^e République* sous O. Duhamel à J.-L. Parodi, Presse de la Fondation nationale des Sciences politiques, 1985, p. 409.

de la vie nationale en France, et aux Etats-Unis un pouvoir judiciaire capable de faire prévaloir le droit sur tous les pouvoirs (l'économique comme l'exécutif et le législatif), a pour origine le rôle différent assigné au judiciaire et au droit des deux côtés de l'Atlantique. C'est sur le terrain du contrôle de la constitutionnalité des lois que se voit la différence du statut du juridique : alors qu'il faudra attendre 1974 pour que le contrôle soit exercé par une juridiction politique spécialisée, dont la saisine demeure fermée au citoyen, c'est en 1803, par la célèbre décision *Marbury v. Madison*, que la Cour suprême des Etats-Unis affirme le pouvoir des tribunaux judiciaires fédéraux de contrôler la constitutionnalité des lois américaines. Le judiciaire américain incarne ainsi la permanence du droit parce que la loi pour les Américains est l'émanation du droit, quasi intangible, extérieur à l'Etat et s'imposant à lui, droit ancré intemporellement sur la Constitution et ses amendements, pacte fondateur, mais non l'expression d'une mythique volonté générale qui prétend incarner une majorité provisoire et être la source du droit. D'où la différence d'un contrôle qui s'exerce en France *a priori*, entre le moment du vote et celui de la promulgation de la loi, au regard des principes généraux, sans débat contradictoire public, sans avocats, et le contrôle *a posteriori* qui s'exerce aux Etats-Unis, à l'initiative de chaque citoyen, à l'occasion de l'application de la loi à un cas particulier, sans limitation de temps. D'où le prestige considérable de l'institution judiciaire américaine, car aux Etats-Unis la volonté générale s'identifie au droit et non au pouvoir politique.

Si le principe de la démocratie est la souveraineté de la volonté populaire, si cette volonté s'exprime par le vote majoritaire de l'Assemblée législative, s'il plaît à la volonté majoritaire des représentants du peuple d'autoriser ou de légitimer après coup un viol de la Constitution par une loi rétroactive, les tribunaux n'auront qu'à observer si les formes dans lesquelles la loi doit être votée ont été respectées : auquel cas, ils n'ont qu'à appliquer la loi, en déclarant, comme l'avocat général, dans le cas du journal *Le National*, devant la Cour de cassation en 1833 : « Mais si l'on demande s'il peut y avoir des lois inconstitutionnelles en ce sens que ces lois seraient contraires à la "Charte", ce n'est pas aux tribunaux de juger l'œuvre du législateur, car les tribunaux ont à appliquer les lois, fussent-elles mau-

vaies, tant qu'elles n'ont pas été changées. » « Peuvent-elles être mauvaises ?, eût objecté Rousseau, si elles sont l'expression de la volonté générale, qui, en tant que telle, n'erre jamais. » Tom Paine, qui fit partie de la Convention, déclarait qu'une démocratie avait tous les droits, même celui de ne pas tenir compte du droit : « Ce qu'une Nation décide de faire, elle a le droit de le faire. » A quoi John Quincy Adams répondait à Paine : « Si une majorité n'est liée par aucune loi humaine ou divine, et ne connaît d'autre règle que son bon plaisir, quelle sécurité peuvent avoir les citoyens de la Nation et comment seront-ils garantis de leurs droits inaliénables ? »

Quels que fussent les défauts de la justice sous l'Ancien Régime, par suite de la vénalité des charges qui la rendait indépendante, « on ne rencontrait jamais chez elle, écrit Tocqueville, la servilité à l'égard du pouvoir, qui n'est qu'une forme de vénalité et la pire, ce vice capital qui non seulement corrompt le juge mais infecte bientôt tout le corps du peuple. Indépendante, majestueuse, ne se laissant pas effrayer par le roi lui-même, elle exerçait une profonde influence sur le caractère du peuple »⁷. Le magistrat était inamovible et ne cherchait pas à avancer; deux choses aussi nécessaires l'une que l'autre, aussi indépendantes; car qu'importe qu'on ne puisse pas le contraindre si on a mille moyens de le gagner ?

*Comment le droit sacré à l'insurrection a remplacé en France
le contrôle de la constitutionnalité interne des lois*

Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois étant repoussé, qu'advient-il si un gouvernement viole délibérément les droits de l'homme et les libertés fondamentales, puisque aucune garantie constitutionnelle n'a été prévue ? Les législateurs de la Révolution ne voient d'autre moyen que l'insurrection populaire.

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen reconnaît dans son article 2, au nombre des droits naturels et imprescriptibles, « la résistance à l'oppression ». La Constitution girondine, qui ne fut pas appliquée, définit ainsi les cas (art. 32) où il y a oppression : « Il y a oppression, lorsqu'une loi viole les droits naturels, civils et

7. *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, t. II, p. 173.

politiques qu'elle doit garantir. Il y a oppression, lorsque la loi est violée par des fonctionnaires publics dans son application à des faits particuliers. Il y a oppression, lorsque des actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi. Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la Constitution. » Or, la Constitution de 1793 n'entrevoit d'autre procédure que l'insurrection (art. 33 et 35) : « La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme. Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. »

Voilà les textes qui ont fondé la tradition insurrectionnelle de la France. Quand il y a oppression, les grands ancêtres considèrent que c'est un devoir sacré pour le peuple et pour chaque portion du peuple de renverser le gouvernement. Cette tradition insurrectionnelle dans l'histoire politique de la France depuis la Révolution est en quelque sorte statutaire comme en témoignent le 14 juillet et les 5 et 6 octobre 1789, le 10 août 1792, le 31 mai et le 2 juin 1793, les journées de Prairial et de Vendémiaire en 1795, le coup d'Etat de Fructidor, le 18 Brumaire, le coup d'Etat du général Malet (1812), les Trois « Glorieuses », les journées de février et de juin 1848, le 2 décembre, le 4 septembre, la Commune de Paris, le 6 février 1934, le 13 mai 1958, les barricades de janvier 1960 en Algérie, le putsch du 22 avril 1961. Comme l'écrivait *Le Times* : « La notion de liberté évoque dans l'esprit des Français l'idée de rébellion, de désordre dans la rue, de foule hurlante, d'émeute contre la police. Bien que des millions de Français soient morts en luttant soit pour une plus grande liberté, soit contre un excès de liberté, ce qu'ils n'ont pas encore appris, c'est à vivre sous un régime de liberté, tout en se sentant en sécurité. »

Dans les journées insurrectionnelles qui ponctuent d'autant de flagues de sang l'histoire politique de la France depuis 1789, il faut surtout voir une carence du droit public des Français. En effet, le droit de résistance à l'oppression par l'insurrection se heurte aux articles 99-100 du Code pénal qui punissent de détention criminelle ceux qui auront participé, organisé ou dirigé un mouvement insurrectionnel ayant pour but de renverser l'autorité de l'Etat.

On peut imaginer dans quelle perplexité ces textes peuvent plonger les juges des tribunaux ordinaires ou d'exception. D'un côté, on leur dit : le droit à l'insurrection est imprescriptible; de l'autre, on leur prescrit que toute action subversive doit être punie de réclusion. Suivant qu'ils évoquent tels textes ou tels autres, ils acquitteront ou condamneront les auteurs des mêmes actes, qualifiés, suivant l'éclairage des événements, de « devoirs sacrés » ou de « crimes ». Quand le Pouvoir sort de la légalité, faute de recours juridictionnel, il n'y a plus que des rapports de force. La rue est le substitut du prétoire. Suivant l'échec ou la réussite des insurgés, on les fusille au Fort d'Ivry comme Degueldre et Bastien Thiry, ou on leur élève des statues comme à Harmodius et à Aristogiton.

*Comment la souveraineté parlementaire peut conduire
de la démocratie oppressive au principat plébiscitaire*

Si, par suite de la multiplicité des partis, le Parlement, faute de réunir une majorité stable, se trouve dans l'impossibilité de légiférer, il se trouvera dans la nécessité de se dessaisir de sa fonction législative en faveur de l'exécutif par une délégation de pouvoir, ce qui fera succéder l'omnipotence de l'exécutif à l'omnipotence du Parlement, suivant une loi d'alternance caractéristique de l'histoire constitutionnelle de la France depuis la Révolution.

La délégation de pouvoir peut se faire d'une façon transitoire par la pratique des décrets-lois. Sous la III^e République, à partir de 1934, on ne gouverne plus qu'en y recourant. Cette pratique étant interdite par la Constitution de 1946, on tournera l'interdiction par le contrat de confiance entre le gouvernement et l'Assemblée, ou par les lois-cadres, qui reviennent à transférer ce qui est du domaine de la loi au domaine réglementaire. Si ces procédures ne suffisent pas, on délèguera le pouvoir à un Directoire, à un Conseil de sages, puis, en désespoir de cause, à un homme dit providentiel : Bonaparte, Louis-Napoléon, le maréchal Pétain, le général de Gaulle. Suivant le tempérament de l'homme, on sera sous un principat, paternaliste ou autoritaire, susceptible de dégénérer en dictature plébiscitaire selon la logique du pouvoir qui veut que tout détenteur d'un pouvoir sans limite soit porté à en abuser. C'est ce qu'énonçait Burcke : « Plus

grand est le pouvoir, plus grand est l'abus qu'on peut en faire » et, cent ans plus tard, son compatriote Lord Acton dans une formule devenue célèbre : « Le pouvoir rend fou et le pouvoir absolu rend absolument fou. »

L'omnipotence parlementaire, si rien ne vient la limiter, ne garantit ni n'augmente la liberté des citoyens. Elle favorise plutôt, en période de crise, l'usurpation d'une oligarchie qui, en se prévalant d'une délégation de pouvoir consenti par le Parlement interprète de la volonté générale, opprime le peuple au nom de sa souveraineté. Les représentants de cette volonté l'invoqueront pour tout oser et exiger...

« Ce qu'aucun tyran n'oserait faire en son propre nom, écrit Benjamin Constant, ceux-ci le légitiment par l'étendue sans bornes de l'autorité sociale. L'agrandissement d'attributions dont ils ont besoin, ils le demandent au propriétaire de cette autorité, au peuple dont la toute-puissance n'est là que pour justifier leurs empiétements. » C'est ainsi que la I^{re} République aboutira au Premier Empire; la II^e République au Second Empire, la III^e République au régime de Vichy; la IV^e à la prise de pouvoir en 1958. Il est vrai que cette prise du pouvoir a conduit à l'adoption de la meilleure de nos constitutions.

Cette instabilité constitutionnelle était due au défaut d'une véritable balance des pouvoirs — *checks and balances* — d'un système de freins et de contrepoids qui enclenche les différentes autorités et les pondère les unes par les autres.

C'est toujours la volonté du peuple que le dictateur invoquera pour exercer sa toute-puissance. Napoléon déclarera : « Empereur, consul, soldat, je tiens tout du peuple... ma volonté est celle du peuple, mes droits sont les siens, mon honneur, ma gloire, mon bonheur ne peuvent être autres que l'honneur, la gloire et le bonheur des Français. » Le soir du 2 décembre, Louis-Napoléon fit afficher la déclaration suivante : Le Président de la République, considérant que la souveraineté réside dans l'universalité des citoyens décrète : « Le peuple français est solennellement convoqué dans ses comices le 14 décembre pour accepter ou rejeter le plébiscite suivant : le peuple français veut le maintien de l'autorité de Louis-Napoléon Bonaparte et lui délègue les pouvoirs nécessaires pour faire une constitution sur les bases proposées dans sa proclamation du

22 décembre. » Le général de Gaulle devait déclarer le 31 janvier 1964 : « L'autorité indivisible de l'Etat est confiée tout entière au Président par le peuple qui l'a élu : il n'en est aucune autre ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui. » François Mitterrand qui devait qualifier de « coup d'Etat permanent » la V^e République, déclarait à son tour, dans un étonnant mimétisme présidentiel, le 8 juin 1983 : « C'est à moi de décider ce qu'il convient de décider. » Ainsi la V^e République conquise a conquis son vainqueur.

*Comment a été introduit le principe de constitutionnalité
par le général de Gaulle*

C'est au général de Gaulle, qui certes ne l'a pas immédiatement voulu, que l'on doit l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois qui a pris l'importance que l'on verra dans la décennie qui a suivi la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, à partir d'une banale phrase introductive à la Constitution de 1958 : et partant, comme nous le montrerons, la révélation et la consécration d'un véritable *pouvoir juridictionnel* (dont l'autorité judiciaire est avec la justice administrative l'un des éléments) qui se situe aux côtés du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Le général de Gaulle, père spirituel de la Constitution de 1958, n'a pas voulu instaurer un droit constitutionnel juridictionnel, mais soustraire « l'arbitrage national » aux partis « en plaçant certains des votes du Parlement sous le contrôle d'un Conseil constitutionnel tout justement appelé à la vie »⁸. Mais si le régime est présenté comme un régime parlementaire, la nature même d'arbitrage n'est pas prise au sens de compromission entre les partis et le pouvoir; en latin *arbitrium* s'oppose à *ministerium*, le premier sens signifie pouvoir de décider. Ce que le général de Gaulle a appelé un jour « une monarchie républicaine »⁹. Tout comme Richelieu, le fondateur de la V^e République ne concevait la séparation des autorités que pour assurer la primauté présidentielle. Lui aussi ne craignant rien tant que de

8. Charles de Gaulle, *Mémoire d'Espoir*, t. I, p. 35.

9. Alain Peyrefitte, *Le mal français*, p. 57.

mettre « la couronne au greffe ». Sur ce point, nous avons vu que les hommes de la Révolution ont continué l'œuvre de leurs prédécesseurs. A la toute-puissance du roi a succédé l'absolutisme de la Convention, alors que l'article 16 de la charte initiale de nos libertés affirme que « toute société dans laquelle la *garantie des droits* n'est pas assurée, ni la *séparation des pouvoirs* n'a point de Constitution ». La garantie des libertés est confiée aux magistrats par l'article 64 et le chef de l'Etat par le même article « garant de l'autorité judiciaire » qui garantit les libertés; mais il s'agit *d'une autorité*, et non plus d'un pouvoir dans la Constitution de 1958; et le statut de la magistrature est loin de garantir son indépendance. Tout comme dans la Constitution de 1791 la pyramide des normes juridiques est majestueuse : au sommet les droits naturels de l'homme; en dessous la Constitution qui transforme les droits naturels en droits civils; enfin la loi, qui trouve sa limite dans le respect des droits « garantis par la Constitution ». Mais pas plus en 1958 qu'en 1791 aucun gardien n'est chargé de veiller au respect de cette limite. Le juge est le serviteur de la loi, il ne saurait en être le censeur.

La tradition semblait fixée. Quatre républiques avaient associé l'incompatibilité de tout contrôle de la loi avec l'idée de la volonté générale explicitée dans le vote majoritaire parlementaire. La supériorité de la Constitution était purement formelle. Bourdeau écrit alors un article au titre significatif : « *Une survivance*, la notion de *constitution* ». Quant à la Déclaration de 1789, la Chambre des députés s'est contentée en 1901 d'en recommander l'affichage dans les écoles. Aussi le règne de la loi était-il sans partage; le droit, c'est la loi; le droit est tout dans la loi; ces axiomes sont incontestés, tout le reste est rêverie métaphysique sur un droit naturel.

En 1958, les fondateurs de la V^e République ne veulent pas autre chose; devant la dégénérescence du parlementarisme, où le gouvernement est moins l'enjeu que le hochet des partis, déconnecté du peuple, ils veulent que le président préside. Plus précis, le général de Gaulle veut que l'Etat ait un chef et que ce chef soit légitime; il n'y a pas d'alternance entre légitimité et autorité; il n'y a pas d'autorité sans légitimité; de légitimité sans autorité; le pouvoir qui perd l'un perd l'autre. Le général de Gaulle a bien vu que la démocratie a pris un mauvais départ en 1789, le dérèglement des institutions,

expression du « parlementarisme absolu » suivant Carré de Malberg devait « susciter le désir de guérir »¹⁰.

Le mouvement éruptif de 1958 devait permettre cette restauration du Pouvoir d'Etat au sommet d'un parlementarisme rénové. L'intention est clairement exprimée dans *Les mémoires d'espoir* : « Vais-je saisir l'occasion historique que m'offre la déconfiture des partis pour doter l'Etat d'institutions qui lui rendent, sous une forme appropriée aux temps modernes, *la stabilité et la continuité dont il est privé depuis 169 ans*?... sans nul doute, voilà le but que je poursuis et que je dois atteindre »¹¹. En fait il s'agit d'émanciper l'exécutif par rapport au Parlement. Le contrôle constitutionnel, introduit en 1958 par la création du Conseil constitutionnel, n'a donc pas d'autre but que de secourir l'autorité du gouvernement; seuls sont soumis de plein droit à son examen les lois organiques et les règlements d'assemblée. Il s'agit d'arbitrer les conflits entre les pouvoirs exécutifs et législatifs, de régler des incidents de frontières et des querelles de tabouret. L'usager de ce contrôle est le pouvoir lui-même. La composition est due à la faveur, sa saisine limitée aux deux chefs de l'exécutif et aux présidents des Assemblées; l'absence de formulation précise dans l'acte constitutionnel des droits et libertés des citoyens n'autorise pour les juristes aucun espoir. Ni la banale référence du Préambule à la Déclaration de 1789, ni celle au Préambule de 1946 n'offrent de fondements solides à un contrôle de constitutionnalité et à plus forte raison à l'élaboration d'un *droit constitutionnel juridictionnel*¹². Le général de Gaulle n'a-t-il pas dit : « En France, la Cour suprême c'est le peuple. »

C'est pourtant à partir de ces bases apparemment fragiles, comme le constate Jean Rivero, que l'imprévisible révolution s'est faite¹³. L'émancipation du juge constitutionnel n'était pas inscrite dans la logique cachée de la Constitution; alors que l'institutionnalisation du régime présidentiel l'était. Léon Blum l'avait annoncé le 21 juin 1946 après que le général de Gaulle eut prononcé à Bayeux un discours

10. Charles de Gaulle, *Vers l'armée de métier*, Berger-Levrault, 1934, p. 209.

11. *Mémoires d'espoir*, t. I : *Le Renouveau, 1958-1962*, p. 23.

12. Thierry Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984.

13. Jean Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, 1984, p. 134.

exposant ses idées constitutionnelles, en montrant qu'elles n'étaient pas concevables sans élection directe du Chef de l'exécutif au suffrage universel. Dès 1946 Léon Blum démontrait ainsi que 1962 est dans 1958 : « Là est la conclusion logique du système, là serait aussi l'unique moyen de le fonder en droit »¹⁴.

Si personne n'a douté du bouleversement qu'allait représenter la révision de 1962 instituant l'élection au suffrage universel direct du Président de la République, peu de personnes se sont douté que la création d'un organe chargé de contrôler la constitutionnalité des textes législatifs allait nécessairement et irrésistiblement conquérir son autonomie au détriment du pouvoir majoritaire puisque tel était son unique voie pour exister. Thucydide l'avait dit : « Tout homme tend à aller jusqu'au bout de son pouvoir. »

Comment Valéry Giscard d'Estaing a mis fin à un absolutisme

C'est à la conjonction inattendue de Simone de Beauvoir — « Dame de Beauvoir » dans la procédure — et du traditionaliste président du Sénat Poher, que nous devons la célèbre décision du 16 juillet 1971 relative aux droits d'association; on peut la considérer comme l'arrêt *Marbury contre Madison* du juge constitutionnel français. Les fondateurs d'une association intitulée « Les amis de la cause du peuple » s'étaient vu refuser par le préfet de Police le récépissé de la déclaration de leur association; le tribunal administratif avait annulé la décision de refus. Raymond Marcellin, ministre de l'Intérieur, en avait appelé au Parlement pour faire modifier la loi. Le projet maladroit n'était pas pour autant liberticide. Le nouvel article 3 de la loi du 1^{er} juillet 1901 devait permettre le sursis à la délivrance du récépissé, si l'association apparaissait avoir une cause ou en vue un objet illégal, jusqu'à la décision du tribunal statuant en référé à la requête du procureur de la République. Mais le recours au législateur avait toute l'apparence d'une revanche de l'exécutif.

La Ve République avait trop souvent usé de cette détestable pratique qui consistait à faire effacer les censures judiciaires par la loi; le droit constitutionnel juridictionnel ne le permettrait plus;

14. *Œuvres de Léon Blum*, Albin Michel, 1958, p. 218.

un exemple nous montre que, sans sauvegarde positive, les déclarations constitutionnelles garantissant la liberté individuelle sont sans portée. En vertu des pouvoirs que lui conférait la loi du 13 août 1962 adoptée par vote référendaire, le général de Gaulle avait institué une Cour militaire de justice destinée à remplacer le Haut Tribunal militaire, congédié pour n'avoir pas condamné à mort le général Sallan. Il en avait nommé, ou plutôt mobilisé, les juges. Il s'était réservé le pouvoir de poursuite. Il avait exclu tout recours, même en grâce. Jugeant sans recours, la Cour pouvait juger sans scrupule.

La Cour militaire de justice ne vécut pas longtemps. Créée par l'ordonnance du 1^{er} juin 1962, elle fut déclarée illégale le 19 octobre par un arrêt du Conseil d'Etat. Cette ordonnance avait été prise en vertu des pouvoirs que conférait au Président de la République l'article 2 de la loi du 13 avril 1962 adoptée par voie référendaire. Mais le Conseil d'Etat estima que cette ordonnance était entachée d'illégalité en raison de « l'importance et de la gravité des atteintes que l'ordonnance attaquée apporte aux principes généraux du droit pénal en ce qui concerne notamment la procédure qui y est prévue et l'exclusion de toutes voies de recours ». En quelques lignes, cette juridiction cessait d'exister. Elle était condamnée à mort par le Conseil d'Etat. Et André Canal, qui devait être fusillé le lendemain de l'arrêt, eut de ce fait la vie sauve. Il fut ensuite gracié par le chef de l'Etat. Sur-le-champ, la colère présidentielle fut égale à celle qu'avait provoquée l'arrêt Salan. Le mépris dans lequel il tenait les décisions judiciaires qui ne lui plaisaient pas se manifesta par un communiqué du gouvernement faisant savoir qu'il tenait « pour anormale la jurisprudence qu'un tel arrêt tendait à instaurer » et comme un « encouragement à la subversion ».

Pour faire échec à cet arrêt, le gouvernement fit appel au Parlement. La justice ayant annulé la Cour militaire comme illégale pour avoir violé les principes de Droit et les droits de la défense, on fit dire par une loi que la Cour militaire était juste en validant l'ordonnance que le Conseil d'Etat avait déclarée nulle. Prudemment le projet de loi fut enveloppé dans un projet plus vaste instituant la Cour de sûreté de l'Etat. Les parlementaires purent croire que la validation rétroactive de l'ordonnance du 1^{er} juin ne concernait que le passé et ne visait qu'à apaiser l'amour-propre du Président de la

République et du garde des Sceaux et à rassurer les juges qui avaient condamné à mort et fait exécuter Degueldre; qu'elle ne concernait que le passé. Mais à peine la loi du 15 juin 1963 promulguant la Cour de sûreté de l'Etat était-elle publiée au *Journal officiel* qu'un décret présidentiel renvoya devant sa Cour militaire les accusés du Petit-Clamart. Un peloton de juges condamna à mort le colonel Bastien-Thiry qui fut fusillé. Il ne l'eût pas été si un contrôle de la conformité des lois avec les principes du Droit eût alors existé.

C'est dans cet état qu'il fallait rappeler que s'inscrit la décision du 16 juillet 1971. Le Conseil déclare non conforme à la Constitution la loi qui soumet à la validité de la constitution d'association « l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ». Pour fonder sa décision le Conseil constitutionnel range le principe de la liberté d'association « au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », par référence au Préambule de la Constitution de 1958, renvoyant au Préambule de 1946 et à la Déclaration de 1789. L'audace a été d'extraire d'une courte phrase du Préambule la référence aux « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » pour en déduire la constitutionnalité de ces principes. C'est au service des droits du citoyen que cette audace devait se déployer : la décision du 28 novembre 1973 interdisant au gouvernement d'assortir de peines de prison les conventions créées par la loi, celle du 27 décembre 1976 censurant un article discriminatoire qui refusait à certains contribuables taxés d'office de recourir au juge de l'impôt, celle du 23 juillet 1975 condamnant l'atteinte à l'égalité devant la justice qu'impliquait le pouvoir reconnu au président du Tribunal de soumettre un juge unique à certains délinquants, des atteintes à la sûreté qu'aurait permise la fouille inconditionnelle des véhicules censurés à la requête de Louis Joxe le 12 janvier 1977, la décision du 23 novembre 1977 affirmant le caractère constitutionnel de la liberté d'enseignement... C'est bien la mise en échec de la tradition jacobine qui attribue à la loi un caractère souverain excluant tout recours. Cette audace, mais la liberté est toujours une audace, restaure un pouvoir dont on méconnaît qu'il existe : la monarchie juridique.

Pour franchir l'étape décisive qui va donner à la France une constitution qu'elle possédait en apparence mais qu'elle n'avait pas

en pratique, le président Valéry Giscard d'Estaing va ouvrir la saisine du Conseil à 60 parlementaires par la réforme constitutionnelle du 28 octobre 1974. Le nouveau Président de la République aurait voulu que soit confié au Conseil le droit de se saisir lui-même « afin de mieux garantir les droits à la liberté des citoyens ». L'opposition du parti des fondateurs de la V^e République ne le permit pas¹⁵. Mais en l'état la mission du juge de la constitutionnalité, sa raison d'être, a complètement bouleversé l'équilibre des pouvoirs¹⁶.

*Comment l'alternance a entraîné l'abolition définitive
de la souveraineté de la loi*

C'est la fin d'un absolutisme, celui de l'identité du droit et de la volonté générale. C'est revenir *au principe libertaire* et *au principe légalitaire* qui étaient au fondement de la République. « Un peuple libre obéit aux lois, mais il n'obéit qu'aux lois et c'est par la force des lois qu'il n'obéit pas aux hommes »¹⁷. L'Etat de droit est en effet l'Etat où toute-puissance est soumise au droit et où le droit imprègne la société et investit l'Etat. Mais nous avons vu comment la souveraineté de la loi avait abouti à la souveraineté parlementaire et la souveraineté parlementaire à la démocratie totalitaire; c'est dire que si l'homme est libre lorsqu'il n'obéit qu'à des lois et non à des hommes, ce n'est rien dire dès lors que les hommes qui gouvernent peuvent nommer lois leurs volontés. Rousseau l'avait aussi vu : « Que les ministres de la loi en deviennent les seuls arbitres et qu'ils puissent les faire parler ou taire à leur gré... je ne vois point de servitude pareille à la vôtre » (lettre 9). Si le corps qui légifère est lui-même le pouvoir, « le même corps de magistrature a comme exécuter des lois toute la puissance qu'il s'est donné comme législateur. Il peut ravager l'Etat par ses volontés générales... » (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, chap. 6). Il faut donc que par la disposition des choses « le pouvoir arrête le pouvoir » (Montesquieu, liv. XI, chap. 4).

15. Jean Foyer, *Débats parlementaires Assemblée nationale*, 9 octobre 1974, p. 4869.

16. *Revue de Droit public*, novembre 1974.

17. J.-J. Rousseau, *Lettres écrites de la Montagne*, partie II, lettre 8.

C'est la *fonction d'empêcher* acquise par le Conseil constitutionnel et héritée des parlements après cent quatre-vingt-deux ans.

Aussi, bien que le statut du Conseil, son mode de désignation, sa procédure continuent de susciter de justes critiques et d'utiles projets d'aménagement, son principe même n'est plus vraiment contesté, sinon par ceux qui veulent par la loi « changer » la société civile. Parlement et gouvernement, de 1974 à 1981 et de 1981 à 1985, n'ont jamais osé passer outre. Jusqu'à présent les effets de l'élargissement de la saisine des juges constitutionnels, dont beaucoup n'étaient pas prévus, sont reconnus comme positifs. Contrairement à ce qui a pu être affirmé, les décisions juridiques et politiques importantes rendues depuis le 10 mai 1981, si elles ont fait obstacle à beaucoup d'initiatives du programme commun de gouvernement sur les nationalisations, sur l'enseignement supérieur, sur la liberté de la presse, sur l'école libre..., ont aussi permis à l'alternance de se réaliser. Le Conseil a été en quelque sorte le garant de l'alternance¹⁸ en permettant aux institutions de la V^e République de passer le cap difficile d'une redéfinition des règles essentielles du politique et du juridique. Elle a authentifié l'alternance en la régulant.

Mais si le principe d'un contrôle de législateur semble acquis¹⁹, il serait imprudent de méconnaître l'opposition qu'il suscite encore, et de qui elle émane. Aussi à propos de la décision sur les nationalisations, le Parti communiste affirmait qu'il allait « à l'encontre de la volonté des Français exprimée par le suffrage universel »²⁰, de même Lionel Jospin, premier secrétaire du Parti socialiste, déclarait avant même la décision que « jamais les grands courants de réforme ne se sont laissé arrêter par une Cour suprême quelle qu'elle soit » (21 octobre 1981). La nouvelle majorité prétendait à l'absolutisme de ses votes, écho de la déclaration qui a rendu célèbre son auteur André Laignel : « Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire » ; ce qui signifie que le principe même d'un contrôle de la loi au nom du droit était contesté par une partie

18. Louis Favereau, Le Conseil constitutionnel et l'alternance, in *La Constitution de la V^e République*, op. cit., p. 422 et s.

19. 75 % des Français sont favorables à l'institution et les électeurs socialistes sont parmi les plus favorables, *Le Monde*, 4 octobre 1983.

20. *Le Monde*, 20 janvier 1982, p. 8.

de la classe politique. Les aménagements par le Conseil de la loi de nationalisation, importants du point de vue de l'indemnisation des actionnaires mais mineurs quant au principe même des nationalisations, montrent pourtant la limite de son contrôle dans l'état actuel de la Constitution. L'autocensure du Conseil face à l'idéologie qui sacralise la loi et à une volonté politique affirmée l'empêcha d'utiliser pleinement les normes implicites du Préambule de la Constitution et des références qu'il contient à la déclaration des droits. La majorité n'en a pas moins repris l'épouvantail du « gouvernement des juges », dénonciation transmise par les jacobins aux socialistes, héritage de l'hostilité aux Parlements de l'Ancien Régime, gardiens des « lois fondamentales » qui préfiguraient pourtant le *Contrat social*. Aux injures de ceux qui le qualifient de « gang du Palais-Royal » correspondent les menaces et les manœuvres d'intimidation du Parti communiste dont un représentant déclarait : « Son rôle, ses attributions, sa composition, son problème. C'est une question qui est posée pour l'avenir »²¹.

Notamment après l'annulation de cinq élections en 1978, François Mitterrand avait déclaré : « Il s'agit d'une institution dont il faudra se défaire »²². Georges Marchais qualifiait ainsi l'invalidation de trois députés de l'opposition, qui furent d'ailleurs réélus : « Il s'agit d'une remise en cause flagrante du suffrage universel par la droite giscardienne, ce qu'aucun démocrate ne saurait accepter »²³.

C'est bien que l'existence du Conseil et sa jurisprudence — en dépit de sa très grande prudence — ont eu pour résultat l'autolimitation spontanée ou provoquée de la nouvelle majorité qui s'est trouvée contrainte de dépouiller beaucoup de ses projets de tout ce qui pouvait risquer d'entraîner une déclaration d'inconstitutionnalité. La simple menace d'une saisine a écarté bien des projets ; le risque d'une censure entraîne désormais l'obligation d'un examen préalable de constitutionnalité de ses projets avant qu'ils ne soient publiés. Le soin apporté à la motivation des décisions donne à celles-ci une autorité qui n'a pas été méconnue ; et les requêtes parlementaires, en forme de mémoire,

21. P. Herzog, *Le Monde*, 19 janvier 1982, p. 11.

22. *Le Monde*, 19 août 1978.

23. *Le Monde*, 17 août 1978.

comme les consultations des professeurs de droit qui souvent les accompagnent, concourent à cette autorité. Le souci qu'ont les *procureurs de la Constitution* de marquer — comme ils l'ont fait pour l'interruption volontaire de grossesse²⁴, la loi sécurité-liberté²⁵ et les nationalisations²⁶ — qu'ils ne disposent pas d'un pouvoir d'appréciation opposable au Parlement, leur permettant de substituer leur propre appréciation à celle du législateur, conforte cette autorité en en fixant les limites. Le Parlement ne peut être contrôlé dans l'appréciation des mesures qu'il prend, c'est ainsi que le Conseil s'est refusé à apprécier la « nécessité » des nationalisations dès lors que n'était pas établi que le transfert de biens et d'entreprises « restreindrait le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre ». Donc ces deux droits ont désormais ainsi valeur constitutionnelle, ce qui a constitué un avertissement explicite à l'encontre d'autres nouvelles dispositions. Au garde des Sceaux qui soutenait que l'article 34 de la Constitution conférait un pouvoir souverain en matière de nationalisation, le Conseil a répliqué en réaffirmant la subordination, en toutes circonstances, du législateur à des règles constitutionnelles :

Considérant que si l'article 34 de la Constitution place dans le « domaine de la loi » les nationalisations d'entreprise et de transfert d'entreprises du secteur privé au secteur public, cette disposition, comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété, ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelles qui s'imposent à tous les organes de l'Etat.

Ainsi le Conseil a-t-il passé le cap difficile de l'alternance. Malgré les menaces et les sollicitations de tous ordres qui lui ont fait comme une escorte d'honneur, il a rendu les décisions qu'il croyait devoir prendre ; plus de vingt fois il a censuré les abus de la majorité, donnant ainsi un certificat de conformité aux lois publiées. L'événement majeur des trente dernières années, avec l'élection du Président de la République au suffrage universel, a acquis droit de cité. L'acquis c'est notamment la *constitutionnalisation du droit et la juridification de la Constitution*. Le

24. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1984, p. 295.

25. *Op. cit.*, p. 486.

26. *Nationalisation*, Economica, 1982.

droit constitutionnel n'est plus désormais, comme le note Loïc Philip, une discipline dont l'objet est de décrire le fonctionnement des institutions politiques; il est une discipline *fondamentale*. C'est en effet de son application que dépend la garantie des citoyens contre les violations de leurs droits fondamentaux: protection de la liberté individuelle contre la visite des véhicules, internements administratifs, contrôles d'identité, perquisitions à domicile, respect de la vie privée, droit de propriété, respect des droits de la défense, liberté d'expression, liberté d'enseignement, indépendance des professeurs des facultés, principes d'égalité: cette soumission désormais acquise des lois au droit, c'est-à-dire à une norme supérieure quasi intangible, contrôle bénéfique pour la démocratie, devrait mettre fin au cliché du « gouvernement des juges ». C'est une démocratie plus mûre qui émerge de cette régulation; la tradition française de la surdétermination du politique au détriment du juridique qui inscrit toute décision importante dans la sphère du politique s'estompe. Dans la discrétion feutrée des appartements du pavillon Montpensier au Palais-Royal une révolution juridique s'est opérée qui devrait permettre l'économie d'autres révolutions. Le Conseil répond ainsi à l'exigence dont il est issu. Par la jurisprudence constitutionnelle l'idée de constitution est devenue idée instituée; et selon la formule de Thomas d'Aquin « la fin devient principe ».

Le droit à la constitution

Tout groupement, aussi rudimentaire que soit son organisation, a une constitution. « La constitution d'un peuple, disait Bonald, est le mode de son existence. » Il comporte au moins un pouvoir de fait; mais ce pouvoir ne se ramène jamais à la force pure; il porte avec lui *une idée de droit* qui tend à se réaliser, à s'institutionnaliser. C'est à ce principe juridique d'ordre supérieur à l'autorité de l'organe qui les édicte que se rattachent les règles positives qui incarnent dans le moment, le lieu, le *pactum societatis*, ce passage de l'universel au singulier d'une société donnée. Il est l'Esprit des Lois. La Constitution, c'est par conséquent la règle par laquelle un peuple légitime le pouvoir en adhérant à l'idée de droit qu'elle représente et qui détermine les conditions de son existence. C'est à la pointe de ce qui fait ce qu'elle est, et qui n'est ni sa religion, ni ses techniques, ni ses lois, mais son

droit, car la loi n'est pas le droit, qu'une société se saisit. La constitution d'un peuple est donc son idée instituée et cette idée est normative : le sentiment d'un bien commun au groupe fonde l'obligation politique. A l'origine du droit, il y a donc une *croyance* en la possibilité d'un ordonnancement auquel doit se conformer le groupement pour réaliser son bien commun et une *représentation* de cet ordonnancement. C'est le *contrat social* tel que le définit Rousseau : « Une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui même et demeure aussi libre qu'auparavant. »

Le contrat social est la pierre d'angle de la légitimité libérale, comme le montre Jean-Marie Benoist²⁷, dans une relecture de J.-J. Rousseau : « Le droit ne vient pas de nature, il est fondé sur des conventions », écrit-il au début du *Contrat social*. Il n'y a pas en effet de droit par nature mais du droit (conquis) sur l'état de nature ; il y a une dignité inamissible de l'homme « né libre », c'est-à-dire par libre essence, qui appelle des conventions pour arracher cette liberté aux relations de force qui sont dans l'état de nature. Cette liberté, fondatrice d'une norme de légitimité, émerge « comme ce à quoi on va pouvoir mesurer l'état réel des libertés, comme à un critère ou à une pierre de touche. Etre né libre, c'est être libre "par nature", une nature assez différente pour échapper à la nature des choses conçues comme un espace de la nécessité, alors que l'ordre de la loi, du contrat, de la convention de légitimité, sont récusation de la loi naturelle »²⁸. Le contrat social est la figure conceptuelle, l'antécédent logique (et non pas chronologique) de notre libre appartenance à une communauté de naissance qui est en même temps une communauté libre : le pacte associatif, c'est le nom du tissu relationnel qui n'est pas « la totalité compacte et empirique » des régimes totalitaires, mais la structure circulaire de la loi et de la liberté qu'elle garantit. « L'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté. » Etre né ici et non ailleurs, cette détermination n'est pas un déterminisme ; cette finitude originelle²⁹ qui nous enracine dans une communauté structurée par le droit de part en part est ouverture à l'universel.

27. Jean-Marie Benoist, *Les outils de la liberté, op. cit.*, p. 93 et s.

28. J.-M. Benoist, *Les outils de la liberté*, p. 114.

29. Pierre Boutang, *La politique*, Frossart, 1948.

La Constitution est cette communion fondatrice qui crée un ordre artificiel, fictif, extérieur, c'est-à-dire humain, et cependant naturel, car il est de la nature de l'homme de vivre en société, ordre fait d'une pensée qui s'inscrit dans un espace public, délimité et ordonné, « espace d'apparence », dit H. Arendt, « négaction », écrit J.-M. Benoist qui par cette définition négative de la formulation des garanties préserve l'indétermination de l'initiative des sujets.

Cet ordre c'est tout à la fois le pouvoir — « le pouvoir est la manifestation suprême de la peur que l'homme se fait à lui-même par les efforts qu'il déploie pour s'en libérer »³⁰ — et sa *limitation*. La Constitution assure le pouvoir avant de le limiter. Le pouvoir et sa limitation (ou mieux la souveraineté et la légitimité) s'expriment ensemble dans le *Bill of rights* de 1689 : « Acte pour une nouvelle limitation de la couronne et une meilleure garantie des droits et des libertés du sujet. » On voit que la fin d'une Constitution est son principe, sa cause finale et sa cause efficiente : les droits et libertés du sujet dans la formule anglaise, la personne et les biens de chaque associé pour J.-J. Rousseau, les *Droits de l'homme et des citoyens* proclamés en 1789, mais qui sont au frontispice de la Constitution de 1791. Car si la Constitution peut apparaître comme primordiale au sens logique, ainsi que le voit Kelsen qui en fait la norme fondamentale à laquelle tout le droit positif se rattache dont il tire effectivement son autorité, le droit, les règles du « juste en société » préexistent. « La Constitution, écrit Hayeck, est essentiellement une superstructure érigée au-dessus d'un système préexistant de droit, en vue d'en organiser la sanction efficace »³¹. Ce droit invariant, socle d'arrimage de la Constitution, ce sont les droits naturels devenus civils.

Ce que la Constitution de 1958 n'a pas inscrit, sauf par un renvoi en préambule de Préambule de 1946, lui-même contradictoire, puisque tout à la fois déclaratif et prescriptif, la Constitution de 1791 l'affirmait dans son Préambule : « L'Assemblée nationale, voulant établir la Constitution française sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de déclarer, abolit irrévocablement les institutions qui blessent la liberté et l'égalité des droits. » D'autre part son titre I garantit les

30. Ferrero, *Pouvoir*, Plon, 1945, p. 27.

31. Hayeck, *Droit, législation et liberté*, t. I, PUF, 1980, p. 162.

droits naturels et civils qui y sont énumérés : admissibilité aux places et emplois sans autre distinction que celle des vertus et des talents, répartition égale des contributions entre les citoyens en proportion de leurs facultés, égalité des peines sans aucune distinction des personnes, liberté d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté ni détenu que selon les formes déterminées par la Constitution, liberté de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication, liberté d'exercer le culte religieux auquel on est attaché, liberté de s'assembler paisiblement et sans armes en satisfaisant aux lois de police, inviolabilité des propriétés ou juste et préalable indemnité de celle dont la nécessité publique légalement constatée exigerait le sacrifice, etc. Il est précisé que le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution. La loi pourra seulement établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société.

La seconde idée, celle de la séparation, est mise en œuvre dans le titre III, où la souveraineté est présentée comme une en trois pouvoirs. La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation, mais elle ne peut être exercée que par trois délégations distinctes : pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire. Cette distribution, qui correspond au schéma de Montesquieu, n'a en réalité d'autre fin que de servir la liberté, qui reste l'objectif primordial, conformément à l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme : le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme.

Voilà donc la Constitution élevée au-dessus de la loi. Mais aucune sanction pratique n'est prévue pour garantir cette prééminence, pour annuler ou paralyser les lois éventuellement contraires à la Constitution. Il serait contraire à la séparation des pouvoirs que les tribunaux s'immisçassent dans l'exercice du pouvoir législatif. La Constitution le dit expressément (titre III, chap. V, art. 3) et leur fait défense de suspendre l'exécution des lois.

La Constitution est donc la loi des lois ; la règle des règles, mais du fait de l'instabilité institutionnelle française l'idée de constitution s'est

dévalorisée depuis 1789. De 1789 à 1958 16 Constitutions ont été appliquées. Le dépérissement de l'idée de constitution est à l'origine de l'imprécision et de l'insuffisance de référence aux droits du citoyen dans la Constitution de 1958. Les règles relatives à l'organisation nouvelle des pouvoirs publics sont précises, celles relatives aux principes fondamentaux reconnues par les lois de la République sont insignifiantes. Certes le Conseil constitutionnel a eu l'audace d'élargir le « bloc de constitutionnalité » au Préambule de 1946 et à la Déclaration de 1789, mais il demeure que fait défaut un *référentiel* incontournable.

Les droits que le Préambule de 1946 ajoute à la Déclaration de 1789 « comme particulièrement nécessaires à notre temps » peuvent être considérés comme flottants et susceptibles de plusieurs « lectures » : chacun a le droit d'obtenir un « emploi » ; mais à qui le chômeur doit-il s'adresser pour obtenir satisfaction ? le « droit de grève » renvoie aux lois qui le réglementent ; mais qui osera jamais les adopter ? L'individu et la famille jouissent des « conditions nécessaires à leur développement », mais nul ne saurait dire de quels organes dépend cette jouissance et à quel développement juste nous avons droit ; « la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » comportent tous les degrés de satisfaction comme « les moyens convenables d'existence », mais la Constitution ne peut en fixer le niveau ; quant à garantir « la protection de la santé », on sait que cette créance est inépuisable, mais que la finitude humaine lui donne ses limites. Bref, le Préambule de 1946 n'offre pas de fondement irrécusable à un contrôle constitutionnalisé. Il convient donc de reconnaître avec René de Lacharrière³² que le Conseil constitutionnel en faisant parler le Préambule de 1946 a usurpé un pouvoir que les textes ne lui donnaient pas. Cette usurpation a été légitimée par la réforme constitutionnelle du 21 octobre 1974 qui a inauguré ce qu'on a appelé *le droit à la Constitution*.

Pour mieux assurer ce droit quelques aménagements du Conseil constitutionnel peuvent être envisagés : 1) Dans sa *composition*. En limitant le choix à des juristes, et en excluant les membres de droit que sont les anciens Présidents de la République. La présence des prési-

32. Opinion dissidente, in *Pouvoirs*, 1980, p. 139.

dents Coty et Auriol n'a pas été efficace; le refus de participer du général de Gaulle et de Valéry Giscard d'Estaing est significatif. 2) Dans son mode de *saisine* : en introduisant le droit des juridictions de le saisir des exceptions d'inconstitutionnalité qui seraient soulevées devant elles à l'occasion d'un litige, comme aux Etats-Unis. 3) Dans sa *procédure* : en développant le débat contradictoire devant le Conseil qui à l'heure actuelle ne s'exerce que dans la presse à propos des grandes affaires. La contradiction et la transparence sont des principes fondamentaux du débat judiciaire. La plus haute juridictions ne doit pas se réfugier dans le secret de la rue Montpensier et négliger la leçon de civisme que donnent aux Etats-Unis les neuf hommes en noir de la suprême Cour. Relisons Tocqueville à propos des Parlements de l'Ancien Régime : « Les habitudes judiciaires étaient devenues sur bien des points des habitudes nationales. On avait généralement pris aux tribunaux l'idée que toute affaire est sujette à débat et toute décision à appel, l'usage de la publicité, le goût des formes, choses ennemies de la servitude. »

Mais demeure l'imprécision du référentiel : le bloc de constitutionnalité gagnerait à recevoir un crédit accru par une codification constitutionnelle de notre régime des libertés publiques. Ce qui fait la légitimité des pouvoirs n'est pas la manière dont le peuple est associé à son exercice, mais la manière dont il répond à l'exigence qu'il a instituée, c'est-à-dire de la manière dont il s'informe de l'idée de droit dont il tient son inspiration. La transition d'une société étatiste à une société contractuelle passe donc pas une nouvelle *déclaration des droits du citoyen* au fondement de la Constitution, et l'instauration d'un droit *constitutionnel juridictionnel* qui les garantisse. Déclaration qui devra faire place aux droits de la 3^e génération — après les droits-libertés, les *droits-de*, et les droits-créance, les *droits-à* — que sont les droits de l'homme en société, le droit de l'homme de *faire société*. Il y a d'abord des individus, mais il n'y a pas que des individus; les droits réciproques des devoirs doivent garantir l'inscription collective de l'irréductible pluralité humaine. Entre l'exaltation nithéenne de l'*unique*, décrété de dignité prioritaire et soustrait en droit au pouvoir d'ensemble, et la négation totalitaire de l'individu, entité abusivement disjointe du *tout* social, double aporie qui voit dans l'individu et dans la société « des termes antagonistes dont chacun ne peut s'accomplir qu'au

travers de la mort de l'autre »³³, le droit doit garantir la coexistence, la mise en relation pacifique du rapport trine que nous avons proposé de formuler sous les pronoms personnels : je, tu, il et qui conjuguent le mien, le tien et le sien.

C'est le rapport de l'homme à l'homme, relation paritaire de juste conduite que la Déclaration doit rendre possible par sa pure forme. La Constitution et la Déclaration doivent assurer le *between*, cet « entre » qui relie et sépare les hommes entre eux, espace d'une communauté d'égaux.

Comment recréer une aire de souveraineté individuelle sans en délimiter la sphère d'action ? Cette délimitation de la *polis* au sens originel du mot, qui désigne quelque chose comme « mur d'enceinte » (comme il semble que le latin *urbs* dérive de la même racine que *orbis* et que l'anglais *town* désignait comme l'allemand *zaum* une palissade, un rond), c'est la Déclaration des Droits qui l'inscrit. Face à un Etat, détenteur de l'énergie, maître du crédit, justicier souverain, la Déclaration des Droits conçue pour un Etat politique minimal est aujourd'hui inadaptée. Une *nouvelle déclaration des droits et libertés* doit préciser et compléter la Déclaration de 1789. Elle doit figurer comme une loi suprême au frontispice de la constitution de l'Etat pour signifier « que sa politique est une politique morale », comme l'écrivent Raymond et Claude Polin, qu'elle est fondée sur un credo moral minimum, qu'elle détermine les règles fonctionnelles *sine qua non* d'une vie en communauté politique pour des individus libres d'une liberté réfléchie, morale et rationnelle; ces règles ce sont les libertés individuelles : liberté de penser, d'expression, de communication, d'éducation, de propriété d'intimité, d'entreprise, d'aller et venir, comme d'avoir une vie privée, de telle sorte que ces libertés pour notre temps soient à l'abri de quiconque, qu'il soit gouverné ou qu'il gouverne.

Promouvoir la liberté par cette *constitutio libertatis*, comme la nomme Annah Arendt³⁴, fixerait les principes de l'espace public, principes que le pouvoir ne peut renier sans se dissoudre et qui sont les données premières qui bornent le champ du possible ouvert à la

33. Marcel Gaucher, Les droits de l'homme ne sont pas une politique, *Débats*, n° 3, 1980, p. 11.

34. Cité dans *La pensée politique d'Annah Arendt*, d'André Enegren, PUF, 1984.

délibération et à l'initiative de chacun, fondation principielle qui constitue l'espace entre les hommes où tout commence. Constitution et commencement, *arché*, au sens proprement grec où commencement et principe se conjuguent, selon la traduction de Heidegger, « ce à partir de quoi quelque chose prend issue »³⁵ : *l'Etat de droit*. « Le moyen de rénovation, écrit Machiavel, c'est de ramener au principe : du fait que l'excellence se corrompt par le cours du temps, si n'intervient quelque chose qui la ramène à son principe »³⁶.

35. *Question II*, traduction Beaufret, Gallimard, 1968, p. 32.

36. *Discours de Tite-Live*, liv. III, Pléiade, p. 607.

LE DROIT AU JUGE

« Dans tous les pays, il y a des juges et des juges ; il n'y avait de magistrats qu'en France, parce que c'était seulement en France qu'ils avaient le devoir politique de conseil. La limite au pouvoir indépendant du Roi était constituée, si bien constituée qu'on ne citerait pas une loi nécessaire qui ait été rejetée, pas une loi fausse qui se soit affermie. Le droit de remontrance dans les tribunaux suprêmes était une institution admirable et peut-être la source de tout ce qu'il y avait d'élevé dans le caractère français, et de noble dans l'obéissance : c'était la Justice du Roi qui remontrait à sa force ; et quel autre conseil, quel autre modérateur peut avoir la force, que la Justice ? »

BONALP, *Observations sur l'ouvrage de Madame de Staël.*

Comment la justice en crise appelle au renouveau de la justice

La justice est réputée être en crise. De fait elle est accusée de toutes parts et elle s'accuse elle-même. De fait la tradition culturelle de la mise en comédie des juges et des avocats qui était, avec l'ignorance de ses institutions réelles, les constantes de l'opinion publique à son égard ont fait place à des critiques graves et profondes qui souvent émanent du monde judiciaire lui-même. Longtemps la susceptibilité extrême du monde judiciaire à toute critique avait protégé l'immuable apparence de ses institutions judiciaires et fait croire à une permanence nécessaire. Mystère et stabilité, les réflexes des auxiliaires de justice comme les sentiments des justiciables ont été longtemps conditionnés par ces notions qui paraissaient inséparables de l'idée de justice. La sérénité du décor garantissait la pureté et la vigueur de l'éthique au-dessus du temps et bientôt à côté de la vie.

Sans doute de temps en temps apparaissait une affaire, de Callas à Dreyfus, comme aujourd'hui de Gabrièle Russier à George Goldmann. Alors l'opinion s'agite, se passionne, se divise. Chacun s'empare des faits, discute les charges, doute des preuves, rend son arrêt. Très vite et souvent très mal. Des juristes complaisants et des littérateurs impénitents mêlent leurs voix à toutes les bonnes consciences. Pour

se taire après avoir jugé quand le dossier s'ouvre vraiment. Tel est le visage dramatique de la justice pénale que la presse, le cinéma et la télévision vulgarisent. Et sitôt les passions calmées, les quolibets envolés, l'émotion dissipée, la justice replonge dans l'indifférence et la désaffection que favorise le clair-obscur de ces monuments classés où délibèrent à huis clos des magistrats inaccessibles. La justice a longtemps été et elle demeure encore pour beaucoup un univers de mystère, un peu burlesque, dont l'ombre enveloppe la misère. Le temps n'est plus où les rois de France conduisaient traditionnellement leurs visiteurs les plus illustres pour voir siéger sur les lys les magistrats les plus réputés d'Europe.

Ce visage maussade et cet appareil incompréhensible et souvent impressionnant ne sont pas cependant séparables de l'idéal incoercible de la justice. La charge sémantique attachée au mot de *justice* nous dit à la fois cette réalité et son imaginaire, et explique son ambiguïté. Le même mot désigne en effet tout à la fois un mode de fonctionnement de l'appareil judiciaire (justice inquisitoriale ou accusatoire), un ensemble de juridictions (la justice civile, la justice pénale, la justice pour enfants, la justice du travail), une administration qui détient le pouvoir d'ordonner ces juridictions (le ministère de la Justice, un fonctionnaire de la justice), une espèce de foi entre ciel et terre (la justice tranchera), une qualité (la justice d'une décision), une transcendance morale (faire régner la justice), une sagesse sacrée (lorsque le peuple connut le jugement qu'avait rendu Salomon, tous ceux d'Israël « véné-rèrent le roi, car ils virent qu'il y avait en lui la sagesse divine pour rendre la justice » (Roi I, 3. 28)) et une vertu (le ministère de la Justice est le seul qui porte le nom d'une vertu). La justice-institution et la justice-fonction sont auréolées et magnifiées par cette identification avec une éthique, une sagesse et une transcendance. Aussi on comprend que dans ses panoplies discrètes et ses guenilles somptueuses la justice jusqu'à ces derniers temps ait inspiré encore un sentiment de révérence. Les racines de notre appareil judiciaire plongent aux origines de notre histoire nationale. Sous le stuc des palais impériaux et républicains on retrouve vite la vieille pierre de la justice royale; et la tradition très ancienne et très lourde qui règle tous les détails de la vie judiciaire jusque dans les costumes, le langage, les rites, les tics mêmes explique pour beaucoup le prestige, l'aura qui entouraient ses pontifes.

Aussi le peuple le plus volontiers contestateur et railleur qui se retourne sur un prêtre encore en soutane ne sourit toujours pas d'une robe noire et d'une épitoge herminée sur le parvis d'un vieux palais féodal où se rend la justice depuis Saint Louis.

Mais ces temps où la justice inspirait révérence, indifférence ou ironie ne sont plus. Ou plutôt ils ne sont plus tout à fait. Les débats publics qui concernent la justice et les livres nombreux qu'elle inspire témoignent d'une crise d'identité, de conscience et de moyens, tout à la fois. On peut en prendre la mesure : des magistrats sortis de leurs réserves qui se syndiquent et remettent en cause les lois qu'ils sont chargés d'appliquer, des avocats en robe qui manifestent dans la rue, des détenus qui se révoltent ou d'anciens détenus qui s'organisent, des affaires ou des scandales sont l'occasion d'affrontements et de proclamations qui secouent l'univers de secrets et de discrétion qui était celui de la justice. Jamais, depuis les Etats Généraux, tant de discours n'auront été prononcés, écrits et diffusés sur la justice et ses réformes. Car la justice est en même temps saisie par la réforme. La volonté de réformer est partout bien que les réformes ne semblent pas arriver jusqu'à la pratique de bon nombre de tribunaux ou y arrivent méconnaissables. La réorganisation des professions judiciaires de l'aide judiciaire, de la procédure civile, la réforme pénitentiaire, la réforme de la filiation, la réforme du divorce, l'éclatement des tribunaux, l'informatisation des greffes, le projet de réforme du Code pénal accompagnent l'aggiornamento entrepris dans le monde judiciaire. Des nouveaux juges, des nouvelles pratiques, des nouvelles procédures, des nouveaux tribunaux saisis de nouveaux conflits rendent plus difficile *le retour sur soi* qui caractérise le meilleur de la réflexion de la justice sur la justice. La justice perd de l'altitude.

Comment la contrebande judiciaire ruine la justice

C'est aussi parce qu'elle veut être de son temps que la justice est malade comme toutes les autres institutions de ce mal du siècle, le métamorphisme, ce besoin anarchique de mutation. Les hésitations, les heurts, les pesanteurs de l'institution judiciaire sont les signes de ses contradictions. Ceux qui veulent la rénover sont aussi ceux qui lui concèdent un budget de disette. Mais si sa *difficulté d'être* est celle de la

société française, elle n'en est pas pour autant tolérable. La justice ne peut en effet ni prendre son temps ni attendre les moyens de s'adapter. Elle doit régler les litiges des particuliers avec compétence, simplicité, rapidité et loyauté. Elle doit être un instrument de paix sociale. Malgré les critiques qu'elle redoute, c'est encore ce qu'on attend d'elle. Elle est le lieu du droit. Elle garantit *un espace où la force n'est pas l'unique régulateur des rapports sociaux*.

L'univers judiciaire n'est pas tout entier contenu sous le masque rébarbatif de l'action pénale et ne s'inscrit pas seulement dans cette marge étroite qui va du divorce aux accidents. Il suffit de nommer les grandes branches du droit : civil, administratif, commercial, affaires, fiscal, travail, économie, libertés publiques, international pour évoquer l'énorme masse des lois, des décrets, des règlements, des jugements qui constituent la trame de la vie sociale. Que les tribunaux cessent de siéger ou soient paralysés et le trouble, l'insécurité, le vol et le pillage se multiplient. On l'a vu pendant l'exode de 1940. L'autorité de la justice assure pour une large part l'équilibre social. Cette action est loin de s'arrêter aux affaires qui lui sont soumises. Elle se fait sentir d'une manière générale. Elle retentit au-delà des parties entre lesquelles les jugements ont été rendus. Le procès n'est pas une anomalie et encore moins une maladie du corps social. Il est un moyen difficile mais pacifique et intelligent de réduire une tension ou de résoudre un conflit. Osons le dire aussi : de dégager la vérité, de faire prévaloir la justice, c'est-à-dire selon la vieille formule d'Ulpien reprise dans le grand Coutumier de France : « De rendre à chacun sa droiture. »

Aussi ne peut-on se résigner au rétrécissement du domaine de la justice. Il ne doit pas être considéré comme inéluctable que les riches s'écartent de la justice et qu'elle éloigne les pauvres. Car elle les éloigne : pour les défavorisés, les plus démunis et partant les plus dignes d'intérêt les marches des palais de justice sont trop hautes. Il ne leur reste alors qu'à renoncer, à transiger et à subir souvent la loi du plus fort. La scandaleuse pauvreté des moyens de la justice stérilise tous ses efforts. Le refus du justiciable se traduit dans le temps même où les affaires pénales augmentent de manière considérable par un retrait sensible des affaires portées devant les juridictions civiles et commerciales.

Cette désaffection du public se traduit d'une manière plus visible par la fuite du justiciable vers la justice non étatique. C'est le phénomène de *l'arbitrage* propre à la vie juridique française. L'idée de soumettre un conflit à des juges dans le milieu des grandes affaires et de le voir trancher selon les règles du droit est aujourd'hui presque considérée comme une inconvenance. Alors qu'autrefois dans les premières chambres se déroulaient des débats spectaculaires devant un public abondant parce que des conflits opposaient les grandes fortunes ou les grandes familles qui s'en remettaient à la justice, ces débats se règlent aujourd'hui ailleurs que devant la justice d'Etat.

Les raisons qui sont d'ordinaire avancées par ces milieux pour ne pas soumettre leurs conflits aux juridictions étatiques sont de tous ordres : le manque de fermeté des tribunaux à l'égard des débiteurs de mauvaise foi, leur irréalisme dans l'octroi des dommages et intérêts (en effet les gros chiffres effraient les juges), leur méconnaissance des nécessités et des usages du commerce et de l'industrie, l'inévitable recours dans les matières techniques à des experts dont les conclusions sont presque toujours entérinées, la lenteur et surtout l'incertitude du terme du procès mais aussi la rigidité d'une procédure trop imprégnée par la notion du duel judiciaire alors que les milieux d'affaires souhaitent que leurs conflits soient momentanés et sans séquelles ; enfin et surtout la crainte de la publicité dont ils redoutent les incidences fiscales. Aussi il n'est plus guère d'affaires de quelque importance économique ou financière qui viennent devant les juridictions. Elles sont traitées dans la coulisse, évoquées devant des arbitres, tranchées sans appel. « Politiquement, socialement et économiquement — devait constater un juge, M. Marcel Laroque, en février 1967 —, nous avons cessé d'être nécessaires. »

Cette désertion ne se traduit pas pourtant par la résolution amiable des conflits. Les difficultés ne sont pas moins nombreuses. Mais les contentieux des grandes entreprises mettent un point d'honneur à ne s'adresser à la justice d'Etat que lorsqu'ils ont épuisé tous les autres moyens. De fait même ils renoncent souvent à faire respecter leurs droits, ce qui rend plus précaires et plus incertaines les relations commerciales alors qu'elles devraient aller vers une plus grande sécurité. C'est la justice privée des arbitres qui a recueilli cette substance judiciaire perdue par la justice d'Etat. Alors que l'évolution historique

conduit de la justice privée à la justice d'Etat par un mouvement qui semblait pratiquement irrésistible, nous constatons en France un mouvement inverse. Tout comme la justice d'Eglise plus rapide, plus compétente, moins singulière se développe avant le ^{xiii}e siècle au détriment de la justice féodale, l'arbitrage, cette manière de *contrebande du droit*, que la loi interdisait, se développe comme une justice parallèle, comme une ville neuve édifiée à côté d'une « ville ancienne bientôt abandonnée, selon le procureur général Touffait, aux touristes et aux archéologues ». Chaque profession crée son centre d'arbitrage comme une véritable organisation judiciaire avec ses règlements de procédure, ses arbitres professionnels, ses états de frais et ses secrétaires-greffiers. Les sentences recherchées et acceptées par les parties sont exécutées volontairement dans la presque totalité des cas. Cette faveur du monde des affaires qui tient non seulement aux critiques que nous avons rappelées mais à la faveur, aux avantages que l'on reconnaît ou que l'on attribue à l'arbitrage privé : rapidité, technicité supposée des arbitres, irrévocabilité de la sentence, secret de celle-ci. Et de tels avantages l'emportent sur les inconvénients graves de l'arbitrage qui fait renaître un véritable corporatisme.

Par sa nature l'arbitrage est anarchique et ne permet pas la publicité toujours coercitive des décisions. Il n'offre pas toujours la garantie de l'indépendance et de l'impartialité des juges. Il n'en a pas les moyens d'information, d'investigation et de conviction. La décision arbitrale n'est pas susceptible de recours. Elle ne l'est pas non plus de critiques et de discussions ce qui freine la construction juridique si nécessaire dans les matières nouvelles. Il convient d'opposer au contraire l'immense travail effectué par la jurisprudence qui à partir de textes sommaires et rigides a su dégager des solutions souples adaptées aux problèmes nouveaux dans les matières de la responsabilité, des droits de la personnalité, du droit des transports ou des assurances terrestres. Ce sont des décisions judiciaires, leurs archétypes, que les sentences arbitrales tirent d'ailleurs leur propre substance. Pour ces raisons le juge institué reste la meilleure garantie du justiciable. Il a pour lui la neutralité, la compétence, l'objectivité et l'indépendance, même si les moyens dont il dispose sont insuffisants face aux besoins du monde actuel. La pauvreté de l'administration de la justice et son inadaptation moins apparente que supposée aux besoins de son temps explique

la faveur dont continue à jouir l'arbitrage privé. Et les mêmes mots vont se répétant chez les défavorisés que rebutent les difficultés d'accès à la justice : justice vieillie, justice artisanale, justice anarchique, justice pauvre. Ceux-là qui sont les plus démunis et, partant, les plus dignes d'intérêt renoncent, transigent ou subissent la loi du plus fort.

Théoriquement le nouveau Code de Procédure civile par les moyens donnés au juge de rechercher la vérité sans être tenu par les règles de la procédure comme par la possibilité qu'il lui est donnée d'être juge-arbitre sans recours semble répondre aux griefs principaux opposés à l'institution judiciaire. Et le Code de Procédure civile n'y est pour rien si une chambre capable d'évacuer mille jugements par an reçoit 1 500 dossiers, si le juge chargé de suivre la procédure n'a ni cabinet ni secrétariat et, en plus, plusieurs fonctions, si plusieurs chambres siègent dans la même salle, si un cabinet misérablement meublé est affecté à plusieurs juges, si le fonctionnement administratif prend le pas sur la fonction de dire le droit, si dans beaucoup de cours et de tribunaux il faut attendre plusieurs mois pour que la copie des jugements ou des arrêts soit tapée... Les républiques passent et les déclarations ministérielles promettant à la justice les moyens de sa fonction se succèdent mais *la pénurie* reste. Tous les ministres de la Justice se font promettre et promettent « le budget qui donnera une justice moderne à une démocratie moderne ». Ces promesses ne sont jamais véritablement tenues, et le budget du ministère de la Justice ne représente que 0,9 % de l'ensemble du budget de la nation. De plus, dans ce pourcentage figurent les dépenses destinées à l'entretien des palais de justice dont beaucoup effectivement sont en cours de profonde rénovation et des établissements qui relèvent directement de l'autorité du ministère, telles les prisons. L'informatisation, l'apparition de la photocopie et des machines à dicter, l'usage nouveau du téléphone modifient certes les moyens de son administration. Les services d'accueil installés dans tous les tribunaux humanisent les rapports avec le public. Mais le retard dans la mise en forme des décisions traduit d'une manière évidente l'insuffisance des moyens par rapport aux besoins. Les juges des expropriations n'ont pas de machine à calculer. Les substituts rédigent leurs réquisitoires à la main. Aucun tribunal de province n'a de voiture. Les juges d'instruction de Paris n'ont pas de salle d'attente. Les juges correctionnels déposent leurs

pardessus dans les toilettes. Bien des magistrats ne viennent dans les palais que pour les audiences, faute d'avoir un bureau personnel, une table qui ne soit pas bancale et des fauteuils qui aient des fonds; ils travaillent chez eux, d'où ces minutes de décision rédigées au stylo à bille sur des faire-part de mariage et cette fausse réputation d'oisiveté des juges du siège. Les magistrats sont nos derniers scribes. Est-il possible de croire à une activité efficace et continue dans une administration encore trop souvent vétuste ! La conception que l'on a de la justice s'inscrit dans la pierre. C'est faute de moyens que les réformes restent inappliquées. Alors que Bernard Chenot qui fut garde des Sceaux avait bien vu que le ministère de la Justice serait dans l'avenir le premier *ministère social* de l'Etat, il y a toujours eu d'autres priorités pour différer ces priorités sociales.

Comment le droit au droit implique le droit au juge

L'important de la fonction de transformer le droit en justice — selon la belle expression de Malraux — n'a rien perdu de son utilité sociale. Il se pourrait même, par la diffusion de l'information et la solidarité croissante des rapports humains, que cet acte qui consiste à mettre le droit au diapason de la vie, à « faire jurisprudence » revête plus d'importance encore; lorsque tout jugement retentit directement sur les milliers d'hommes qui se profilent derrière chaque décision isolée.

La trame des lois, des décrets et des règlements exprime pour une part la trame complexe des rapports humains qui s'interpénètrent et s'entrechoquent. Face à cette multitude de lois, la justice doit dire le droit, face à tous les pouvoirs, demeurer le contre-pouvoir. C'est en quoi, dans un monde qui suit ses lois sans les maîtriser, la justice est la fonction forte. Elle doit contrôler par ses jurisprudences le travail des lois engendrées par la marche du monde et qui à leur tour refont et entraînent le monde. La justice doit veiller à ce que les pouvoirs n'utilisent pas ce réseau mouvant et gigantesque des lois pour étouffer l'homme. La justice est là pour que l'homme, sujet de la Cité des hommes, ne devienne pas l'objet du pouvoir.

C'est par l'intermédiaire de la procédure et à travers elle que le citoyen demande et reçoit justice. Mais la procédure qui est une technique, un outil qui devrait être adapté à l'œuvre apparaît souvent

comme une fin en soi. Et c'est le premier obstacle à la justice. Le reproche n'est pas nouveau. La Bruyère disait déjà : « Le devoir des juges est de rendre la justice, leur métier de la différer; quelques-uns savent leur devoir et font leur métier. » La procédure permet, impose même aux parties d'accord pour être jugées rapidement, des détours et des lenteurs inexcusables. Et dans cet univers ralenti, la nonchalance, pour ne pas dire les habitudes négligentes des auxiliaires de justice et des employés de l'administration viennent ajouter leur pesanteur et leurs attermoissements. Le mystère de la distribution des affaires par le greffe sans règle ni raison les prolonge. La mise au rôle traîne plusieurs mois alors qu'elle pourrait être immédiate. Et à la lenteur de la justice s'ajoute son irrégularité dans la lenteur. A telle chambre de justice est rendue à six mois, à telle autre il faut attendre deux ans. Dans tel tribunal la copie de la décision est livrée instantanément, dans tel autre il faut attendre huit mois. Aussi bien souvent au terme d'un ballet de procédure la décision ne satisfait qu'à peine celui qui l'a sollicitée et n'atteint pas celui qu'elle vise. C'est « une réponse morte, une question vivante ». Ce qui montre que le succès des réformes comme celles de l'unification des professions judiciaires et de la procédure civile dépend plus des hommes, de leur nombre et de leur esprit de service que des textes.

Le but à atteindre n'est pas la simplification en soi de l'outil procédural mais l'adaptation continuelle de l'outil à son objet. Ainsi l'extension de la juridiction présidentielle selon les formes et les voies de la juridiction des référés offre la voie d'une action simple, rapide pour tous les litiges dans lesquels la complexité du droit et du fait n'exige pas un examen minutieux et les longs mûrissements de la procédure ordinaire. C'est à lui aussi que devrait revenir le pouvoir de décider, l'impérum pour toutes les atteintes à toutes les libertés d'où qu'elles viennent, et la défense faite au juge d'adresser des injonctions à l'administration est un déni de justice. Des décisions rapides peuvent bien souvent apaiser les tensions. Ce juge accessible, humain, *paternel* au sens fort du terme, compétent ayant les pouvoirs nécessaires, et dont l'audience permet le dialogue directe du juge et du justiciable, existe dans son principe. Mais il devrait être permanent et visible au public. Une plus grande présence de la justice au monde est à cette condition.

Abandonnant cette idée qui a dominé les siècles que le procès est

la chose des « parties » et par conséquent l'« affaire » des avocats, le législateur a accru le rôle du juge. Il n'est plus celui qui écoute et qui se tait. C'est à lui de fixer les délais et leurs sanctions, d'instruire l'affaire, de veiller à la régulation des procédures, de redresser les erreurs initiales en temps utile ou chemin faisant les erreurs d'aiguillage, de débroussailler les faits, de rechercher s'il le faut les preuves qui font défaut. Tout ceci effrite le principe de la neutralité du juge.

Tout n'est pas encore accompli dans cette voie. Si le juge ne peut départager des parties sur l'interprétation d'un contrat, il peut statuer uniquement sur une difficulté « née et actuelle ». Ignorant l'adage qu'il est plus simple de prévenir que de guérir, le droit français ne connaît pas comme l'Allemagne, l'Angleterre et l'Italie, l'existence du jugement déclaratoire, la forme cependant « la plus élevée et la plus délicate du pouvoir judiciaire d'une grande utilité sociale puisqu'elle assure le développement des rapports juridiques et prévient les actions illégitimes ». Le manichéisme judiciaire qui lie le tribunal quant à l'objet de la demande et à la marche de l'instance ne lui permet pas non plus « de rapprocher les parties sur une solution non demandée dans leurs écritures » mais le contraint à dire si oui ou non le demandeur doit triompher dans ses prétentions, à désigner le vainqueur et condamner le vaincu, donc à creuser un fossé et ne contribue pas à faire du jugement civil l'instrument de paix social qu'il devrait être.

Le juge de la mise en état créé en France en 1965 et dont l'équivalent en Allemagne porte le joli nom de « juge chargé de faire la lumière » a les moyens théoriques de la rapidité, de la simplicité et de la loyauté. Mais ce texte se heurte encore à une pratique judiciaire tout imprégnée d'une conception passive du juge. Comme si le temps du juge muet n'était pas révolu ! Tout travail efficace quand il atteint un certain degré de complexité doit être surveillé et contrôlé. Et cette mission revient au juge. Mais par habitude ou par nonchalance et surtout par insuffisance de moyens, en hommes, en locaux et en matériel, le rythme de la procédure ne s'est pas toujours trouvé accéléré. Il a même été souvent ralenti. Dans bien des juridictions la routine et l'inertie de l'habitude ont tué l'esprit nouveau et la procédure n'a eu que trop tendance à reprendre son chemin et ses rites anachroniques alors que le rythme de la vie s'accélère et que chaque instant compte dans la vie des affaires.

Il faut rendre au juge ce qui est au juge. C'est à lui de peser, qualifier, motiver et juger. Il n'est pas un ordinateur programmé par les parties. Il doit dire le droit sans s'arrêter aux moyens de droit allégués par les parties. Il doit au besoin soulever d'office des moyens nouveaux. Le nouveau Code de Procédure civile le lui permet. Le reconnaître, et lui en donner les moyens auxiliaires en matériel et par-dessus en *efficacité* de ses décisions, c'est reconnaître le rôle directeur du juge. Ce devoir est le corollaire du *droit au juge*.

Le *droit au droit*, lorsqu'il s'agit de le mettre en œuvre et d'en garantir l'application implique le *droit au juge*. C'est ce qu'exprimait la déclaration des Droits de l'Homme incluse dans le projet de Constitution de 1946, lorsqu'elle disposait dans son article 11 : « La loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice. » Cette déclaration, rejetée avec le premier projet de Constitution de la IV^e République, n'a jamais reçu valeur de droit positif; mais l'inclusion du droit d'agir en justice dans un projet de charte fondamentale est un indice de la valeur constitutionnelle de ce principe. De nombreux droits étrangers, dont le droit allemand qui considère l'Etat comme « investi de l'obligation de rendre justice »¹, consacrent sa valeur constitutionnelle. Et l'ensemble de notre organisation judiciaire, comme notre droit processuel, implique la plénitude de ce droit d'agir en justice comme principe général du droit. La loi peut mettre en œuvre le droit d'agir en justice, elle ne peut en supprimer la jouissance. Ce droit au juge se cristallise dans l'article IV du Code civil faisant obstacle à ce que le juge refuse de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi », disposition que l'on rapprochera de la procédure préconisée par Aristote : « Quand la loi pose une règle universelle, il est alors légitime dans la mesure où la disposition prise par le législateur est insuffisante et erronée à cause de son caractère absolu d'apporter un correctif pour subvenir à cette insuffisance en édictant ce que le législateur édicterait lui-même s'il était là et ce qu'il aurait prescrit dans la loi s'il avait eu connaissance du cas en question »².

Aussi doit-on regretter que les « principes directeurs du procès » inscrits dans le nouveau Code de Procédure civile aient été édictés

1. Cité par Renoux, *op. cit.* en note, p. 348.

2. *Ethique à Nicomaque*, 1137 b, 19-25.

par décrets en 1975 et 1981; au civil autant qu'au pénal, où l'intervention du Parlement est exclusive, la procédure en délimitant l'office du juge et en assurant la contradiction remplit une égale fonction. L'équilibre des pouvoirs, effet du droit constitutionnel juridictionnel, veut que la fonction juridictionnelle soit contenue et maîtrisée par des règles claires, précises et stables. « A l'inamovibilité des juges et à la sainteté des jurés, il faut réunir encore le maintien constant et scrupuleux des formes judiciaires, notait Benjamin Constant dans ses *Principes de Politique...*, il y a dans les formes quelque chose d'imposant et de précieux qui force les juges à se respecter eux-mêmes et à suivre une marche équitable et régulière »³.

Ainsi voit-on que le droit au droit, le droit de se faire rendre justice, le droit au juge, l'indépendance du juge, le principe du contradictoire, le formalisme et le rituel judiciaire sont des droits indissociables; ils font cercle autour de l'individu. Ils sont *ses* droits. Le commissaire du gouvernement Odent pouvait conclure avec justesse devant le Conseil d'Etat : « Les plus solennelles affirmations de principes, les formules les plus protectrices de la liberté et de la dignité de l'homme n'ont d'efficacité, donc de valeur, que dans la mesure où leur en prête l'impartialité et l'indépendance du corps judiciaire qui en assure le respect »⁴. L'*indépendance* et l'*impartialité* de la justice sont les maîtres-mots de toute réflexion sur le devoir de « *dire le droit* ». Le devoir primordial de l'Etat est de *rendre la justice*, c'est-à-dire de la restituer à ceux au nom de laquelle elle est prononcée; mais il n'est pas à la discrétion du Pouvoir qui l'administre de la rendre lui-même. Sa fonction est d'en assurer le libre exercice en garantissant au juge un statut et les moyens pour répondre avec sérénité et autorité au besoin de justice. Tout notre propos est de comprendre les raisons pour lesquelles ce *pouvoir* lui a été si longtemps *refusé* et les conditions pour qu'il lui soit *restitué*.

Comment juger est une fonction politique

L'accord semble pourtant général sur l'indépendance nécessaire de la magistrature et sur l'impartialité tout aussi nécessaire du magis-

3. *De la liberté chez les modernes*, Hachette-Pluriel, 1980, p. 422.

4. Conclusions sous Conseil d'Etat, 27 mai 1949, *Gazette du Palais*, 1949, p. 36.

trat, à défaut d'accord sur le contenu de ces principes. Le Pouvoir se confond volontiers en protestation de son respect à leur égard; mais, à l'heure des votes budgétaires, les discours volontaristes des ministres de la Justice deviennent vellétés et consacrent à la fois la carence traditionnelle des Pouvoirs publics à son égard et sa méfiance. La raison de cette méfiance n'est jamais dite : on discute chez les Constitutionnalistes de la question de savoir si la fonction juridictionnelle est un *pouvoir*, au sens de Montesquieu, ou une *autorité* selon le titre VIII de la Constitution, mais les Politiques ont en commun, plus ou moins exprimé, plus ou moins délibéré la même politique qui se transmet à tous les pouvoirs comme l'héritage de l'ingratitude raisonnée de la Constituante à l'égard des Parlements : empêcher que la justice ne redevienne jamais un pouvoir *politique*.

Nous avons vu ce mot d'ordre à l'œuvre dans le désarmement de la Justice en face de la Constituante : la dépendance statutaire et matérielle de la magistrature en est la traduction pour le citoyen face aux entreprises du Pouvoir. L'anéantissement des contre-pouvoirs et la subordination du Droit sont bien les conquêtes de la Constituante avant que la Convention n'écrase les droits qu'elle avait prétendu consacrer. L'épuration même ne suffit pas à la Terreur. Quand les tribunaux révolutionnaires eurent disparus, le Pouvoir de l'an VIII s'attribua la nomination des juges et leur avancement. Napoléon à son tour embrigada les juges. Royer-Collard a résumé dans des pages saisissantes la transformation d'un peuple de citoyens en un peuple d'*administrés*, car, écrit-il : « Là où il n'y a pas de magistrat indépendant, il n'y a que des délégués du Pouvoir » — « Nous avons vu la vieille société périr, et avec elle cette foule d'institutions domestiques et de magistratures indépendantes qu'elle portait dans son sein, faisceau puissant des droits privés, vraies républiques dans la monarchie. Ces institutions, ces magistratures ne partageaient pas il est vrai la souveraineté, mais lui opposaient partout des *limites* que l'honneur défendait avec opiniâtreté. Pas une n'a survécu, et nulle autre ne s'est élevée à leur place. La Révolution n'a laissé debout que des individus »⁵.

Ce n'était intention des Constituants mais, obéissant moins à

5. Cité par P. F. Moreau, *Les racines du libéralisme, anthologie*, Le Seuil, 1972, p. 11.

des idées qu'à un principe inconnu d'elle et qui la meut, la Révolution devait désarmer la Justice pour armer de toutes ses foudres la Volonté Générale. Elle détruisit ainsi toutes limites à l'*imperium* de la démocratie. Toute une tradition du service public allait servir cet alignement de la fonction juridictionnelle sur les autres services de l'Etat. « Quand la politique entre dans les prétoires, la justice en sort » — l'apostrophe célèbre d'un avocat du xix^e siècle est le relais glorieux de cette *capitis diminutio*, voulue et acceptée.

Car la fonction judiciaire est une fonction politique, l'activité judiciaire est une activité politique, l'acte de juger est un acte politique. C'est-à-dire que le juge quand il rend une décision, à quelques exceptions près, rend une décision non *liée* par une hiérarchie ou des normes préexistantes, et qui retentit au-delà de l'espèce qui lui est soumise, ce qui est dire qu'elle a une valeur collective. Ce qui est définir l'acte de juger, même supplétif ou subsidiaire, comme un acte politique. Voilà ce qu'on masque ou refuse dans les discours ou les mercuriales des rentrées solennelles des cours et des tribunaux; et l'idéologie commune conspire à cette occultation en regardant la politique comme partisane et injuste, et la justice comme neutre et impartiale. Sans doute faut-il voir dans cette dichotomie l'effet de la polysémie du mot de « justice » qui signifie, nous l'avons vu, à la fois une institution, une fonction, une qualité et une vertu. La vertu auréole l'institution et la fonction d'une attente incomparable. On voudrait aussi que la logique faisant alliance avec l'idéalisme, la mise en œuvre de la fonction juridictionnelle soit le bon usage du syllogisme judiciaire; la puissance de juger serait en quelque sorte nulle, au sens où l'écrivait Montesquieu, puisqu'elle ne serait que la mise en équation de la majeure — la loi applicable — et de la mineure — le fait imputable. Le syllogisme n'est pas politique. Mais dans la pratique les décisions syllogistiques sont rares : les contraventions, la conversion de la séparation de corps en divorce, la condamnation des exposants de livres interdits à l'affichage par l'administration, la condamnation pour fraude fiscale... Pour ces cas seul le juge est le simple exécutant de la loi, ou sa « bouche », disait aussi Montesquieu. Dans la plupart des cas le fait donné à interpréter est équivoque et le choix de la norme à appliquer comme l'interprétation de son contenu ne sont pas donnés. Ainsi de qualifier un fait de faute. Le

jugement n'est pas d'abord un acte de connaissance; il est un acte de volonté; répondre affirmativement au pénal à la question de la matérialité, de l'imputabilité, de la responsabilité et de la culpabilité — selon l'intime conviction du juge que ne lie aucun système de preuves — est une opération de la *volonté*.

C'est ainsi que latéralement nous retrouvons l'une des racines philosophique du libéralisme : ce n'est pas assez dire que le libéralisme affirme la primauté de l'individu sur les déterminations concrètes qui l'entourent; il l'affirme comme un *devoir-être* du sujet, comme ce par quoi il se distingue du reste de la nature, et en un sens de ses lois. C'est la volonté qui est créatrice des lois et du droit, et qui consent à s'y soumettre; c'est une faculté morale que de pouvoir s'imposer un ordre, comme de s'opposer à lui, par son libre arbitre juridique. Tout comme l'*autonomie de la volonté*, principe philosophique et juridique du libéralisme, la *volonté du juge* appartient à cette sphère qui n'est pas celle de la nécessité.

Le juge, au civil comme au pénal, dispose ainsi d'un *pouvoir de juger* qui n'est donc pas *lié*; « si l'explication du jugement n'est pas dans la loi, il faut bien qu'elle soit dans le juge », constate Michel Tropper⁶. Mais il ne suffit pas que les juges aient effectivement la liberté de prendre des décisions en face des faits, en prescrivant ou en interdisant des comportements, pour que la fonction juridictionnelle soit politique; il faut aussi que la décision ait une portée *collective*. En droit et de droit, les juges ne statuent que pour chaque cas d'espèce; et à la condition que la difficulté soit née et actuelle; les arrêts de règlements par lesquels ils se lient et lient du même coup les juridictions inférieures leur sont interdits par l'article 5 du Code civil de 1804. Mais dans la pratique une décision rendue retentit au-delà des personnes et des groupes entre lesquels elle a été prononcée. Elle est revêtue de l'*autorité absolue de la chose jugée*, c'est-à-dire de la force de *vérité légale*.

Le juge en motivant sa décision, véritable dette à l'égard du justiciable, donne ses raisons, *se justifie* par conséquent, et veut convaincre au-delà de ses premiers lecteurs, les parties et leurs avo-

6. Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?, *Pouvoirs*, « La justice », 1980, p. 10.

cats, du bien-fondé de sa décision, tous ceux qu'elle peut indirectement concerner. Il veut donc l'*universaliser*. Son pouvoir créateur est *normatif*. Interpréter la loi, c'est presque à chaque cas la réajuster, la compléter, mais parfois aussi la refaire et par conséquent informer ceux qui sont ou seront soumis à la loi à son interprétation possible. Et les revirements de jurisprudence sont les signes de la modification de la règle juridique et de ce que cette interprétation nouvelle est *souveraine*. C'est ainsi que l'opinion de la Cour de cassation consacrée en Chambres réunies s'impose à toutes les juridictions inférieures; sa nouvelle jurisprudence s'impose même rétroactivement aux instances en cours, comme aux procès à naître, alors même qu'elle porterait sur des faits antérieurs. C'est pourquoi la pratique reconnaît et distingue les décisions d'espèce et les décisions de principe, les décisions ponctuelles et les décisions qui « font jurisprudence » (les seules que publie la Cour de cassation). Dans ces cas la décision rendue a, de fait, une portée générale et obligatoire; elle est impérative dans la pratique, ce qui caractérise le normativisme. Le précédent devient alors une véritable règle de droit; le rapport annuel de la Cour de cassation illustre ce pouvoir réglementaire qui contredit chaque année l'interdiction qui fait la loi au juge de prendre des arrêts de règlement à l'exemple des Parlements de l'Ancien Régime. Et c'est l'inflation des lois trop nombreuses, trop vite et mal faites, trop changeantes, et par lesquelles la loi se discrédite, qui exalte le rôle du juge; ainsi que le montre Jean-Denis Bredin « l'abondance, la fragilité, l'incertitude des lois, en même temps qu'elles enserrent le juge, l'encouragent à s'en libérer » : « l'avènement du juge est le corollaire nécessaire du déclin du droit »⁷.

Il n'y a donc pas un syllogisme légal qui s'impose au juge, syllogisme primaire, mais un syllogisme secondaire qui constitue sa tâche quotidienne : la majeure est le principe d'interprétation, la mineure, le texte à interpréter, et la conclusion, le sens donné à ce texte, qui aboutit à cette conclusion que le sens donné au texte litigieux est la majeure du syllogisme primaire; c'est donc le juge qui, par son interprétation, donne son contenu à la majeure : il remplit ainsi un pouvoir normatif. Si chaque décision n'est que le passage à la règle abstraite

7. Jean-Denis Bredin, La loi du juge, *Mélanges B. Goldman*, p. 20.

à la réalité concrète qui lui donne son véritable visage, il y a un mouvement inverse qui en dégage par induction un principe susceptible de généralisation; il arrive même que la Cour de cassation déborde le litige qui lui est soumis pour glisser dans les motifs une énonciation destinée à promouvoir un principe nouveau; c'est ainsi que *juridictionnelle* une décision devient *jurisprudentielle*. Il arrive alors que la loi consacre la jurisprudence nouvelle en lui donnant une valeur formelle. En quoi la jurisprudence ne doit pas être seulement considérée comme une source du droit; elle en serait plutôt, comme la loi, le symptôme.

Ce pouvoir créateur, c'est celui du Conseil constitutionnel qui dans sa décision du 28 novembre 1973, en excluant du domaine réglementaire les textes frappant des contraventions de peines de prison, dispose que seule la loi peut associer une contravention à une peine de prison, ce qui était renouer par cette initiative avec l'article 8 de la Déclaration de 1789 : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi. » Mais c'est plus encore la jurisprudence administrative du Conseil d'Etat qui a fait peu à peu surgir le droit administratif, en l'absence d'un corps cohérent de textes de base, à l'exemple du Code civil, dans l'exercice de son pouvoir prétorien. Un droit substantiel s'étend jusqu'à la reconnaissance de véritables droits subjectifs substantiels des administrés et s'est constitué progressivement à partir du contenu des recours juridictionnels pour excès de pouvoir. Le Droit romain avait de même pratiqué l'*actio in rem* avant de connaître le *jus in re*. Comment ne pas rapprocher les « principes généraux » que le Conseil d'Etat fait intervenir et les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » énoncés par le Conseil constitutionnel. Ainsi le droit sort du *pouvoir de juger*⁸, pouvoir qui donne la force de la vérité à ce qui était contesté et met le pouvoir de contrainte à son service. Et ce pouvoir du juge trouve sa source dans le sentiment qu'a le juge du juste et de l'injuste; il met, quand il *dit le droit entre les parties*, selon l'ancienne expression, le droit au service du juste, et non la justice au service de la loi; et ce faisant il participe à l'effort permanent d'adaptation de la société à l'ordre spontané en donnant force exécutoire aux règles qui rendent

8. Pierre Hébraud, Le juge et la jurisprudence, *Mélanges Couzinet*, 1974, p. 371.

plus probables l'ajustement des anticipations des justiciables et moins probables leurs conflits en délimitant par des prohibitions le contenu du domaine protégé de chaque personne.

Politique, au sens que nous donnons à ce terme — décision non liée à portée collective — et parfois moins liée que la loi du législateur, issue trop souvent d'un compromis politique, la fonction juridictionnelle est-elle pour autant l'émanation d'un Pouvoir ?

Comment séparer le pouvoir judiciaire du pouvoir d'Etat

Ainsi, avec des degrés qui varient considérablement selon la liberté reconnue au juge, la fonction de juger est en droit et selon le droit une fonction politique. Montesquieu, dans un passage fameux de *L'Esprit des lois*, distingue dans chaque Etat le pouvoir judiciaire du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. « Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. » Répartition ternaire du pouvoir qui est plus qu'une maxime de science politique, elle est une garantie des libertés dans la division et la limitation du pouvoir. Car il s'agit bien, selon la formule de Georges Vedel : « De ralentir, de contenir, d'apaiser ce monstre irremplaçable, le Pouvoir »⁹.

Mais pour que la fonction de juger constitue un pouvoir le juge doit avoir un statut personnel qui lui garantisse son indépendance. Toute dépendance personnelle rogne et neutralise la part correspondante de pouvoir politique. Elle corrompt la fonction du juge. Si sa dépendance est complète, il n'y a plus de pouvoir judiciaire. Le juge est le bras séculier de l'Etat. Et la définition lapidaire de Littré n'est plus juste : « Juger, c'est exercer le pouvoir judiciaire. » « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de Constitution », constate l'article 16 de la Déclaration de 1789. Notre histoire judiciaire, depuis la Révolution, nous montre que ce concept élaboré par Montesquieu et repris par la Déclaration des Droits de l'Homme n'a jamais été sanctionné par les faits. En dépit des pétitions de principe solennellement renouvelées à chaque République — ainsi, le général de Gaulle

9. Préface de Montesquieu, *Œuvres complètes*, coll. « L'Intégrale », 1980.

à Bayeux, le 18 juin 1946 : « Tous les principes, et toutes les expériences exigent que les Pouvoirs publics, législatif, exécutif, judiciaire, soient nettement séparés et fortement équilibrés », la Justice n'a jamais eu en France, et aujourd'hui moins que jamais, l'autonomie, les moyens et le prestige d'un véritable pouvoir politique. Elle constitue une administration originale dont l'Etat conserve le contrôle et dont, parfois, il confisque la fonction. Ainsi, dès 1790, Cazalès déclarait : « Dans toute société politique, il n'y a que deux pouvoirs : celui qui fait la loi et celui qui la fait exécuter. Le pouvoir judiciaire, quoi qu'en aient dit les publicistes, n'est qu'une simple fonction puisqu'il consiste en l'application pure et simple de la loi. L'application de la loi est une dépendance pure et simple de l'exécutif. » Cette déclaration fut transcrite dans les lois : ainsi celle des 16 et 24 août 1770, toujours en vigueur, qui interdit aux juges d'interpréter la loi.

La Révolution avait redouté la puissance des juges. Elle s'était appliquée avec la Constitution de 1791 à empêcher que la justice redevienne jamais un pouvoir. Tout en proclamant la séparation des pouvoirs et en consacrant au « pouvoir judiciaire » un chapitre entier; mais c'est une enveloppe vide. Le juge n'est que la bouche de la loi; il doit la prononcer; il lui est même interdit de l'interpréter. L'idée de *jurisprudence* soulève la colère de Robespierre : « Ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi, alors il y a toujours identité de jurisprudence »¹⁰. A cette conception, selon laquelle tout le droit est dans la loi survivra tout au long du XIX^e siècle. Nous avons vu comme on attribue à l'un des maîtres de ce qu'on a appelé l'Ecole de Exégèse¹¹ d'avoir proclamé qu'il n'enseignait pas le droit civil, mais le Code Napoléon. Le respect sacré du texte était commun aux générations d'étudiants en droit; en 1846, Mourlon dans ses *Répétitions écrites sur le droit civil* : « Un bon magistrat humilie sa raison devant la loi; car il est institué pour juger selon elle et non pas pour juger. Rien n'est au-dessus de la loi et c'est prévarications que d'en éluder les dispositions sous prétexte que l'équité naturelle y résiste. En jurisprudence,

10. *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. XX, p. 516.

11. J. Bonnacasse, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, 2^e éd., 1924.

il n'y en a pas, il ne peut y avoir de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable, que la raison ou l'équité de la loi. »

Bonaparte voulut faire de la justice un des instruments de sa puissance. Il en fit une armée en robe. Rien n'y manquait, ni le titre de cours donné aux tribunaux, ni l'uniforme avec la pourpre et l'hermine, ni les galons d'or ou d'argent qui se portent sur la toque, ni les hiérarchies fortement structurées. « Pour pouvoir lui appliquer le système du bâton de maréchal dans la giberne si propre à maintenir l'émulation dans le zèle et la fidélité, notait un magistrat, Jean-Louis Ropers, il se réserva la nomination des magistrats tous les ans. Depuis lors les structures napoléoniennes sont toujours en place. La hiérarchie des grades aussi; et l'avancement qui récompense les bonnes notes. »

La création du Conseil d'Etat sous le Consulat s'inscrit dans ce principe qu'aucun juge, quel qu'il soit, connaisse des opérations des corps administratifs; ainsi le Conseil d'Etat dans la Constitution du 22 Frimaire, An VIII, est-il créé par le titre IV, intitulé : « Du Gouvernement. » Si depuis 1872 le Conseil d'Etat a reçu dans son domaine la justice déléguée, l'interdiction faite aux juges judiciaires de prononcer des injonctions à l'administration est l'héritage qui fait le plus obstacle à l'existence d'un pouvoir juridictionnel authentique dans ce pays.

Tous les pouvoirs qui se sont succédé ont eu en commun de ne pas vouloir que le troisième Pouvoir en soit un. De façons différentes et avec des degrés, tous se sont employés à maintenir la dépendance de la magistrature. « Je jure fidélité à la personne du chef de l'Etat. » Telle fut la formule du serment imposée aux magistrats par le gouvernement de Vichy lors de la rentrée judiciaire de l'année 1941. Un seul, le président Didier, refusa de prêter serment. Ses scrupules ne furent pas compris. Le barreau de Paris en revanche, sous la conduite du bâtonnier J. Carpentier, s'opposa victorieusement à la modification du serment professionnel de l'avocat en serment civique. Sans doute beaucoup de magistrats pensèrent-ils qu'il était aussi ridicule de le refuser que de le prêter et qu'ils n'engageaient pas leur conscience en sacrifiant à une formalité administrative. Mais ils ont ainsi contribué à ruiner pour les assermentés ordinaires le caractère sacré du serment. Et ces mêmes juges jugèrent à la Libération celui

auquel ils avaient juré fidélité. Ils prolongèrent ainsi la réflexion ironique de Chateaubriand sur « les hommes qui, après avoir prêté serment à la République une et indivisible, au Directoire en cinq personnes, au Consulat en trois, à l'Empire en un seul, à la Première Restauration, à l'Acte additionnel, aux constitutions de l'Empire, à la Seconde Restauration ont encore quelque chose à prêter à Louis-Philippe ».

Napoléon, au soir de son règne, se reprochera d'avoir caporalisé les juges. Il en mesurait le préjudice pour l'Etat. « Savez-vous que vous m'avez fait faire une bien mauvaise besogne ? confiera-t-il un soir à Cambacérès. — Moi Sire ? Grand Dieu ! en quels temps ? — Parce que vous m'avez fait créer les cours impériales. Ce sont là des demi-mesures qui ne signifient rien. Nous avons créé des juges, rien que des juges, mais point de juges. Allons ! je veux mieux que cela ; tenez parcourez ces notes, même celles qui viennent d'hommes de la Révolution, vous y verrez partout et toujours les anciens officiers des parlements ou leurs enfants au premier rang des gens de leur province. Savez-vous, M. l'Archi, que, pour avoir résisté à une Révolution telle que la nôtre, il faut qu'il y ait dans ces familles de très grandes vertus, de nobles talents ? Aujourd'hui, nous avons de détestables magistrats, des juges à la diable ; en 1810, il eut été bon de recréer des parlements, car il faut que la magistrature soit au-dessus de toute séduction même de la part de l'autorité. »

Autocritique sans lendemain : les structures napoléoniennes ont subsisté jusqu'à nos jours. Nous avons vu qu'elles se sont mieux assurées encore en bannissant l'expression de pouvoir judiciaire des textes officiels. Dans l'indifférence de l'opinion qui n'a pas pour ses juges l'attachement presque religieux des pays anglo-saxons. Cette mise au pas a toujours trouvé des défenseurs pour la justifier. La justice était rendue au nom du peuple, c'est donc aux organes qui tirent leur pouvoir du peuple de les nommer. « La fonction judiciaire n'étant qu'un démembrement de la souveraineté nationale, la logique la plus élémentaire veut que ceux qui l'exercent tiennent de cette souveraineté ou de ceux qui en sont l'expression » (Waldeck-Rousseau).

Cette dépendance organisée de la magistrature remonte sans doute historiquement à la méfiance des révolutionnaires envers les

parlements de l'Ancien Régime. « Il faut éviter, disait Thouret à l'Assemblée constituante, tout ce qui pourrait ou les rendre puissants ou leur inspirer cette présomption. » Une telle attitude a ramené la justice au rang d'un service public. Elle est désormais réduite à juger le contentieux privé. Elle ne peut connaître de la validité de la loi, ni des actes de l'administration. Le juge d'aujourd'hui applique des lois dont les motifs sont souvent économiques, il est affronté quotidiennement aux conséquences de la crise économique, il prend enfin des décisions dont les effets sont économiques (expropriations, licenciements, pensions alimentaires...); mais il n'a ni la liberté d'initiative, ni les informations, ni les moyens de son action. Les Pouvoirs publics le tiennent à l'écart des conflits collectifs du travail, des ententes prohibées, des infractions douanières, de la réglementation des prix. C'est sur l'initiative de l'administration que la répression des atteintes à la concurrence est décidée; c'est elle qui peut arrêter à tout moment les jugements des fraudes douanières par la transaction. Le juge ouvre et ferme la porte de la justice pénale à la quasi-discrétion de l'administration. Son rôle est davantage celui d'un épouvantail que d'un initiateur. Et quand l'administration poursuit, le parquet suit.

Contrôler indirectement les décisions de justice en contrôlant directement la carrière des magistrats est une facilité dont aucun régime ne s'est facilement dépouillé. Et quand ce fut nécessaire, certains se sont attachés à réduire l'indépendance des juges de façon plus brutale : leur inamovibilité a été suspendue sept fois depuis l'An VIII; ils ont été épurés neuf fois. Une telle dégradation du concept de pouvoir judiciaire s'est traduite dans la Constitution de 1958 où, sur l'initiative de Michel Debré, le mot de « pouvoir » est remplacé par celui d'« autorité ». Aussi la réalité est nommée : il n'y a pas de pouvoir judiciaire, il n'y a qu'une administration judiciaire investie d'une autorité dont l'indépendance est garantie par le Président de la République. En même temps le Conseil supérieur de la Magistrature constitué en 1946 est ramené au rang d'un organe d'approbation. Et le 31 janvier 1964, le général de Gaulle exprimait aux corps constitués l'idée dépouillée des précautions oratoires qui la masquait encore qu'il se faisait de la justice et de sa place dans l'Etat : « L'autorité indivisible de l'Etat est confiée tout entière au

président par le peuple qui l'a élu. Il n'en est aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui; or, il lui appartient d'ajuster le domaine qui lui est propre avec ceux dont il attribue la gestion à d'autres. »

Cette conception fait de la justice un service public, séparé des autres mais intégré dans l'Etat. Elle était déjà en puissance dans la tradition jacobine; elle est celle de beaucoup de juges. Jusqu'à une date récente, les discours de rentrée des hauts magistrats n'ont cessé de lui faire écho. La hautaine et souvent présomptueuse indépendance des parlementaires de l'Ancien Régime qui, propriétaires de leur charge, défiaient les ministres, est bien loin de nous. Si les règles, l'étiquette des grandes audiences en robe rouge de la Cour rappellent les cérémonies judiciaires des anciens parlements, elles ne sont plus que l'apparence d'un pouvoir judiciaire qui n'est plus. Mais il se pourrait qu'il faille le regretter et que précisément la conscience publique attende de la justice qu'elle soit plus que l'ombre de ce pouvoir.

Nous savons toute la distance qui sépare un conseiller de la Grande Chambre du Parlement de Paris, de Toulouse ou de Rouen, grand personnage indépendant d'un conseiller à la Cour d'appel de nos jours, et plus encore peut-être les gens du roi des procureurs de notre République. Pourtant ce fonctionnaire « le plus universel du genre humain » n'est pas un commis comme les autres. Le service qu'il assure exige la liberté de juger en conscience et qu'il n'ait rien à attendre ni à redouter de personne. Cette liberté, il l'a trouvée le plus souvent dans la faiblesse et la dispersion du pouvoir politique. Au surplus, celui-ci n'attache d'ordinaire aucun intérêt aux affaires judiciaires. Cela est évident des affaires civiles entre les particuliers, cela est vrai aussi de la plupart des affaires pénales. Elles sont donc jugées dans des conditions d'indépendance satisfaisantes. Il est plus important encore de reconnaître la tradition de dévouement et de caractère des hommes qui composent la magistrature française, qui fait que dans l'ombre des anciens Parlements, qui dissimule la misère de la justice d'aujourd'hui, elle a conservé sa dignité de grand Corps. Ce qui lui a valu, avant 1958, cet éloge singulier de Michel Debré : « Notre justice est honnête, c'est un spectacle étonnant que la vertu de nos juges, le sens de leur mission l'emporte sur la médiocrité de leur situation. »

Mais la vocation et le dévouement ne peuvent indéfiniment suffire. La médiocrité des moyens use ceux qui lui appartiennent, elle rebute ceux qui voudraient la rejoindre. Et le public doute d'une indépendance qu'il ne voit pas et dont il sait dans les temps où les termes de justice et de politique hurlent d'être ensemble et de former des juridictions d'exception, qu'elle est alors une hypothèse problématique. Un juriste expérimenté l'écrit : « La justice de droit commun est la justice des matins calmes »¹². Ce qui faisait dire, lors d'un Congrès de l'Union fédérale des Magistrats à son président : « Si nous avons le caractère indépendant, il peut arriver que les justiciables, au vu des institutions existantes, puissent penser, après une de nos décisions, que nous avons été soumis à des pressions. Ce simple soupçon affaiblit l'autorité qui doit être la nôtre. » A quoi le garde des Sceaux, Jean Foyer, répondait avec humeur : « Je ne sais pas si l'opinion publique doute de l'indépendance de la magistrature, mais si elle en doutait, cela ne viendrait-il pas du fait que l'on parle peut-être un peu trop de cette indépendance. » Et, dans un même temps, un magistrat qui avait pris la défense de l'indépendance de ses collègues recevait de ses chefs de Cour le sage conseil « de ne plus faire parler de lui ». On parle effectivement de plus en plus de l'indépendance des juges. Parce que les tribunaux ont la garde de la liberté individuelle et la mission d'assurer l'égalité de tous devant la Loi, or la liberté et l'égalité sont plus généralement ressenties comme des biens menacés. Cette garde et cette mission supposent l'indépendance du juge. Elle est la garantie du juge. Elle donne la paix à sa conscience et la dignité à sa fonction. Elle est la sûreté du justiciable. C'est pourquoi la fonction judiciaire est plus qu'un service public.

Comment restaurer l'indépendance du juge

Restaurer l'indépendance de la magistrature, ce n'est pas par cela seul résoudre les problèmes nombreux que doit affronter le corps judiciaire : la misère de la justice, l'anachronisme des méthodes, l'enlisement des carrières et l'isolement des hommes. Mais c'est

12. Jean Foyer, in *Pouvoirs*, « La justice », 1980, p. 20.

le premier geste qui abolirait cette difficulté d'être qu'éprouve la magistrature.

La liberté intime du juge doit dominer les pressions de toutes natures qui le cernent : la hiérarchie, les idéologies, les amitiés contraignantes, les contingences de temps et de lieux et le moi irréductible, car on peut obéir sans recevoir d'ordres. Cette liberté, le gouvernement s'est délibérément employé à la réduire à l'aube de la V^e République. Pour le général de Gaulle, la justice était « le bras séculier de l'Etat », au même rang que la police et que l'armée. Comment ? On ne pourrait déplacer un magistrat comme un préfet ou un général ! Tout ce à quoi nous avons assisté de 1958 à 1963 et qui a porté un tort considérable à la confiance des Français dans leur justice doit se déduire de cette conception qui faisait de la justice un service public, au même titre que les Ponts et Chaussées. Ainsi la réduction du Conseil supérieur de la Magistrature au rang d'un organe de consultation sans pouvoir ni indépendance, l'improvisation selon les circonstances et les humeurs de juridictions d'aventure, aux procédures expéditives et composées de magistrats désignés à cet office (alors que « nul ne peut être distrait de ses juges naturels » selon la Constitution de 1791, titre III, chap. V), les avancements récompensant l'opportunité des sentences et qui ont conduit l'Union fédérale des Magistrats à opposer les magistrats bénéficiaires aux magistrats desservants, l'internement administratif des accusés acquittés par les tribunaux, l'extension de la garde à vue des suspects en défiance au juge d'instruction, l'institution d'une juridiction d'exception permanente, étroitement dépendante dans sa procédure et dans sa composition du gouvernement pour juger les affaires où le gouvernement est intéressé, les inquisitions occultes, les polices parallèles, enfin tout ce par quoi l'on avait donné à la police l'indépendance dont, dans le même temps, on avait privé la justice.

Pourquoi assurer cette indépendance ? L'indépendance n'est pas un vœu pieux ou la matière d'une dissertation, mais une règle positive de notre droit introduite par la Constitution du 22 Frimaire an VIII, réaffirmée par toutes les Constitutions. Elle n'avait connu que trois éclipses en 1848, en 1883 et en 1940. Elle est inscrite dans la loi constitutionnelle de 1958 : « L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés

essentielles. » Cette règle positive n'est plus soumise au pouvoir exécutif depuis que le Conseil constitutionnel juge de la loi a clairement établi que l'autorité réglementaire est sans compétence pour instituer un nouveau type de juridiction ou modifier profondément l'organisation judiciaire.

Le principe selon lequel les juges judiciaires, dont l'indépendance est garantie, sont les gardiens naturels de la *liberté individuelle* s'est développé à partir du principe de la compétence judiciaire en matière d'atteinte aux droits de propriété privée, « droit naturel, inaliénable et sacré ». Cette évolution s'est faite progressivement et de façon antagoniste au passage de la justice administrative retenue à la justice administrative déléguée, c'est-à-dire à la création en 1872 d'une véritable justice administrative dont on a craint que juge d'elle-même, elle protège mal les individus contre les emprises de la puissance exécutive. La rivalité des deux ordres pour la sanction des atteintes à la liberté primordiale a joué en sa faveur; jusqu'à la reconnaissance en 1971 des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, la compétence exclusive de l'autorité judiciaire en matière de protection de la liberté individuelle était controversée. Elle ne l'est plus; c'est en effet le Conseil constitutionnel qui a constitutionnalisé l'incidente de l'article 66 de la Constitution qui nomme « l'autorité judiciaire, *gardienne de la liberté individuelle* ».

Trois décisions rendues en cinq ans ont donné une portée considérable à une disposition à laquelle les constitutionnalistes et les politiques n'avaient prêté que peu d'attention en 1958. A partir d'une notion ambiguë — la sûreté — le Conseil constitutionnel a conféré à la notion de liberté individuelle le sens de droits et libertés fondamentaux de l'individu, qui comportent non seulement la liberté physique, la liberté d'aller et de venir, l'inviolabilité du domicile, mais aussi la vie privée, et la défense de la personne étendue jusqu'à la fouille des véhicules (12 janvier 1977) et aux droits de la défense (9 janvier 1980). Ce sont les droits qui préexistent à la loi qui les déclare. Ce sont donc les droits du citoyen qui ne sont que réaffirmés par l'article 66 de la Constitution. Ils appartiennent à notre Droit. On les retrouvait dans la Constitution girondine de 1793 : « *La sûreté* consiste dans la *protection* accordée par la société à chaque citoyen pour la *conservation de sa personne*, de ses biens et de ses *droits*. »

Il faut rappeler que la Révolution pour absolutiser la puissance législative illimitée de la volonté générale avait enlevé à la justice la fonction qu'elle exerçait auparavant de défendre l'individu contre les entreprises du Pouvoir : l'ordonnance criminelle de 1670 (titre II, art. 10) punissait de la privation de leur charge et d'une lourde amende les officiers de justice convaincus de détention illégale. Son désarmement est le fait de la Constituante. Cet état de chose avait été légué à la société moderne. Mais « un sentiment diffus de la transcendance du droit » qui hante les esprits a facilité la restauration de cette indépendance, note Bertrand de Jouvenel¹³, c'est dire l'indépendance de celui qui a la fonction de transformer le droit en justice. Le pouvoir judiciaire doit donc être restitué, comme le refuge et le recours, l'intervention ultime et souveraine pour « attribuer à chacun son droit » selon la formule du Droit romain, car personne ne doute qu'il y ait du juste et de l'injuste, et que la tâche ordinaire du juge soit de dire le juste.

Ce principe : le respect de la liberté individuelle, entendu au sens le plus large par le juge constitutionnel, le Conseil constitutionnel a voulu qu'il n'ait qu'un protecteur : *l'autorité judiciaire*. Cette constitutionnalisation comporte une exigence qui la justifie : l'indépendance absolue de ses dépositaires, les juges. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel donne, selon le mot de Thierry Renoux, à l'autorité judiciaire son statut juridictionnel. Le Parlement devra lui conférer une indépendance à la dimension de cette compétence privilégiée.

Mais comment restaurer cette indépendance ? D'abord et avant tout par l'*inamovibilité*. « Lorsque le Pouvoir chargé d'instituer le juge au nom de la société appelle un citoyen à cette éminente fonction, il lui dit : Quand vous monterez au tribunal, qu'au fond de votre cœur il ne reste ni une crainte, ni une espérance ; soyez impassible comme la loi. Le citoyen répond : Je ne suis qu'un homme et ce que vous me demandez est au-dessus de l'humanité... secourez donc ma faiblesse ; affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance ; promettez que je ne descendrai point du tribunal, à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez.

13. *Du Pouvoir*, Pluriel-Hachette, rééd. 1982, p. 490.

Le pouvoir hésite... éclairé enfin par l'expérience sur ses véritables intérêts...; il dit au juge : Vous serez *inamovible*. » C'est par ces belles paroles prononcées à la tribune que Royer-Collard évoquait au siècle dernier la nécessité de proclamer l'inamovibilité des juges face au pouvoir central.

Mais elle a été suspendue à chaque période révolutionnaire pour ne réapparaître qu'après l'épuration des magistrats. En 1848, un décret allait même jusqu'à proclamer que l'inamovibilité était incompatible avec la démocratie. En 1883 la victoire électorale des républicains provoqua une nouvelle suspension suivie de l'épuration de 614 magistrats que Jules Simon justifiait en ces termes : « C'est une réforme pour faire sortir de la magistrature les magistrats dont les opinions ne sont pas conformes avec les nôtres. » Le vote de la loi du 30 août 1883 fut facilité par le fait que la Constitution de 1875 était muette sur le pouvoir judiciaire de sorte que l'inamovibilité ne résultait que d'une loi non abrogée de 1810. Ainsi Jules Ferry, président du Conseil pouvait affirmer devant le Sénat : « L'inamovibilité n'est plus un dogme »¹⁴. Epuration, avant celle de 1944 qui frappa 363 magistrats, soit près du dixième des effectifs et qui suffit à montrer que la fonction judiciaire est bien une fonction politique. Celle de percepneur est plus paisible.

« Sous le Second Empire on porta directement atteinte à l'inamovibilité en établissant une limite d'âge pour les magistrats », observait le premier président Rousselet dans l'*Histoire de la justice*, avant d'être lui-même victime de cette pratique. Il existe bien d'autres procédés plus discrets pour porter atteinte à ce principe : la suppression des tribunaux, des nominations à durée limitée, le dessaisissement des dossiers, l'affectation de magistrats remplaçants, le recrutement parallèle...

Mais si les juges sont, par l'inamovibilité, à l'abri de la crainte, ils ne le sont pas des complaisances de l'ambition. Aussi l'inamovibilité dans les postes secondaires des débuts de carrière n'est qu'une garantie restreinte. « Le problème pour un juge français n'est pas d'éviter une révocation improbable, mais de recevoir un avance-

14. Séance du 28 juillet 1883, JO, Déclarations parlementaires, p. 1108.

ment. » Michel Debré précédait ainsi par cette réflexion le Syndicat de la Magistrature qui dit souvent les choses telles qu'elles sont : « Les rodомontades officielles sur l'indépendance de la magistrature ne pèsent pas lourd si l'on veut bien examiner de près le statut du juge. » La perspective de cet avancement exerce une pression qui ne trouve, en l'état actuel du droit, d'obstacle que dans le caractère du magistrat.

C'est en définitive des garanties de carrière que dépend l'indépendance du magistrat. Il est certain que le principe de l'inamovibilité n'est pas moins violé par la promotion d'un magistrat à un siège supérieur qu'il ne le serait par sa destitution. « A quoi sert donc d'être inamovible ? », demandait un juge au siècle dernier — « En soi le gouvernement n'a pas le droit de le punir arbitrairement; il a le moyen de le récompenser, ce qui n'est pas moins efficace »¹⁵. Destitution qui frapperait difficilement. Dès 1840, le premier président Portalis disait : « J'ai vu quelquefois au bruit d'une vacance d'emploi, un tribunal presque entièrement déserté par les magistrats impatients d'avancement et le ministre obligé de révoquer tous les congés pour dissiper l'essaim des solliciteurs. » En dépit de l'institution, en 1908, d'une commission d'avancement modifiée en 1970 et, en 1946, du Conseil supérieur de la Magistrature, la pression de l'avancement pèse toujours aussi lourd. Elle fait des magistrats d'éternels quémandeurs. Comme le disait un humoriste : « Il n'y a qu'un magistrat indépendant en France, c'est le premier président de la Cour de cassation... à condition qu'il soit grand officier de la Légion d'honneur. »

« L'art de faire sa cour reste trop souvent le meilleur atout pour obtenir un avantage de carrière. » Cette terrible petite phrase de l'Union fédérale des Magistrats est comme l'écho des anciennes remontrances. Elle vise les nominations accélérées dont ont bénéficié certains, aux titres « notoirement étrangers à l'exercice de leurs fonctions ». Ce contrôle arbitraire des carrières mine la confiance de ceux qui jugent comme de ceux qui sont jugés. « Il revêt un aspect provocant à l'égard de ceux qui se consacrent avec dévouement

15. Dejean, *Etude littéraire et juridique sur l'inamovibilité de la magistrature*, 1896, p. 115.

à des travaux exclusivement judiciaires, qui, collectionnant les millésimes, stagnent dans les mêmes fonctions sans grande lueur d'espérance à l'horizon. »

Ce corollaire de l'indépendance du magistrat est formulé dans le statut de la magistrature du 22 décembre 1958 : « Le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une nouvelle affectation, même en avancement. » Il ne suffit pas, en effet, que le juge ne puisse recevoir des ordres ; parce que la sérénité est liée à la sécurité, il faut qu'il n'éprouve aucune crainte. « Un juge qui craint pour sa place ne rend pas la justice », disait au siècle dernier le procureur général Dupin qui s'accordait ainsi avec Benjamin Constant : « Un juge amovible est plus dangereux qu'un juge qui a acheté son emploi. Avoir acheté sa place est une chose moins corruptrice que d'avoir toujours à redouter de la perdre. » La vénalité des charges à laquelle personne ne songerait à revenir assurait effectivement l'inamovibilité des juges. Les tribunaux et cours de l'Ancien Régime formaient des compagnies, des « corps particuliers », propriétaires de leurs charges, maîtres de leur discipline. Ils ne pouvaient être ni destitués ni épurés. L'autonomie du corps judiciaire écartait la crainte. Le droit d'enregistrement des actes du roi renforcé par le droit de remontrance avait conféré aux juridictions « un véritable droit de promulgation discrétionnaire »¹⁶ qui apparaissait comme l'esquisse d'un contre-pouvoir. On sait à quels excès cette liberté les entraîna à la veille de la Révolution ce qui faisait dire au cardinal de Retz : « Les Parlements qui soufflent sur le feu en seront un jour consumés. » Mais cette liberté constituait le pouvoir judiciaire. Montesquieu n'a eu qu'à regarder autour de lui pour le nommer. « On ne rencontrerait jamais chez elle la servilité à l'égard du pouvoir qui n'est qu'une sorte de vénalité et la pire, ce vice capital qui non seulement corrompt le juge, mais infecte bientôt tout le corps du peuple. Indépendante, majestueuse, ne laissant pas effrayer le roi lui-même, elle exerçait une profonde influence sur le caractère du peuple » (Tocqueville). Cette indépendance se retrouvait également chez les procureurs et les avocats généraux — les gens du roi. Une fois nommés par le souverain, ils

16. Olivier Martin, *Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Les cours de droit, 1949-1950.

étaient, comme les magistrats du siège, inamovibles. Cette indépendance s'exprime tout entière dans le chancelier-garde des Sceaux. Sa dignité était la première après celle du prince (et c'est sans doute une survivance de cette tradition qui donnait sous la III^e République au ministre de la Justice le rang de vice-président du Conseil). Nommé par le roi, il était, à l'image de la magistrature, inamovible. Pour marquer son indépendance, il ne paraissait pas dans l'intimité du roi et ne mangeait pas à sa table; il n'allait à la Cour que dans l'exercice et l'apparat de ses fonctions; dans les cérémonies, il tenait le premier rang; et, à la mort du roi, alors que tous étaient en deuil, seul il demeurait revêtu de sa robe de velours rouge et coiffé du mortier; seul de la Cour, il n'assistait pas aux obsèques et vaquait comme de coutume aux emplois de sa charge. « Le roi est mort. Sa justice demeure. Vive le roi ! » Ainsi cet acte de justice, d'orgueil, d'effroi, de secret était cependant populaire.

Cette garantie de l'inamovibilité à laquelle les magistrats français sont si passionnément attachés se rattache donc à de très anciennes règles de notre droit public. Elle est d'ailleurs considérée dans tous les pays civilisés comme la condition de l'indépendance des juges.

Pourquoi différer plus longtemps de donner à la magistrature un statut qui fermerait la porte aux abus ? Pourquoi ne pas donner aux magistrats français les garanties statutaires comparables à celles qui existent dans les autres Etats parvenus au même degré de civilisation, en Belgique, en Hollande, en Italie par exemple ? demandait un ancien président de l'une de ces organisations (Jean-Louis Ropers) : « Peut-on dire que le fait d'avoir consacré la dignité de la justice constitue un ferment d'anarchie ? Que l'autorité de l'Etat s'en trouve amoindrie ? Comme si la confiance en la justice n'était pas en définitive un des piliers de l'autorité de l'Etat. » L'indépendance du Conseil d'Etat dont les membres avançaient à l'ancienneté — avancement tempéré par la dissociation du grade de la fonction, et qui, création autoritaire, est ainsi devenu un dispositif essentiel du régime libéral — est-elle subversible de l'autorité de l'Etat ?

On a certes modifié la composition de la commission d'avancement, mais les magistrats qui la composent ne sont pas élus par leurs collègues et les magistrats du siège y sont en minorité; elle n'intervient d'ailleurs que deux fois dans la carrière d'un magistrat, et seule-

ment pour décider d'une inscription sur la liste d'aptitude et le tableau d'avancement. Elle ne commande ni les nominations, ni les mutations qui sont l'objet de propositions du Conseil supérieur de la Magistrature qui donne son avis au Président de la République qui signe les décrets de nomination. Ses interventions n'offrent qu'un palliatif dérisoire. Déjà en 1936 Tocqueville qui avait été magistrat à Versailles déplorait : « Qu'on avance dans les tribunaux comme on gagne des grades dans une armée. » Il n'existera pas de réforme du statut sans une modification des articles 64 et 65 de la Constitution, c'est-à-dire sans une réforme du Conseil supérieur de la Magistrature par une réforme votée en congrès par le Parlement.

Le Conseil supérieur de la Magistrature a été créé en 1946 pour soustraire la distribution et l'avancement au pouvoir exécutif, tout en revalorisant l'idée de justice en plaçant le Président de la République à sa tête. Il n'est plus que l'ombre de lui-même. La Constitution de 1958 et l'ordonnance du 22 décembre de la même année ont transformé sa composition et ses compétences pour le vider de sa substance. En 1946, tous ses membres, à l'exception de deux, étaient élus. Les magistrats s'y trouvaient en majorité. Le Président de la République nommait, sur présentation du Conseil, les magistrats aux postes les plus élevés du Pouvoir. Mais, depuis 1958, les membres du Conseil ont cessé d'être élus. Ils sont désignés par le Président de la République sans aucun critère ou modalité de ce choix. En outre le Conseil n'a plus l'initiative des propositions, sauf pour les conseillers de la Cour de cassation et les premiers présidents de cour d'appel. Pour les autres grades il ne donne plus que des avis, le pouvoir exécutif fait ce qu'il veut. Il n'a plus aucun pouvoir, ni même aucune influence. Cette grave atteinte à l'indépendance de la magistrature n'émut alors que quelques professeurs. Jean Foyer qui n'était pas encore ministre de la Justice fit un commentaire sévère de cette forme autoritaire dans laquelle il voyait « le cheval de Troie de l'exécutif dans le judiciaire ». Le P^r Burdeau fut plus catégorique encore : « La place du Président de la République dans le Conseil supérieur de la Magistrature s'explique dès lors qu'il se borne, dans l'ensemble de ses fonctions, à n'être qu'un arbitre. Mais elle est discutable à partir du moment où il s'engage dans l'action politique. On doit redouter alors qu'il fasse sanctionner l'action des magistrats qui n'approuveraient pas cette politique. »

Donner au Conseil supérieur de la Magistrature l'autorité, *l'indépendance et les moyens* qui fassent de lui le garant du système judiciaire français, constitue le premier pas de toute réforme de la justice. Tout dépend de cette première décision. Ainsi que le dit Yves Cannac : « Les Français ne cesseront de douter de l'indépendance de la justice que lorsque les ponts auront été coupés »¹⁷. Un pays peut à la rigueur se passer de juges quand ses gouvernants sont faibles, non quand ils sont puissants. Une justice forte qui contrôle les lois et assure la liberté, qui limite un exécutif efficace, entraîne l'adhésion d'un pays pour le plus grand bénéfice du pouvoir. La justice forte fait la force de l'Etat. Les gouvernants ont oublié depuis trop longtemps cette vérité de tous jours. Le fait que les assemblées parlementaires aient désormais un juge, garant de l'Etat de droit, ne marque-t-il pas l'émergence du « troisième pouvoir » si longtemps refusé ? La souveraineté nationale qui s'est confondue jusqu'en 1958 avec la souveraineté parlementaire, depuis que la loi a un juge, loin de s'opposer au pouvoir juridictionnel s'exerce par l'intermédiaire de chacun des pouvoirs. Les juges ne font-ils pas précéder leurs décisions de la formule sacramentelle : « Au nom du peuple français ! » Les juges élus et les jurés sont les « représentants » de l'article II de la Constitution. Cette émergence a atteint son apogée avec la décision du 22 juillet 1980 du Conseil constitutionnel, décision capitale dont peu d'auteurs¹⁸ ont vu qu'elle réaffirmait le principe de la répartition ternaire des pouvoirs et qu'elle consacre, comme conséquence de ce principe constitutionnel retrouvé, l'ensemble des juridictions administratives et judiciaires comme constituant un seul et unique pouvoir judiciaire ; « il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne la loi du 24 mai 1972 sur la juridiction administrative que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs *fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement* ». Ce qui interdit au Parlement et au gouvernement « de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des *injonc-*

17. *Le juste pouvoir*, Lattès, 1983, p. 166.

18. Thierry Renoux, *La Constitution et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984, p. 33, et n. 68.

tions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de sa compétence ». Ce qui interdit à l'avance la validation *a posteriori* des décisions annulées par le juge, comme dans l'affaire *Canal*.

Ce développement du droit constitutionnel fondamental, qui intègre la dualité des ordres administratifs et judiciaires en son sein, surmonte ainsi leur opposition latente et cette révélation par lui de la séparation des pouvoirs sont en effet le corollaire nécessaire du renforcement du pouvoir présidentiel. Comme l'avait écrit François Luchaire : « Dans la mesure où les pouvoirs législatifs et exécutifs tendent à se confondre par suite de la coïncidence entre la majorité présidentielle et la majorité parlementaire, l'indépendance du troisième pouvoir, celui du juge, devient une garantie encore plus nécessaire qu'auparavant pour la protection des libertés »¹⁹.

Comment couper les ponts entre la magistrature et le gouvernement

La réforme constitutionnelle du Conseil supérieur de la Magistrature dans ses attributions et sa composition était l'un des engagements de François Mitterrand. Candidat, il avait écrit le 28 avril 1981 à Jean-Marie Desjardins, président de l'Union syndicale des Magistrats : « Je pense comme vous qu'il faut mettre les juges hors de portée du pouvoir en confiant leur carrière à un Conseil supérieur de la Magistrature réellement indépendant. Elu Président de la République, je demanderai que soit soumis au Parlement un projet de réforme en ce sens. » Ce projet existe : « le nouveau pouvoir judiciaire » l'a publié en mai 1981. Il avait été remis par son auteur, le président André Braunsweig, en août 1976, au précédent chef de l'Etat. Il ne lui fut pas donné de suite, faute certes d'une majorité parlementaire pour voter cette révision de la Constitution, mais aussi faute d'une claire conscience pour la démocratie civile de la nécessité d'une justice au-dessus de tout soupçon.

Publiant ce projet, André Braunsweig affirmait, en contrepoint de son amertume pour le passé, sa foi dans la « nouvelle et grande espérance » ouverte pour la magistrature par l'élection de François Mit-

19. Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés publiques, *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, t. II, p. 566.

terrand : « Il vient, ces jours-ci, de nous confirmer qu'il persévérerait dans cette opinion. Nous pouvons donc considérer comme acquis que les promesses du candidat seront tenues par le Président élu »²⁰. La promesse n'a pas été tenue. Elle ne sera pas tenue. Directeur du cabinet du nouveau garde des Sceaux, puis président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, André Braunsweig aura pu constater que le maintien de la justice au rang d'un service public, bras séculier de l'Etat, est une leçon de réalisme politique qui se transmet avec les Sceaux. Si Napoléon confiait à Cambacérès, au soir de son règne, son regret d'avoir enrégimenté les juges : « Nous avons créé des juges, mais point de juges... Il eût fallu que la magistrature soit au-dessus de séduction, même de la part de l'autorité » — ses successeurs ont conservé la tradition jacobine de méfiance envers le troisième pouvoir.

Les rodомontades ministérielles et les mercuriales judiciaires sur l'indépendance de la magistrature prononcées depuis des décennies, aux audiences de rentrée des cours et tribunaux, ne pèsent pas lourd si l'on examine le statut du juge. Celui-ci n'a pas même les garanties d'un fonctionnaire. Compromis entre la révérence obligée à Montesquieu et le désir de ne pas lâcher la main sur un pouvoir, dont il use à l'occasion, le statut du juge est, selon la formule de l'un d'eux, « un statut d'état de siège » (J.-L. Ropers).

Il ne suffit pas qu'un magistrat ne puisse être déplacé sans son consentement, il faut encore qu'il soit à l'abri des complaisances de l'ambition légitime. Le problème n'est pas pour un juge d'aujourd'hui d'éviter une révocation improbable, mais de recevoir l'affectation qui correspond à ses capacités et à ses souhaits. Si, de nos jours, il ne craint plus pour sa place, il peut craindre de végéter dans une juridiction sans grand intérêt. L'inaMOVibilité est donc une garantie illusoire si sa carrière dépend du contrôle et de l'arbitraire du pouvoir exécutif. Il est naturel qu'un magistrat aspire à l'avancement qui donnera plus d'intérêt à sa fonction, améliorera son traitement, lui offrira souvent une résidence plus agréable et aussi cette considération que le poste commande et à laquelle la fierté est sensible. Mais cet avancement doit être délivré de toute sujétion à l'égard du pouvoir exécutif. Il faut

20. *Le Nouveau Pouvoir judiciaire*, n° 293, 33, rue du Four, Paris 75006.

« couper les ponts » pour que les Français cessent de douter de l'indépendance de leurs juges. Il n'est compatible ni avec la dignité de sa fonction, ni avec la confiance qu'il doit sans réserve inspirer qu'un juge soit statutairement un « quémendeur ».

Tous les pouvoirs politiques qui se sont succédé depuis la Constituante ont eu en commun de ne pas vouloir que le pouvoir judiciaire en soit un. Ce qui était peut-être d'une moindre importance lorsque les gouvernements étaient faibles et sans moyens. Cela n'est plus lorsqu'ils sont puissants et efficaces. Et ceci d'autant plus lorsque se trouvent réunis dans les mêmes mains le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, le pouvoir syndical, le pouvoir fonctionnaire et le pouvoir de communication. C'est alors que prend toute son importance l'existence d'un pouvoir indépendant du pouvoir, pour arrêter les pouvoirs abusifs. Pour que son indépendance soit réelle et visible, il faut que la gestion du corps judiciaire relève d'un organisme totalement distinct du gouvernement. Le meilleur système semble être celui d'un Conseil composé paritairement de magistrats désignés par le collège des magistrats, avec éventuellement un panachage par tirages au sort, et de représentants de l'exécutif et du législatif, et que ce Conseil soit doté des pleins pouvoirs de gestion et de discipline du corps judiciaire, procureurs et juges.

La réforme du Conseil supérieur de la Magistrature n'est pas un simple aménagement de la condition judiciaire. Ne plus tenir le corps judiciaire dans la dépendance du pouvoir politique, en ne faisant plus dépendre la carrière des juges d'un Conseil supérieur dont les membres sont désignés par le chef de l'exécutif et qui ne donnent que des avis, constitue la grande rupture avec le jacobinisme et sa logique hégémonique. Une rupture dont le caractère spectaculaire restituera, pour une large part, la confiance du public dans sa justice. Car, si tous les praticiens savent que la liberté intime du juge est inaccessible aux perspectives de l'avancement, cette connaissance n'est pas partagée du public faute qu'elle soit visible dans les textes.

En différant de donner à la magistrature un statut qui ferme la porte aux abus et aux soupçons, le pouvoir prive la justice de ce crédit nécessaire à sa mission de paix sociale, mais se prive également d'un supplément d'autorité. L'indépendance, la présence, l'efficacité de la justice font l'autorité de l'Etat plus que la dépendance des juges,

la pénurie des moyens et l'inefficacité de la magistrature. N'est-elle pas, nous l'avons vu, l'une des responsabilités constitutionnelles du Président de la République ? Selon l'article 64 : « L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles. » L'indépendance des juges est le corollaire de nos libertés. Il ne devrait pas être impossible que se rencontre une majorité constitutionnelle au Parlement et au Sénat qui, délaissant la bataille pour la conservation ou la prise du pouvoir politique, adhère à ce principe essentiel : point de République sans juges, ni de juge digne de ce nom s'il n'est indépendant.

LE DROIT AU CONTRADICTOIRE

MODÈLE D'UNE DÉMOCRATIE DIALOGALE

Audiat et altera pars.
SÉNÈQUE.

Comment un modèle autorégulé de société civile opposé au modèle hégémonique peut s'inspirer du système judiciaire accusatoire

Nous avons vu comment la Constitution, et le consensus qu'elle exprime, délimite et ordonne ce qu'Habermas nomme « *espace public* » et Nietzsche « *mémoires de la volonté* », et qui rend possibles, par sa pure forme, les relations au sein desquelles toute vie humaine déploie sa propre histoire. La Constitution est la condition nécessaire et insuffisante de l'existence et de la survie de cet espace commun à ceux, égaux et distincts, qui partagent un territoire, une langue, des coutumes et des lois communes, une mémoire organisée. Elle les sépare et les relie dans la symétrie et la réversibilité. Si la liberté est l'*usage public* de la raison à l'intérieur de cet espace, la *délibération* en est le mode d'être. Le pouvoir n'est en effet ni cause, ni conséquence, au sens du naturalisme sociologique, réconciliateur du générique et de l'individuel, mais il naît, il jaillit parmi les hommes « lorsqu'ils agissent ensemble »¹. Hegel l'avait énoncé dans son cours de 1818-1819 : « Le principe du droit ne se trouve point dans la nature. La sphère du droit, c'est la sphère de la liberté. »

La *polis* avait été inventée par les Grecs pour remédier à la fragilité comme à la futilité des affaires humaines; il faut bien que nous écoutions ce qu'ils mettaient ainsi en commun : « des paroles et des actes »,

1. Hannah Arendt, *La condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1983, p. 225.

dit Aristote². Cet espace public de la parole et de l'action étroitement apparentées existe dès que des hommes se rassemblent même s'il n'est pas physiquement protégé par le rempart et physiognomiquement garanti par les lois. Cet espace qui s'étend entre les hommes qui agissent et parlent ensemble, ce domaine public, Hannah Arendt le désigne comme l'*espace de l'apparence*, l'espace où les hommes n'existent pas seulement comme d'autres objets vivants, inertes, mais apparaissent les uns aux autres; « car ce qui apparaît à tous, c'est ce que nous nommons l'Etre »³. Cette condition humaine de pluralité, « paradoxale pluralité d'êtres uniques »⁴, est la condition de toutes les formes d'organisation politique qui ne sont pas totalitaires. Car la parole et l'action révèlent l'individualité humaine dans son unicité selon le mode humain qui est de vivre avec les hommes. Le « qui », l'identité unique et distincte, distingué des autres, le sujet responsable par opposition au « ce que » — les dons, les talents, les qualités — ne se révèlent que dans l'acte parlé et la parole agissante. Cet entre-deux surchargé d'actes et de paroles, et de mémoire aussi, cet espace constitué par une convention politique libérant l'action libre à l'intérieur de ses limites a donc pour médiation la parole délibérante, c'est-à-dire la parole reliée à l'action.

La parole porte vers autrui; par sa parole l'homme se signifie, se révèle, se découvre, pose son monogramme sur ce qu'il dit et ce qu'il fait, tout en contribuant à ce que Merleau-Ponty nomme « le miracle de la perception d'autrui ». En parlant ensemble les citoyens se préparent à agir de concert, à surmonter *l'autre* du politique qu'est la violence, tentation toujours ouverte. Ce cogito pluriel qui a ses assises dans le sens commun est l'âme de la cité, car il présuppose que chacun puisse « penser en se mettant à la place de tout autre » (Kant), c'est-à-dire qu'il présuppose une communicabilité universelle dans l'univers singulier constitué par la constitution où chacun est pour chacun : *celui qui a des droits et l'égal en droit*. Lorsque cet espace n'est plus ouvert à la parole et à l'action de tous, c'est l'éclipse du politique.

Ce détour par la philosophie a pour objet de mieux fonder ce qui

2. *Ethique à Nicomaque*, 1126 b 12.

3. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1172 b 36.

4. Hannah Arendt, *op. cit.*, p. 198.

est la thèse de cet essai : l'alternance libérale au socialisme globalisant, lui-même héritier de la conception moniste des jacobins et des légistes, le mode alternatif civil est la régulation de la société par un libéralisme institutionnel, c'est-à-dire par une certaine idée du droit et un système du droit qui garantissent la segmentation du pouvoir par le *droit*, le *contrat* et le *contradictoire*. C'est dans le droit et par le droit, horizontalement et non verticalement, par conséquent par la multiplicité des centres d'information, de délibération et d'initiative que se réaliseront les maîtres mots du libéralisme aujourd'hui : désétatisation, dénationalisation, déréglementation. « Moins d'Etat » signifie « plus de droit ». Mais la *régulation judiciaire* (le droit au juge), la *médiation institutionnelle* (le droit à la constitution) et la *reconquête de la société civile* (le droit d'avoir des droits) passent aussi par une rénovation du *débat*; « la société contractuelle » proposée par Laurent Cohen-Tanugi⁵ doit être contradictoire. Le contradictoire, ce schéma fondateur de l'Etat de droit, c'est une pratique judiciaire conceptualisée il y a quelques années par H. Motulsky. Ce schème du contradictoire qui nervure tous les modes judiciaires ou arbitraux de résolution des conflits constitue le modèle *civil de redistribution et d'autodétermination* des pouvoirs, des droits et des libertés. Au modèle hégémonique⁶ de la démocratie qui prédomine en France, selon lequel le Pouvoir est tout, structure tout, et produit tout le droit — modèle que l'on peut dire *inquisitoire* au sens judiciaire du terme, et qui s'épuise aujourd'hui — s'oppose le modèle *autorégulé et polycratique* de la société civile américaine. On peut le dire *accusatoire* ou *contradictoire* au sens judiciaire de ces termes qui impliquent *l'égalité de droit* entre les parties, le débat contradictoire — *audiatur ad altera pars* —, la loyauté dans la production des moyens, l'indépendance du juge qui exprime l'indépendance du droit par rapport aux parties, et l'autorité souveraine de la chose jugée. Aux prérogatives étatiques du Pouvoir (mot surprenant puisqu'il ne correspond à aucune institution mais qu'il véhicule l'idée que le seul Pouvoir effectif c'est le Pouvoir), soustrait au droit et aux juges communs, le *choix civil* doit opposer le formalisme processuel (I) et le principe du contradictoire (II) et les valeurs d'identité, d'égalité et

5. *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985, p. 60.

6. Yves Cannac, *Le juste pouvoir*, Lattès, 1983.

de réciprocité que le droit processuel révèle et favorise. Comme paradigme de régulation arbitrale et contractuelle de la société.

La timide apparition des juristes dans la vie et la philosophie politique contemporaine, sans atteindre à la prépondérance des lawyers américains, qui font le droit autant qu'ils le gèrent, face à l'omnipotence des énarques, est le signe d'un rapprochement de ces deux conceptions de la démocratie et du droit. Mais l'amour du censeur cédera-t-il devant ce retour tocquevillien au droit et à la liberté civile ? La Boétie nous apprend que la servitude volontaire de presque tous à un seul est l'invariant commun à toutes les sociétés mais qu'autre chose est possible : il s'en trouve *quelques-uns* pour qui le désir de liberté et le désir de savoir sont le même désir, désir de savoir qui se transforme en désir d'agir, et qui apostrophe ceux qui se sont rués sous le joug ; « mais soyez résolus de ne plus servir et vous voilà libres... ». Il s'agit d'une sorte de révolution culturelle à laquelle résiste l'héritage des mentalités qui ont investi l'Etat de toutes les attentes — c'est « malencontreux »⁷ inaugural, terme énigmatique qui désigne, sous la plume de La Boétie, le moment fatal où dans l'histoire humaine l'amour de la servitude s'est substitué au désir de liberté et qui désormais horizonne l'histoire des rapports du citoyen assujetti et des hommes de l'Etat.

*Comment le formalisme et le rituel judiciaire favorisent
l'altérité et la réciprocité propres au droit*

« Le système de droit est le royaume de la liberté effectuée. »
HEGEL, *Philosophie du Droit*, § 4.

Les juristes aiment citer un romaniste allemand du XIX^e siècle, Ihering : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté », pour justifier leur attachement au formalisme et au rituel judiciaire. « Elle sert en effet de contrepoids à l'attraction de la liberté vers la licence ; elle conduit la liberté dans des voies sûres où elle ne peut ni s'émietter ni s'égarer ; elle la fortifie au-dedans et la protège au-dehors... Tout peuple qui a su pratiquer le vrai culte de la

7. Le discours de la servitude volontaire, La Boétie, cité par Jean-François Prévost, *Le peuple et son maître*, Plon, 1983, p. 177.

liberté a senti d'instinct la valeur de la forme, et deviné que dans ses formes il possédait, non quelque chose de purement extérieur, mais le Palladium de sa liberté »⁸. L'histoire politique de nos juridictions d'exception — des Tribunaux révolutionnaires à la Cour militaire de justice, en passant par les Cours martiales et les sections spéciales — démontre en effet que, lorsqu'on suspend les formes de la procédure, c'est également la justice qui est *exceptée*. Les mots de *justice expéditive* sont dans l'opinion justement synonymes de justice injuste; ils hurlent d'être ensemble, comme ceux de *justice politique*; ils sont aussi antinomiques que ceux de *droit d'exception*; ils se nient réciproquement.

C'est pourquoi si le Code pénal est dit le Code des criminels, le Code de Procédure pénale celui des honnêtes gens. La procédure est comme un glacié de sécurité, une barrière de sûreté contre les emportements de la poursuite. Le devoir se concilie trop spontanément aux mauvais instincts pour qu'il ne soit nécessaire de ritualiser les modalités par lesquelles chacun peut ou doit s'acquitter de sa dette envers la société.

Ce qui se comprend immédiatement de la procédure pénale — « nul ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites » selon la formule de la Déclaration des Droits de l'Homme — doit s'étendre à toutes les procédures et plus particulièrement à ce moment pathétique qui en est la fin et la justification : le procès, l'*audience*, le *moment* même de la justice. Nous voulons montrer que le rituel judiciaire est plus qu'un mode d'emploi; il est de la nature même du judiciaire; il est, selon l'expression d'Antoine Garapon⁹, *la forme sensible de la justice*, car dans ses symboles sont unis et réunis la forme et le fond, le signifié et le signifiant; le signifiant maîtrisé c'est la justice en action dans le droit. Si le procès peut apparaître comme un spectacle, soumis — comme d'ailleurs, le crime — à la règle des trois unités de temps, de lieu et d'action, il est aussi une *leçon de justice*¹⁰. Aussi chacun des symboles de ce rituel est-il surdéterminé par la logique du rituel judiciaire : rétribuer la transgression, réparer la faute, ou donner à chacun ce qui lui est dû par un

8. Ihering, *L'Esprit du Droit romain*, t. III, p. 184.

9. *L'âne portant des reliques*, Le Centurion, 1985, p. 11.

10. J.-M. Varaut, *La liberté des temps difficiles*. L'audience, spectacle ou leçon de justice ?, La Table Ronde, 1976, p. 79 et s.

processus d'échange qui satisfait au besoin de justice tout en apaisant le conflit.

Les composants de ce rituel sont scéniques : l'espace obligé, le temps convenu, la robe obligatoire, les rôles de convention, le geste du serment, l'oralité du débat. C'est bien d'une *catharsis* qu'il s'agit par le bon emploi de la scène judiciaire, au sens où Aristote voyait dans le théâtre « la purgation de nos passions ». Le spectacle du procès, à travers l'accusé, la victime ou simplement le plaideur ordinaire, permet en effet l'intégration de la loi en montrant que les valeurs qui sont à son fondement sont toujours vivantes, en même temps qu'il exorcise les passions qui sont le plus souvent à l'origine du *cas*. N'oublions pas en effet qu'à l'origine du procès il y a une *cause*, mot au double sens d'un événement antécédent qui a produit le procès et du procès lui-même; le *fiat* originel c'est un justiciable qui éprouve la justice ou qui demande justice. Le droit n'existe pas en-soi ou pour-soi, mais par le cas, cas par cas, et son universalité s'articule sur la singularité du cas, de la cause.

La vie collective est largement tributaire de cette délimitation d'un espace et d'un temps où le sacré — la solution du cas par le droit — est rigoureusement séparé du profane selon des « règles » connues des spectateurs comme des acteurs. La scène judiciaire délimite l'espace public de la loi; son extériorité par rapport au privé préserve le citoyen de l'intrusion totalitaire de la loi, celle qui se laisse voir dans le *Procès* de Kafka, où Joseph K. ne connaît ni la loi ni les charges qui pèsent sur lui. Ce n'est pas pour prêter à sourire de la justice, comme dans *Les Guêpes* d'Aristophane, *Les Plaideurs* de Racine, ou *Le Cercle de craie caucasien* de Brecht, ou métaphoriquement, que nous employons la terminologie théâtrale pour décrire le procès. C'est parce que ce *moment symbolique*¹¹ est délibérément ritualisé et dramatisé selon les règles du théâtre classique. La parole judiciaire qui doit réduire la violence et assurer l'échange social n'est pas oraculaire; elle est à la fois symbolique et rationnelle; c'est par le symbole que le rituel judiciaire peut rationaliser juridiquement les rapports du Je, du Tu et du Il, ou les rapports du Mien, du Tien et du Sien; ces symboles sont créateurs; ils ne sont pas magiques, *ils donnent à penser*, selon l'expression

11. Garapon, *op. cit.*, p. 183.

de Paul Ricœur¹². C'est dans l'immédiateté du symbole que s'opère la médiation de la pensée.

On peut d'ailleurs dater des *Euménides* d'Eschyle l'avènement public du procès tel qu'il va s'instituer dans l'Aréopage d'Athènes. C'est après un débat contradictoire, avoir entendu le pour et le contre, en présence d'Athéna, qu'Oreste est acquitté au bénéfice du partage des voix, du meurtre de sa mère Clytemnestre; avant l'acquittement qui proclame la métamorphose des Erinyes accusatrices en bienveillantes Euménides, la rationalité des preuves est affirmée : « Je dis que les choses non justes ne triomphent pas avec des serments », parole d'Athéna que le chœur prolonge : « Alors fais ton enquête et prononce le jugement droit. » Ce sont les rites de la procédure, c'est-à-dire les modalités du débat contradictoire qui assurent l'égalité entre les parties — ce que l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme nomme le *procès équitable*, et que Sénèque formulait : *audiatur et altera pars*, qu'on entende aussi l'autre partie —, qui permettront d'accéder à la décision judiciaire. La procédure est analogue à la mise en scène; c'est la représentation du réel par le moyen du droit qui va agir à son tour sur le réel, en le nommant, selon le procédé du juriste qui est de qualifier le fait, tout autant qu'en mettant en œuvre les violences rituelles de la rétribution et de la réparation qui doivent mettre un terme à l'escalade de la violence réelle.

Le sujet de droit, la personne, tire d'ailleurs son nom de *persona* qui signifiait pour les juristes romains masque de théâtre; et les acteurs judiciaires sont désignés par les symboles que sont les accessoires de la scène : le parquet, le barreau et le siège, afin qu'il n'y ait pas de confusion entre les acteurs et leurs fonctions. Cette figuration est instrumentale; elle préfigure l'ordre qui doit succéder au désordre dont la justice est saisie, ordre dont la transcendance par rapport à l'accident, à l'incertain, au singulier, au cas, prélude au rituel et le justifie. Le rituel judiciaire est *l'échangeur* entre le droit blessé et les valeurs qui le sous-tendent; son efficacité, en dépit des sarcasmes et des critiques, se constate en ce que pour l'essentiel il subsiste, et que subsistent même le baroque, l'archaïque et l'inutile; c'est parce que le rite donne à penser qu'il est tenace. Aussi la justice n'a pas comme la

12. Paul Ricœur, *Finitude et culpabilité*, t. II, p. 323.

médecine jeté par-dessus les moulins ses bonnets carrés; on se retourne sur un prêtre en soutane, mais on ne sourit pas de voir des juges siéger en toges. Ce qui laisse supposer que le rituel de l'audience n'est pas artificiel.

Tout semble fait pour éloigner le justiciable de sa justice; que par nécessité un citoyen entre dans un de ces lieux où la justice se rend en son nom, et que l'on nomme Palais (la traduction révolutionnaire en Maison du Tribunal n'a pas survécu à Robespierre), et traverse la double porte qui protège la salle d'audience où il est cité à comparaître comme accusé, victime ou témoin, ou qu'il ait la fantaisie d'assister au civil à « son » procès, quel spectacle découvre-t-il ? Dans le prétoire, autour d'un autel, des hommes en noir célèbrent la liturgie des mystères selon des rites ésotériques et par le moyen d'un langage déconcertant que seuls décryptent les initiés. Cette étrangeté ne heurte pourtant que quelques juristes que leur idéologie pousse à vouloir que la justice sorte du « néolithique » pour rejoindre la « modernité ». La plupart des justiciables, s'ils souhaitent une justice plus rapide, plus accessible, plus réaliste, plus juste, ne lui reproche pas d'être « ailleurs » ; cet ailleurs est pour eux, intuitivement, sensiblement, le lieu de la justice.

Cet « ailleurs » se situe dans un lieu retranché du monde ordinaire. Presque toujours des grilles imposantes fortifient cette séparation de l'espace sacré avec l'espace profane; puis des marches monumentales et nombreuses, comme à Angers, à Amiens ou à Lyon, marquent la différence de niveau entre les mondes sacrés et profanes; c'est au sommet d'une sorte de montagne sacrée, comme à Bastia ou à Aix-en-Provence, que le Palais est construit; son architecture néo-classique, son fronton où sont représentés les Tables de la Loi et les symboles de la justice, les piliers qui le plus souvent le précèdent, tels les arbres sacrés qui entouraient dans les sociétés archaïques le lieu où se rendait la justice, accentuent son caractère de « temple » de la justice. A l'intérieur, la présence d'une abside, baptisée « salle des pas perdus », la taille des pièces, la hauteur des plafonds, aussi bien dans le récent Palais de Justice de Nanterre que dans les vieux Palais de Justice de Rouen et de Poitiers, visent à cette même correspondance symbolique avec la loi qui est puissance, ordre, hiérarchie, harmonie.

Ce qui s'inscrit dans l'espace architectural se retrouve plus sensible encore dans la salle d'audience où le droit, dans sa puissance et sa primauté sur les différentes manifestations de la force, veut se faire reconnaître. La justice cesse alors d'être rendue par des semblables; ceux qui remplissent la fonction judiciaire sont légitimés, comme l'a bien vu Pascal, par les grandeurs d'établissement qui lui sont inséparables. Et, disons-le encore, qui ne sont pas généralement contestés, car les éléments symboliques de l'espace sont symbole de l'espoir.

Comme dans les églises, une barrière, gardée, sépare le public du prétoire lui-même, le saint des saints; seuls y pénètrent les officiants en robe, et ceux qui sont appelés par un *ordre* de l'huissier d'audience. Le bureau des juges est toujours surélevé, et souvent précédé d'une petite barrière que les magistrats doivent eux-mêmes franchir pour « monter à l'audience », après qu'un coup de marteau ou de sonnette a imposé le silence aux assistants et les a fait se lever : « la Cour ! » Le procureur de la République *près* le tribunal est dit *parquet*, non pour désigner le plancher, mais le *parc* délimité par des barrières où se tenaient les gens du roi et les avocats. Et c'est la *barre*, où viennent prêter serment les témoins, butoir qu'ils ne peuvent franchir, qui a donné le mot de *barreau*; c'est la barre qui sépare symétriquement les avocats selon leur fonction à l'audience (« l'autre côté de la barre », dit l'avocat du demandeur pour nommer l'avocat du défendeur, et réciproquement), c'est la barre qui délimite l'espace vide, au pied de l'autel, qui figure en quelque sorte « le lieu de la loi, inaccessible à tous les citoyens et autour duquel s'organisent les échanges sociaux »¹³; cet isolement d'un espace interdit, sauf autorisation du président à le franchir pour remettre un document, au cœur de l'espace judiciaire, retentit sur les comportements et l'imaginaire des participants; il ordonne l'espace judiciaire autour d'un espace sacré; tout comme le box, en forme de cellule, où comparait le prévenu détenu, isole symboliquement le perturbateur de l'ordre.

Le temps judiciaire n'est pas moins ordonné que l'espace. « L'audience est ouverte », « l'audience est suspendue », « l'audience est reprise », « l'affaire est mise en délibéré », ces formules délimitent

13. Garapon, *op. cit.*, p. 34.

le temps du procès. Ce que j'ai nommé « le moment » de la justice a certes une durée chronologique, mais il est vécu comme si le temps était immobilisé pour la durée de l'audience. Il s'agit en effet de reconstituer oralement un crime, un accident ou une séparation; il s'agit donc d'un temps sans durée, du moins qui échappe à la durée ordinaire. Un événement *passé* est rendu *présent* par la parole; il est *commémoré*; et il est reproduit par la violence verbale des réquisitoires et des plaidoiries (un procès n'est pas un duo mais un duel), afin de pouvoir être annulé par la *décision*. L'affrontement est nécessaire pour que la violence originelle soit socialisée, pour que la vérité de l'épée succède à l'incertitude des balances. Ce n'est pas la vérité qui triomphe; c'est la vérité judiciaire; la vérité la plus vraisemblable, la plus probable; le droit le meilleur qui l'emporte — *pro veritate habetur*, dit l'adage, *tenu pour vérité*. La motivation de la décision et le droit d'en interjeter appel démontrent que cette vérité est provisoire jusqu'à ce qu'une décision définitive lui donne l'autorité de la *chose jugée*, elle aussi tenue *pro veritate*.

La robe judiciaire est tout autant investie que l'espace et le temps de l'audience. La robe *fait* le juge, le procureur ou l'avocat. Sous la robe, celui qui la porte devient un archétype; son paraître est son être nouveau. C'est une identité nouvelle qu'acquiert celui qui revêt sa robe; celle du rôle auquel sa fonction sociale le délègue et qui lui rappelle les devoirs de sa charge en le soustrayant à la condition commune. Et la robe nous dit que la justice est une fonction royale : la robe rouge des cérémonies et des avocats généraux devant la cour d'assises est empruntée à la pourpre des rois, la toque rituelle vient du mortier qui est un attribut royal, et l'hermine des épitoges est une fourrure royale; cette survivance symbolique des attributs royaux explique que la justice se rende toujours dans un *Palais*. La robe marque aussi l'unité des participants, leur égalité et leur séparation d'avec le public. C'est la toge (ou la perruque) qui d'ailleurs rend acceptable que des hommes puissent juger et condamner d'autres hommes, parce qu'elle dépersonnalise ceux qui la portent pour les faire porteurs d'un autre « être », comme les masques des sorciers des peuples primitifs. La robe judiciaire est le manteau du droit.

Aussi la prestation de serment de l'avocat et du magistrat, et plus particulièrement du magistrat, revêt-elle l'aspect d'une véritable

initiation. Lorsque l'impétrant est conduit à la barre, revêtu pour la première fois de sa robe, pour entendre le greffier lui lire la formule du serment, c'est bien d'une « véritable prise d'habit » qu'il s'agit avec ses vœux analogues aux vœux de la vie religieuse, vœux perpétuels puisqu'à la mort du magistrat ou de l'avocat, fût-il à la retraite, sa robe est déposée sur le catafalque. C'est sous cette robe que le magistrat a prêté serment « de garder *religieusement* le secret des délibérations ». C'est parce que la robe fait participer ceux qui la portent à la fonction judiciaire que des avocats ont marqué que des juridictions d'exception n'étaient que des pelotons d'exécution institués en retirant, pour plaider, leurs robes de défenseurs. Le bâtonnier Edmond Rousse en 1871 : « Nous avons décidé d'être présents devant les tribunaux de la Commune, mais non pas en tant qu'avocats. Nous avons donc laissé à la porte, pour ne pas les avilir, les insignes de notre Ordre... » Et en 1962, Jean-Louis Tixier-Vignancour plaçant pour le lieutenant Degueldre devant la Cour militaire de justice : « Un avocat général est en uniforme, les avocats sont sans robe, nous voici à égalité... »

La robe, à des détails près, est identique mais les rôles de ceux qui la portent sont strictement déterminés. Ils ne sont pas interchangeables. Ils dessinent par la relation trine ou tripolaire qui caractérise le procès l'espace judiciaire clos et enclos qui garde le sujet de droit. Si la relation qui est à l'origine du procès est duelle ou bipolaire : demandeur/défendeur, délinquant/victime, accusateur/accusé, cette relation devient judiciaire, par hypothèse, par l'intervention d'un tiers, le juge. « Tiers impartial et désintéressé », selon l'expression d'Alexandre Kojève¹⁴, il donne au droit sa « justiciabilité ». Ce tiers n'est pas quelconque; son investiture par le droit étatique est indépendante de la volonté des parties et sa mission est de rendre la justice comme un service public. La dialectique triangulaire spécifique du droit — demandeur/défendeur/intérêt général — se retrouve dans le rituel judiciaire.

Aux rôles actifs, antagonistes et symétriques, et qui se légitiment réciproquement, du procureur et de l'avocat, ou des avocats entre eux, correspond l'instance passive, sereine, réfléchie de celui qui doit

14. A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, NRF, 1981.

mettre fin au litige en arrêtant une décision. C'est pour signifier cette fonction arbitrale que le juge, le président, est assis, face à l'espace interdit, à la barre, et à l'axe que dessine le chemin d'accès des participants à la barre; son siège se distingue par son importance et sa hauteur; l'impartialité est symbolisée par cette place centrale, tandis que les avocats et le procureur sont de part et d'autre, debout (on oppose la magistrature debout à la magistrature assise).

Cette impartialité arbitrale a pour témoin le public; assis, muet, anonyme, obligé à ne pas donner son opinion, sous peine d'expulsion, il n'est pas moins le participant obligé du rituel. Il représente la conscience collective; il en est en tout cas le témoin, silencieux et nécessaire; sans la publicité des débats, le ton du spectacle judiciaire ne serait pas le même. Il ne suffit pas que la justice soit rendue, il faut qu'elle soit vue pour que le procès réponde à l'exigence universelle du procès équitable.

L'oralité est constitutive de l'institution judiciaire (et particulièrement aux assises où la cour délibère sans la présence du dossier). C'est le président qui prend la parole le premier, la donne aux uns et aux autres, la commande ou la censure, et qui clôt les débats. La parole n'est pas seulement descriptive des faits de la cause ou ordonnatrice du débat judiciaire; elle est au sens du logicien anglais J. L. Austin et de l'école de « la philosophie du langage ordinaire », *performative*; s'il y a un lieu et un temps où « *dire, c'est faire* » c'est bien l'audience. Alors que le débat judiciaire se caractérise par la contradiction agonistique, souvent violente, des imprécations de l'accusation et des incantations de la défense, contradiction dialogique et ordonnée — on ne peut entendre le oui sans le non, et le non sans le oui —, la parole du juge est performative : il « dit le droit »; sa parole est acte judiciaire. Benveniste relève le développement de la terminologie judiciaire à partir de *ius dicere, index, iudicare, iudicium, iurisdictio...*¹⁵.

Quand le tribunal adopte, autorise, casse, condamne, confirme, commet, convoque, confie la garde, déboute, décide, désigne, disjoint, dit que, donne acte, enjoint, fixe, impartit, infirme, maintient, nomme, ordonne, prononce, reçoit en son appel, reconnaît, réforme, rejette,

15. E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Ed. de Minuit, t. I, p. 114.

relaxe, remet, renvoie, réserve, sursoit à, suspend l'exécution..., c'est-à-dire *décide*, sa parole est performante. Ce sont des mots-actes. Le prononcé d'un divorce n'est pas un simple jugement de réalité, la constatation d'une séparation, mais un jugement de valeur à effets de droit. Après que tout a été dit, le mot de la fin, la décision, est comme le marteau du commissaire-priseur; il est exécutoire. C'est l'effet Thémis. En effet, toutes les décisions de justice sont revêtues de la formule exécutoire qui est écrite et ne se prononce pas, et qui autorise l'emploi de la contrainte : « En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice sur ce requis de mettre la présente à exécution; à tous les procureurs généraux et procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main; à tous les commandants et officiers de la force publique de prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis; en foi de quoi la minute des présentes a été signée et délivrée par le président et le secrétaire greffier. » Par cette parole judiciaire, qui définit un avant et un après, il est mis fin au procès; l'ordre juridique succède au désordre social; ordre relatif aux faits produits, aux preuves rapportées, aux moyens de droit soutenus, mais ordre tout de même qui répond au besoin d'ordre de la pensée humaine, et qui est atteint par le dialogue contradictoire qui spécifie le droit autant que le tiers « impartial et désintéressé ».

Le droit seul, la raison seule ne peuvent produire ce résultat d'une transformation d'une situation, d'un statut, d'un comportement. C'est le rituel, et ses deux grands principes — la contradiction à toutes les étapes de la procédure et le rôle directeur du juge — qui rendent possible cette médiation du possesseur en propriétaire, de l'enfant naturel en enfant légitime, du suspect en condamné; et qui la rendent acceptable. Le rituel est indissociable du droit qui le transcende et le justifie et de la raison qui le met en œuvre; en motivant sa décision le juge donne à la raison du justiciable ses raisons; il en montre la rationalité, mais c'est la logique formelle de la procédure et le rituel de son moment symbolique, le procès, qui réalisent cet échange et lui donnent sa légitimité. René Girard a montré dans *La violence et le sacré* comment la fonction du sacrifice — et le système judiciaire en est la traduction abstraite et d'une efficacité curative sans égal — seule interrompt le processus infini de la violence appelant la violence. « Au lieu de tra-

vailler à empêcher la vengeance, à la modérer, à l'éluder, ou à la détourner sur un but secondaire, comme tous les procédés proprement religieux, le système judiciaire rationalise la vengeance, il réussit à la découper et à la limiter comme il l'entend ; il la manipule sans péril ; il en fait une *technique* extrêmement efficace de guérison et, secondairement, de prévention de la violence »¹⁶. Le rite n'est rien d'autre que la répétition de la bonne violence pour éliminer la mauvaise. C'est la transcendance du système, effectivement reconnue par tous, reposant sur l'indépendance souveraine de l'autorité judiciaire — qui est mandatée une fois pour toutes et dont aucun groupe, pas même la collectivité unanime, en principe tout au moins, ne peut remettre en cause des décisions — qui seule peut « tromper durablement la violence ». Aussi le judiciaire, comme le sacrifice, s'enracine dans le sacré. « Le religieux primitif domestique la violence, il la règle, il l'ordonne et la canalise, afin de l'utiliser contre toute forme de violence proprement intolérable et ceci dans une atmosphère générale de non-violence et d'apaisement. Il définit une combinaison étrange de violence et de non-violence. On peut dire à peu près la même chose du système judiciaire »¹⁷. C'est pourquoi le rituel judiciaire — son formalisme, son contradictoire, son extériorité par rapport aux parties, en délimitant rigoureusement le profane du sacré — constitue un des éléments les plus importants de la vie collective. Cette altérité est sans doute plus respectueuse du sujet de droit que ce qu'Antoine Garapon nomme justement *l'audience de cabinet*, et ses prétentions à la rééducation, la resocialisation ou la thérapeutique sociale.

C'est le formalisme et le ritualisme qui assurent la réciprocité et l'altérité propres au droit ; la réciprocité est la fracture qui ouvre la particularité d'un homme à la totalité de ceux qui peuvent se réclamer de la même humanité ; et l'altérité du droit est la contrainte qui rend possible la coexistence des libertés, selon la définition du droit strict selon Kant : « le droit est le complexe des conditions, sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté »¹⁸ ou encore : « le droit *strict* peut être représenté

16. *La violence et le sacré*, Pluriel, PUF, p. 39.

17. René Girard, *op. cit.*, p. 36.

18. Kant, *La Doctrine du droit*, trad. Picavet, 1958, p. 104.

comme la possibilité d'une contrainte réciproque complète s'accordant avec la liberté d'un chacun suivant une loi universelle »¹⁹. L'histoire judiciaire nous montre que là où le rituel s'affaiblit, le droit dépérit; là où le rituel est signifiant et maîtrisé, l'Etat de droit, comme interdiction, progresse selon la parole de Hegel, qui atteint à la fois au fondement du droit et à l'exigence de son dépassement : au service des hommes, le « système du droit » s'identifie à la « liberté effectuée ».

Comment les droits de la défense sont au fondement du droit

On ne trouve sans doute pas de meilleure illustration de ce que les droits de la défense, sous la forme essentielle du principe du contradictoire, sont un droit naturel à l'homme que d'en rencontrer l'expression en 458 av. J.-C. dans la troisième pièce de la trilogie d'Eschyle, *L'Orestie*, dans *Les Euménides*.

Oreste a tué, poussé par sa sœur Electre, leur mère Clytemnestre coupable d'avoir tué leur père, le roi Agamemnon et épousé son amant et complice Egysthe. Homère ni aucun des poètes qui ont précédé Eschyle n'avaient mis en doute la légitimité de l'acte d'Oreste. Avec *L'Orestie* sont posés les problèmes très nouveaux de la faute dans *Agamemnon*, du remords dans les *Choéphores*, et du *châtiment* dans *Les Euménides*. Dans cette dernière pièce s'opposent les Erynnies, représentant le vieux droit familial et qui appellent le sang pour le sang maternel répandu, à Apollon qui a induit Oreste à tuer sa mère, pour qui les intérêts du clan dominant ceux de la consanguinité. En présence des Euménides et d'Apollon, Athéna représente une réalité supérieure à ces deux vindictes : le droit impartial et humain que tend à réaliser la cité athénienne, substituée à la loi du sang.

Les Euménides se déroulent sous la forme d'un débat dans l'esprit même d'une justice où accusateur et accusé ont un droit égal à se faire entendre; la décision qui innocent Oreste sans cependant donner tort aux Erynnies, transmuée en des divinités bienveillantes, *Les Eumé-*

19. *Op. cit.*, p. 106.

nides, est le fruit d'une délibération réfléchie du tribunal institué par Athéna, l'Aréopage, en qui se réconcilient les dieux anciens et nouveaux.

ATHÉNA, AUX ERYNNIES

A vous la parole, j'ouvre le procès.
Que l'accusateur parle en premier
Pour nous instruire des faits. (V. 583.5.)

Quand les accusatrices ont établi les faits : le matricide, la parole est donnée à Apollon pour plaider pour Oreste, à la demande d'Oreste :

Car l'acte même nous ne le nions pas ;
Mais juge en ton âme si ce meurtre
Te semble juste. (V. 611.3.)

Quand les deux parties ont été entendues (les plaidoyers sont brefs) et les suffrages des juges comptés, Athéna fait bénéficier Oreste du partage des voix :

Cet homme est absous du crime de meurtre
Car les votes sont égaux en nombre. (V. 752.3.)

Eschyle ne surprend pas les spectateurs par cette scène de jugement présidée par Athéna. Dans *L'Iliade* déjà, Zeus, père des dieux, a pour emblème de sa justice *la balance d'or*, symbole de l'égalité de la situation des plaideurs. Ainsi les droits de la défense semblent appartenir à la conscience commune avant même d'appartenir au droit judiciaire. *Audiat et altera pars* : qu'on écoute aussi l'autre partie, cette maxime de la Médée de Sénèque définit d'une manière opératoire le *principe du contradictoire* qui constitue l'expression technique de ce qu'il est convenu de nommer *les droits de la défense*.

Cette injonction : *audiat et altera pars*, s'entend indépendamment de celui qui dans tous les temps et presque tous les pays assume cette fonction de défense : *l'avocat*. L'avocat comme son nom l'indique, *ad auxilium vocatus*, est celui qui est voué à l'aide. Les droits de la défense ne doivent pas être confondus avec les droits des défenseurs. Ils sont les droits des justiciables. Ce qui n'empêche que les avocats qui incarnent la Défense dans notre système judiciaire sont bien fondés à s'en prévaloir, non comme des privilèges ou des commodités, mais comme

des droits des hommes en justice. Ces droits sont tout d'abord ceux que l'on reconnaît dans la procédure pénale et qui garantissent que l'allégorie de la Vengeance poursuivant le Crime ne conduit pas à sacrifier les droits que l'homme tient de sa dignité d'homme. Mais ce sont aussi les procédures civiles et administratives qui garantissent le contradictoire, c'est-à-dire que chaque partie ne puisse être jugée sans avoir été appelée, entendue et défendue et sans la possibilité de discuter les documents et les témoignages produits. La procédure est une technique, un moyen, et non une fin en soi; mais elle ne fournit pas un simple mode d'emploi. Ses différents moments sont autant d'actes initiateurs et protecteurs qui concourent à ne jamais permettre de divorce entre ce qui est juridique et ce qui est juste.

La tâche ordinaire du juriste, son travail quotidien, c'est de mettre en œuvre le droit; mais le droit ne se limite pas à la règle; il implique la rectitude, c'est-à-dire dans tous les cas où il doit résoudre des conflits de droits ou d'intérêts, la distribution du juste et de l'injuste. L'impulsion de l'idéal de justice est ce qui gonfle de sève le droit positif qui, sans lui, s'étiolerait. Il n'y a pas d'ordre juste sans un juge. Le juge est l'arbitre. L'arbitre qui juge est comme dit l'anglais *the umpire*, « le non-pair », celui qui n'a pas de pair, pas d'égal, pas de semblable dans l'état civil, il est en dehors des parties, sans parti pris, sauf le parti de l'ordre juste; bref il est impartial²⁰; impartialité qui est fonction de son indépendance et condition de son universalité. Mais pour qu'il soit ainsi la justice en personne, il doit l'être dans sa *forme*; il faut qu'il puisse se prononcer en pleine connaissance de cause; c'est la fonction du contradictoire. Associer le droit d'initiative du juge — *da mihi facta, dabo tibi jus* — au droit du contradictoire constitue le centre de gravité du procès, l'ajustement juste de soi à autrui : « Rien ne peut être tenu pour vrai ou pour seulement vraisemblable qui n'a, à chaque stade, été soumis au contrôle d'un examen contradictoire. Comment un juge pourrait-il juger sans peser le pour et le contre ? Comment pourrait-il peser le pour et le contre si, en face du contre, il n'y avait pas le pour ? Les nécessités de la défense sociale ont fait attribuer aux juges de redoutables pouvoirs; ils disposent des intérêts, de la liberté, de la vie

20. Raymond Polin, *Ethique et politique*, Sirey, 1968, p. 196.

et de l'honneur des hommes. *Tout homme menacé a donc le droit de se défendre, c'est-à-dire d'être défendu* »²¹.

Cette humble branche du droit qu'est la procédure civile est, elle aussi, ainsi marquée par la force indestructible du droit naturel²²; c'est de lui en effet que vient la notion cardinale du respect des droits de la défense. Aucun texte n'en ordonne de respect dans la procédure civile; il n'empêche qu'il est considéré par tous les commentateurs comme la garantie nécessaire d'une bonne justice. Dès 1828, un arrêt de la Cour de cassation proclame : « Que, *la défense étant un droit naturel*, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre. » Depuis les arrêts sont nombreux où la Cour de cassation justifie sa décision par le recours au principe des « droits de la défense » ou de la « libre contradiction ». Que la violation d'un principe de droit naturel puisse donner ouverture à cassation pour le juge suprême du droit montre qu'il s'agit bien là d'un principe fondateur du Droit.

Comment la défense est un impératif catégorique

Que les droits de la défense soient un impératif catégorique de la conscience juridique, un principe d'ordre public, la chambre criminelle de la Cour de cassation le proclame également. Ils sont un principe qui se suffit à lui-même puisque sa méconnaissance a pour résultat d'entraîner la nullité de la procédure qu'elle vise, même si la nullité n'est pas prévue par la loi. Ainsi, le 16 janvier 1958 : « Attendu que les diverses prescriptions établies par les articles 87, 88 et 89 du Code d'instruction criminelle, dans le cas où le juge d'instruction procède à des perquisitions, visites domiciliaires ou saisies, ne sont pas expressément édictées à peine de nullité, il appartient au juge de vérifier, même d'office, si leur inobservation, lorsqu'elle a eu lieu, n'a pas porté atteinte aux droits essentiels de la défense. »

On peut gloser sur l'adjectif « essentiel » qui assortit « les droits de la défense ». La chambre criminelle a-t-elle voulu dire que les droits de la défense sont en eux-mêmes essentiels, ou que parmi les droits de la

21. Maurice Alléhaut, *Les droits de la défense. Hommage à Maurice Patin*, Ed. Cujas, p. 456.

22. H. Motulsky, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 84.

défense il y en ait qui ne sont pas essentiels et qui peuvent ne pas être respectés ? Ce principe catégorique a été repris depuis par l'article 172 du Code de Procédure pénale : « Il y a également nullité en cas de violation des dispositions substantielles du présent titre... et notamment en cas de violation des droits de la défense. »

Ces arrêts et cet article nous disent que toutes les formalités protectrices des droits de la défense ne sont pas inscrites dans les textes mais qu'elles s'imposent par les principes de justice et d'équité dont la législation implique l'admission. Les garanties de la défense sont en effet aussi des garanties d'une bonne justice, garanties qui renforcent l'autorité de la décision judiciaire. Garraud le proclamait au début du siècle : « La forme, en matière pénale, est la garantie nécessaire d'une justice exacte, éclairée et impartiale »²³.

C'était déjà l'opinion d'Ortolan en 1855 : « Ni autrefois, ni aujourd'hui, le droit de défense n'est formulé en une déclaration générale de principe, mais il est l'âme du système accusatoire; c'est un droit qui n'a besoin d'être écrit nulle part pour appartenir à tous. Sans ce droit exercé loyalement et librement, la justice pénale n'est pas justice, elle est oppression »²⁴.

Seule la crainte de la nullité sauvegarde les formalités essentielles. A quoi sert un droit qu'on ne peut sanctionner ? C'est dans cet esprit que s'est établie l'évolution du droit pénal jusqu'en 1960. A cette date, le législateur, pressé par les événements d'Algérie, et la jurisprudence de la chambre criminelle, redoutant que la marche de la justice ne soit entravée, l'un et l'autre sous l'influence du président Patin, ont restreint « de façon inacceptable, au détriment de la défense, la mise en œuvre des nullités encourues »²⁵. Les dispositions les plus prometteuses du Code de Procédure pénale ont été entravées ou stérilisées : le droit des suspects à l'inculpation, l'annulation des actes d'accusation pour atteinte aux droits de la défense, le caractère exceptionnel de la détention préventive...

C'est au contraire à la réduction de son application qu'a conduit l'évolution de la jurisprudence à partir de 1960. Les nullités textuelles

23. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction*, 1912, t. 14, n° 1097.

24. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 1855, n° 1853, p. 869.

25. Georges Levasseur, *Les nullités de l'instruction préparatoire. Hommage à Patin*, p. 471 et s.

concernant l'assistance d'un défenseur ont été appliquées restrictivement; ainsi pour les perquisitions²⁶ et les confrontations²⁷ qui ne sont pas considérées comme des interrogatoires obligeant à la convocation de l'avocat; de même la chambre criminelle a estimé le 21 juin 1962 qu'il n'y avait pas de nullité alors que l'avocat, rédacteur de ces lignes, convoqué par télégramme, alors que le dossier était transféré d'Alençon à Rouen, incomplet, moins de vingt-quatre heures avant l'interrogatoire ne pouvait en prendre connaissance²⁸. C'est ainsi que la réglementation minutieuse en matière de garde à vue a été jugée comme n'étant pas édictée à peine de nullité²⁹; la prolongation de la garde à vue ne porte pas atteinte aux droits de la défense, jugeait la Cour de cassation, puisque les garanties de la défense n'existent pas au stade de l'enquête préliminaire...³⁰. De même également les règles relatives à la détention préventive que les pénalistes tenaient traditionnellement pour substantielles — car la détention préventive contredit le principe de la présomption d'innocence — n'ont plus, elles aussi, de caractère impératif. La chambre criminelle montra peu d'empressement à contrôler la légalité du maintien en détention, laissant le juge d'instruction libre d'apprécier son opportunité³¹, allant jusqu'à estimer que l'irrégularité flagrante d'un maintien en détention n'affectait pas fondamentalement « la recherche et l'établissement de la vérité »³². C'est ainsi aussi que l'article 81 qui impose au juge d'instruction de procéder à une enquête sociale sur la personnalité de l'inculpé, enquête obligatoire en cas de crime, n'a pas été jugée assez substantielle pour être une cause de nullité de la procédure lorsque cette obligation était omise.

Ainsi le législateur et le juge ont-ils fait marche arrière depuis 1960 sur les principes consacrés dans le Code pénal de 1959. La notion de violation des droits de la défense a été à la fois affirmée comme résu-

26. Crim., 5 juillet 1962, B 242.

27. 30 novembre 1961, B 491.

28. 21 juin 1962, B 230.

29. 15 et 22 octobre 1959, B 435 et 457; 17 mars 1960, B 156.

30. 17 juin 1964, B 204; 27 juillet 1964, B 252.

31. 25 juin 1959, *JCP* 1959.II.11288, note Vouin; 3 mai 1960, B 235; 10 juin 1960, B 310.

32. 4 mai 1961, B 237.

L'ordonnance du 4 juin 1960 y a concouru en décidant que les nullités dans les perquisitions, saisies, fouilles à corps, expertises irrégulières ne sont plus des nullités que l'inculpé puisse mettre en œuvre. Ce que Roger Errera a nommé le *grignotage des libertés*.

Un tel raisonnement peut justifier, du moment qu'il procure des charges contre le prévenu, n'importe quels procédés d'investigation et d'interrogatoire. Mais on nous permettra de penser, avec le P^r Levasseur, « que ce n'est pas un progrès du droit... Le souci de la manifestation de la vérité est capital, mais il ne doit pas primer toute autre considération; le droit anglais refuse de le faire prévaloir contre le principe d'un *fair trial* conduit selon *a due process of law*, et il n'assure pas d'une façon moins efficace que la nôtre la défense de la société ».

Ce qu'il faut constater, c'est la substitution très générale aux garanties légales de l'appréciation discrétionnaire des magistrats qui conduisent la procédure. « La véritable garantie des justiciables, en matière d'instruction préparatoire, écrivait le président Patin, réside dans la compétence, la conscience et la probité des magistrats. » Certes, mais fonder les droits de l'homme dans la procédure pénale sur les bons sentiments discrétionnaires des juges, c'est oublier que si l'on connaît les juges d'aujourd'hui on ne sait ce que pourraient être les juges de demain. C'est pourquoi les droits de la défense doivent être rigides et non flexibles; c'est l'intérêt social, la dignité indispensable de la justice qui l'exige. « Une marge d'appréciation est une marge d'incertitude et donc d'insécurité », écrivait encore le bâtonnier Maurice Alléhaut. Les garanties auxquelles l'homme a droit ne doivent pas être affectées par les conceptions mouvantes qu'on peut avoir des contingences. Au milieu des variables, l'homme est une constance. Le premier de ses droits est d'être librement, pleinement défendu lorsqu'il est menacé dans sa liberté, son honneur ou sa vie.

Les droits de la défense sont la garantie de l'homme poursuivi contre les erreurs, l'erreur affreuse qui consiste à condamner un innocent, l'erreur aussi qui consiste à condamner un coupable au-delà de ce qu'il a fait ou de ce qu'il mérite par légèreté, ignorance ou vindicte. C'est dès le début, avant que les convictions ou les amours-propres ne soient engagés, que ces droits doivent prendre place; ils doivent accompagner tout le processus judiciaire et se poursuivre au-delà dans le droit pénitentiaire; mais il est à l'évidence que le moment le plus sen-

sible, le moment même de la justice, c'est l'audience pénale, audience que l'information, l'instruction préparent et que l'exécution de la peine prolonge. Une histoire s'y termine, une histoire commence. Un acte est jugé, mais c'est un homme qui est condamné. C'est pour assurer la proportion juste de la peine à l'acte et à son auteur que sont reconnus les droits de la défense, comme droit de l'homme.

L'audience est sans doute la phase judiciaire où les droits de la défense doivent être particulièrement sauvegardés. Et ils le sont par l'oralité des débats et son caractère public. Il en est de même de « l'égalité des armes » : ainsi le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge, la possibilité de faire citer et d'interroger des témoins à décharge, le droit d'être entendu comme le droit théorique au silence. Mais le droit français ne comporte pas comme la procédure anglo-saxonne ou italienne l'obligation pour le président d'avertir le prévenu qu'il a la faculté de ne pas répondre; la religion de l'aveu conduit à la pratique contraire; le caractère inquisitoire de la procédure d'audience fait nécessairement de son président le meneur de jeu; que le prévenu conteste et il tend à le convaincre de sa culpabilité; et comme il connaît le dossier, il peut être enclin à adopter une attitude d'accusateur.

Pour instituer une véritable procédure d'accusation en droit français, il suffirait de peu de choses. L'article 328 du Code de Procédure pénale serait à modifier pour que l'instruction devienne l'œuvre des parties elles-mêmes à l'exemple du système anglo-saxon des questions croisées : *examination et cross-examination*. Renforçant le rôle d'arbitre du président elle assurerait plus visiblement le droit de la défense et « l'égalité des armes ». Et le prévenu, sujet du procès, libre de parler ou de se taire sans qu'il soit tiré de son attitude un élément de conviction pour le juge, se trouverait mieux assuré de ses droits. Il est également souhaitable que soit supprimée l'inégalité visible que constitue le droit pour le procureur d'interroger directement le prévenu et les témoins, alors que la défense doit faire passer ses questions par le président; il en est de même des conditions de la comparution du prévenu détenu : sans doute lui a-t-on rendu sa cravate et il comparait sans menottes. Mais au sortir de la souricière, dans un box en forme de cellule, les conditions de sa libre défense sont dans la réalité altérées; tout comme l'hypertrophie de l'audience limite son droit théorique de s'expliquer.

La plus importante garantie de la défense consiste dans le droit d'être assisté d'un défenseur de son choix, de pouvoir s'entretenir avec lui, de l'accès de celui-ci à l'intégralité du dossier. Le défendeur qui « est l'oreille juridique et la bouche juridique » du prévenu est d'abord le garant que l'on ne triche pas avec lui, tant sur les formes protectrices que sur le principe de la légalité des poursuites. En cela il est un *objecteur de justice*. Il est aussi un *passeur d'hommes* : comprendre et faire comprendre. Pour être le plus court chemin d'un homme à ses juges, l'avocat ne doit pas avoir de cesse qu'il se soit déclassé, déraciné, dépolitisé, qu'il ait pris ses distances avec la réalité sociale du moment comme avec ses propres préjugés pour être auprès de celui dont il suffit qu'il soit un homme pour mériter d'être défendu. Obstacle à la justice injuste, il sert la justice; pour cela il lui faut parfois préférer la défense de « rupture » à la défense de « connivence » pour reprendre les formules fameuses de Jacques Vergès; l'avocat, c'est d'abord l'intransigeance : on ne passe pas. Le procès est un duel; il n'est pas un duo. Encore faut-il que l'avocat soit libre. Librement choisi. Libre de sa parole.

Les tentations et les occasions ne manquent pas au pouvoir pour tenter de réduire l'intervention de la défense, la menacer en suspendant l'avocat à l'audience ou en portant atteinte à l'immunité de parole que lui reconnaît l'article 41 de la loi de 1881 pour les « discours » prononcés à la barre. C'est ainsi que Jacques Isorni, suspendu le 6 février 1933 pour trois ans pour outrage à magistrat par la Cour militaire de justice, juridiction d'exception qui siégeait sans recours, condamnée par le Conseil d'Etat et réhabilitée par le Parlement, fut poursuivi pour diffamation à l'initiative du parquet pour avoir dénié au parquet de la cour d'appel le droit de requérir au nom d'un gouvernement auquel appartenait un membre ayant une sympathie utile bien que distante pour l'OAS. Ce fut pour le bâtonnier Alléhaut, commis d'office pour le défendre, l'occasion de rappeler ce que sont les droits de la défense et l'immunité qui en est le corollaire nécessaire : « Comme le “contre” peut tout dire sous le contrôle de sa conscience, il faut que le “pour” puisse tout dire sous le contrôle de la sienne. Il faut que, devant le juge, le défenseur puisse s'exprimer librement et sans crainte. L'indépendance de la magistrature et l'immunité de la défense sont les deux garanties suprêmes de tous les droits et de toutes les libertés. »

Ayant rappelé que la Défense a souvent tout contre elle : l'opinion du moment quelquefois, et le pouvoir toujours, avec l'appareil formidable dont il dispose, que tout cela s'est abattu sur l'accusé ou le menace, le bâtonnier Alléhaut ajoutait : « L'accusé, face à tant de puissances, écrasé par tant de forces, menacé par tant de périls, n'a à ses côtés, pour contrebalancer tout cela, qu'un homme, un homme modeste dans sa robe noire, dont tout semble souligner la faiblesse jusqu'aux signes extérieurs erronés qui, surtout dans les affaires criminelles, paraissent l'abaisser par rapport à l'accusateur auquel l'erreur d'un costumier, en le croyant l'égal en majesté du juge, a conféré la robe rouge, c'est-à-dire la pourpre des rois, comme l'erreur d'un menuisier, en lui fabriquant une estrade, l'a hissé au-dessus de la barre en le haussant au-dessus du « parquet ». Seul pour défendre l'accusé — homme défendant un homme — au moins faut-il que l'avocat soit libre de sa parole et qu'il puisse s'exprimer sans crainte. Car il ne peut rien faire pour celui qui lui a confié son destin, pour cet homme qu'écrase et que menace tant de puissance, sinon plaider pour lui parler — c'est dérisoire — parler, parler pour lui. *Voilà pourquoi la liberté de sa parole est nécessaire à la justice.* Voilà pourquoi nous avons le devoir, nous de la défendre et vous de la respecter »³³.

Ce débat appartient à l'histoire de la consécration des *droits de la défense* par le droit processuel et au plus haut niveau par le droit constitutionnel, puisque le Conseil constitutionnel les a reconnus comme un principe de valeur constitutionnelle. Il a en cela fait sienne la déclaration de Valéry Giscard d'Estaing au Palais de Justice le 16 septembre 1977 : « L'indépendance du juge doit prendre appui sur l'indépendance de l'avocat qui défend. En ce sens l'indépendance de la défense est une composante de l'indépendance judiciaire. Et donc, à mes yeux, l'indépendance de la défense est un principe de valeur constitutionnelle. Je m'en considère comme le gardien. »

Comment les droits de la défense sont des droits de l'homme

Pour que s'incarne le *droit au droit* dans le procès *équitable*, il faut que soient consacrés, partout et toujours, les *droits de la défense*. Les

33. *Procès. La défense et la justice*, Flammarion, p. 168-169.

droits de la défense ne sont pas des droits innés de la nature, mais le moment constitutif essentiel de la défense de l'homme accusé. C'est pourquoi les droits de la défense sont premiers. Ils ne sont pas premiers en dignité. Ils sont premiers dans l'ordre des moyens. Ce sont les conditions de la mise en œuvre des droits humains dans une société donnée.

La défense est donc un *impératif catégorique* de l'ordre public juste, comme condition nécessaire du droit au procès équitable. *Les droits de tout accusé* sont : la connaissance des charges, l'assistance d'un interprète, le temps et les facilités nécessaires à la préparation de la défense, l'accès au dossier, l'interdiction de toute discrimination et le droit à l'assistance d'un avocat, *de l'avocat de son choix*, sans exception ni réserve, un avocat libre de sa parole et de sa plume. Sa voix que parfois l'on veut faire taire ne doit jamais se taire. Car la justice est sans justice lorsqu'elle est sans libre défense. Ce qui faisait dire à Berryer : « La mission de l'avocat est aussi un ministère public. »

Cet ajustement à autrui postule devant toutes les juridictions, pour sa mise en œuvre, l'application de la maxime de Sénèque déjà citée : *audiat et altera pars*. Les droits de la défense se déduisent de ce principe du contradictoire qui est par la nature même de l'homme parlant, médiation de soi à autrui. La possibilité du dialogue est suspension de la violence, trait d'union, reconnaissance de l'autre que soi. La parole est une liberté qui unit. Parfois une dernière liberté, qui ne doit jamais se taire et que l'on veut faire taire. « Il faut, et c'est impérieux, donner à celui que l'on poursuit le plus de moyens de défense et le plus de droits possibles », écrivait Michel Foucault au Premier ministre iranien. « Est-il manifestement coupable ? A-t-il contre lui toute l'opinion publique ? Est-il haï de son peuple ? C'est lui conférer justement des droits d'autant plus intangibles. » Pour un gouvernement il ne saurait y avoir de dernier des hommes.

Droits de la défense, droit au juge, droit à un procès équitable, droits et libertés fondamentales. Il semble bien que ces droits soient dans les conventions internationales indissociables. Mais il s'agit de la « foi » des signataires pour reprendre l'expression employée en 1945 dans le préambule de la charte des Etats-Unis ; des « aspirations » des peuples selon la formule de René Cassin. Chaque jour ou presque, nous voyons des hommes condamnés et exécutés ; ils sont peut-être

coupables, mais jugés sans être entendus, et sans être défendus, ils meurent comme meurent des innocents. Ce qui a pu faire dire à Edgard Faure qui s'était vainement proposé comme avocat pour assurer la défense d'un ancien Premier ministre iranien : « Je pense qu'il y a quelque chose de plus grave encore que le désir de se débarrasser des règles du droit afin de pouvoir assouvir plus librement sa rancune. D'après certaines attitudes et déclarations, on peut apercevoir un phénomène relativement nouveau qui est peut-être plus fort que la haine des hommes : *la haine du droit*... A travers l'élimination des personnes, c'est le meurtre d'un ensemble d'idées que l'on tente de perpétrer, l'idée d'une règle juridique internationale qui serait valable pour tous, l'idée de la communauté internationale. »

Mais pour qu'un droit international soit un droit au plein sens du mot, et non un système de compromis et d'ententes arbitraires, il faut reconnaître une loi universelle de solidarité, un bien commun qui transcende les biens immanents aux cités particulières. Il faut aussi des règles inscrites dans des procédures pour que l'unité du genre humain, proclamé par Socrate, devenue grâce au progrès de la communication une réalité apparente, donne naissance au-delà des aspirations ou des appréhensions communes, à des règles de juste conduite effectivement respectées. Il est de fait que la Déclaration universelle de 1948, interprétée ou méconnue de la manière la plus contradictoire par ses signataires, et les *désaccords d'Helsinki* n'ont pas l'efficacité de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme* élaborée par le Conseil de l'Europe. Cette Convention proclame les mêmes droits, mais ces droits, et notamment les droits au procès équitable, à l'indépendance du tribunal, à l'assistance d'un avocat, déclarés par les articles 5 et 6, sont garantis par une Commission et une Cour dont les décisions obligent chaque Etat membre.

Ce système de droit est sans précédent dans l'histoire des institutions. Imaginons Antigone introduisant un recours contre Créon devant la ligue des Cités grecques ! Sans précédent puisque au lieu de mettre en œuvre l'un des attributs de la souveraineté, il précède la souveraineté. De sa jurisprudence, nous pouvons tirer des principes universalisables de l'Europe au genre humain. Ce qui contredit Hobbes, pour qui la vie du droit est toute contenue dans la juridiction de l'Etat sous le contrôle de la terreur inspirée par Léviathan; déné-

gation de l'existence d'un droit en dehors et au-dessus de l'Etat que son contemporain Grotius contredisait avec une vigueur égale vingt ans auparavant : « Il n'existe pas d'Etat assez fort pour pouvoir se passer toujours de l'existence d'autrui, soit pour le commerce, soit aussi pour se défendre contre les forces unies de plusieurs nations étrangères. Car pourquoi nous voyons que même les princes et les peuples les plus puissants ont toujours été désireux de réaliser des accords, qui n'auraient aucune valeur s'il était vrai que le droit termine aux frontières de l'Etat. La vérité est que, dès que nous nous éloignons du droit, tout devient incertain »³⁴. Ainsi il est un droit des gens si ce droit est voulu et respecté selon le principe *pacta sunt servanda*. C'est donc la thématique des droits formels, le contradictoire, qui cristallise ces droits typiquement humains comme leur nom l'indique, menacés d'évanouissement par l'inconsistance des opinions. Au consentement général des années 1960-1970, pour envoyer à un humanisme mort les « prétendus droits » du « soi-disant homme », aura succédé la reconnaissance prétorienne, à travers la procédure, de l'existence de droits antérieurs et supérieurs aux législations positives de l'Europe et renversant les bornes légales auxquelles ils se heurtent.

Certes les droits de la défense, volontiers magnifiés par ceux qui en assument la charge et l'honneur, ne sont pas le tout des droits de l'homme. Et la garantie des droits de l'homme laisse problématique la réalisation d'une société plus juste, plus égale, plus libre. La dignité des droits de la défense est donc instrumentale. Mais nous savons d'expérience qu'au cœur du plus modeste problème de procédure se trouve en jeu l'ensemble des droits fondamentaux. C'est le « formalisme pointilleux » qui garantit le droit de chacun. S'il n'y a pas de commensurabilité entre le Goulag et la nullité d'une procédure, il faut dire aussi que l'abolition de toute valeur de l'homme dans le Goulag est suspension de tout droit, de toute règle, de toute médiation juridique. Le Goulag est la démonstration expérimentale de l'idée hobbienne : « *homo homini lupi* ». *A contrario* le droit et, singulièrement, le contradictoire, en interposant entre l'homme et l'homme, l'homme et les hommes de l'Etat, une règle commune, abstraite, offrent à

34. *De la guerre et de la paix*, 1625.

l'homme les prolégomènes d'une reconnaissance de son semblable, reconnaissance encore formelle sans doute, mais qui garde l'homme, par le système de références et de valeurs partagées, de la dégradation bestiale et de la violence meurtrière décrite par les rescapés des Goulags.

LE DROIT D'AVOIR DES DROITS

L'objet de ce livre est de fonder sur le « retour du juridique » la rupture libérale avec le social-étatisme au pouvoir depuis un demi-siècle. Wittgenstein formule cette intention : *si je veux que la porte tourne, il faut que les gonds soient fixes*. C'est dire que le retrait de l'Etat et la *déflation* législative appellent « plus de droit ».

En voici quelques applications au droit d'être *responsable*, d'être *propriétaire*, de *contracter*, de *s'associer* et même d'être *puni*.

POUR UN INDIVIDUALISME RESPONSABLE

*Nous nous aimons un peu, c'est notre faiblesse à tous
Le prix que nous valons, qui le sait mieux que nous ?*

Ce qu'écrivait Corneille tout innocemment, qui l'aurait avoué il y a peu encore. L'homme ne s'aimait plus. Ne lui avait-on assez dit qu'il était une invention récente¹ dont l'archéologie des sciences humaines annonçait en même temps la fin prochaine². Une déchirure dans l'ordre des choses (Michel Foucault), un échangeur (Michel Serres), une machine désirante (Deleuze et Guattari), un invariant nu (Claude Lévi-Strauss) étaient les plus doux noms pour désigner cette habitude grammaticale (Nietzsche) : Je.

Le moi n'était pas seulement haïssable; il n'avait plus de place entre un nous et un rien. Ce décentrement était cohérent avec les fameuses humiliations de l'homme : l'humiliation biologique avec Darwin montrant l'homme comme le résultat d'une transformation

1. Freud, *Malaise dans la civilisation*, et Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra*.

2. Michel Foucault, *Les mots et les choses*, NRF, 1966, p. 398.

naturelle des espèces animales ; — l'humiliation sociologique avec Marx, pour qui l'homme est le produit des forces sociales de production qui sont les vrais sujets de l'histoire ; — l'humiliation psychologique avec Freud, lui révélant que sa conscience n'est ni principe ni juge, mais le symptôme de forces qui l'habitent et le conduisent sans qu'elle les soupçonne.

La conclusion de cette croisade contre l'ego absolu était tirée par Claude Lévi-Strauss : « *l'effacement du sujet* représente une nécessité d'ordre, pourrait-on dire, méthodologique »³.

L'irresponsable responsabilité de l'homme

Le droit n'allait pas être de reste. Le violateur lucide du pacte social que sanctionne le Code pénal de 1810, et qui doit répondre de tout dommage causé par sa faute par application de l'article 1382 du Code civil de 1804, et le contractant de l'article 1134 du même Code selon lequel les conventions font la loi des parties, est à son tour atteint par le soupçon. On soulève les dessous du Je, bon père de famille, entrepreneur, propriétaire, ou criminel.

Il n'est plus celui qui à la question : *qui a fait cela ?* répond : *c'est moi qui*, signe de cette *propriété* originelle et inaliénable de l'être-soi, être singulier, seul ontologiquement réel et seul pénalement responsable, qui faisait dire à Descartes : « C'est moi qui doute, qui conçoit, qui affirme, qui nie, qui veut, qui ne veut pas... » et à Sartre qu'il n'y a pas de différence entre l'être de l'homme et son être libre.

La criminologie se veut elle aussi science de l'homme, science de l'homme criminel et de la société criminogène ; c'est dire qu'elle démystifie le libre-arbitre et la responsabilité, ces institutions de ressentiment. Le crime n'est pas fait de l'homme, faute de l'homme, et dont il répond, fût-ce en s'excusant par « plus fort que soi ». Le passage à l'acte est un phénomène déductible de facteurs étiologiques, isolable par la voie de l'exorcisme scientifique, explicable comme un produit naturel ou social, et par conséquent *prévisible* et *réductible*. Si l'homme n'est plus le père et le responsable de ses actes, et si le libre-arbitre qui fondait l'impératif catégorique de la loi pénale n'est plus qu'une illusion métaphysique ou un postulat inutile, la *prévention* et le *traitement*

3. Claude Lévi-Strauss, *L'homme nu*, Plon, 1973, p. 561.

sont les maîtres-mots de ce qu'on nomme « la politique criminelle ».

Et de fait, si l'on pose encore aux jurés de la cour d'assises la question métaphysique : *l'accusé est-il coupable ?*, on pose d'abord aux experts en motifs la question problématique : *est-il curable ?* La transposition de la question pascalienne de la condition humaine en la question humienne de sa nature fait que lorsqu'un colloque prend l'homme pour sujet d'étude, il ne s'intitule plus : « *Qui est l'homme ?* » mais « *Qu'est-ce que l'homme ?* »

Cette inversion du *qui* en *que* se traduit dans le droit pénal par l'effacement du sujet responsable, réduit à un « lieu » où il se passe des choses biologiques, sociologiques ou psychologiques. La criminologie conclut à la possibilité d'un « diagnostic de dangerosité », d'un « pronostic de resocialisation », puis d'un « programme de traitements ». Cette approche clinique et utilitaire a d'ailleurs contaminé la réforme du Code pénal (1978) en substituant au concept de « *responsabilité* » celui de « *punissabilité* » — qui ne supporte plus aucun jugement de valeur sur le comportement individuel — et le remplacement du mot « *peine* » par celui sémantiquement neutre de « *sanction* » — neutralité qui est tout un engagement.

Mais tout le langage du droit est devenu collectif : procédures collectives, contrôle social, responsabilité des personnes morales, responsabilité du fait d'autrui, secteur associatif, intérêt indirect à la fraude, prélèvements sociaux, socialisation de l'enfant et resocialisation des délinquants... Le tribunal se nomme « formation de jugement », et le juge chargé de veiller à la bonne marche de la procédure siège dans un « atelier de mise en état ». Il y a autant de codes, éclatements du Code civil, que d'appartenances aux grands ensembles économiques et sociaux. Il n'y a que le Code pénal qui se cherche un nom, puisqu'il lui faut effacer le caractère afflictif et rétributif de la notion de peine, et mettre fin à ce paradoxe d'un Code pénal sans peines.

Lorsque est nié le pouvoir-vouloir de l'individu qui fait de la responsabilité — responsabilité antécédente à l'acte même qui le spécifie — le vrai *propre* de l'homme, le droit pénal s'organise, comme par en dessous, sur la notion exclusivement sociale de *dangerosité*. Ce qui importe désormais au juge de savoir de l'accusé, c'est *ce qu'il est* et non plus *ce qu'il a fait*; l'acte n'est plus que le symptôme d'un état dangereux, un indice particulièrement élevé de probabilité criminelle; la *déviance*

et non plus l'*infraction* mobilise ce qu'on nomme la *défense sociale*; la prévention des comportements est à l'ordre du jour. Qui parle encore de la rétribution des actes ? La justice renonce à être juste pour devenir savante. « La sanction n'aura donc pas pour but de punir un sujet de droit qui aura volontairement enfreint la loi, elle aura pour rôle de diminuer dans toute la mesure du possible — soit par l'élimination, soit par l'exclusion, soit par des restrictions diverses, soit encore par des mesures thérapeutiques — le risque de criminalité qui est présent dans l'individu en question », tel est le constat de Michel Foucault⁴.

Et c'est ainsi qu'acquièrent droit de cité dans le droit les concepts d'*imputabilité pénale sans liberté* et de *responsabilité civile sans faute*. On ne sait pas précisément si c'est l'anthropologie criminelle, pour qui le délinquant est un écart pathologique de l'humanité normale, qu'il faut traiter dans un de ces châteaux forts de la société civile, prison ou hôpital, dont l'objet est de corriger le comportement individuel qui a servi de modèle au nouveau droit de la responsabilité civile sans faute, ou si c'est l'évacuation progressive dans le droit civil de la notion d'imputabilité personnelle à chacun de ses actes intentionnels, et dont on doit mettre les conséquences dommageables *à son compte*, qui est à l'origine de la substitution de la notion de *risque* à celle de *faute*. C'est le risque qui est en effet désormais le différentiel significatif. Cette notion est comme l'« échangeur » entre le droit pénal et le droit civil; l'infraction de comportement et l'infraction de résultat sont déliées de toutes relations de causalité entre une faute et le dommage. Au pénal il ne s'agit pas pour autant de moins punir, mais de punir mieux, en mieux insérant le pouvoir de punir dans le corps social et au civil de mutualiser le risque. « L'antique notion de faute devient surannée écrivait Jossierand au début du siècle, et doit faire place à celle de risque créé. » Une loi vient d'être votée qui répond à cette attente : la collectivité des automobilistes supportera désormais la réparation des accidents dont sont victimes les piétons et les conducteurs de deux roues, fussent-ils provoqués par les victimes elles-mêmes. Ivrognes optimistes, cyclistes émules de Serge Lifar, fanatiques de jogging aveugle, contestataires des feux de signalisation, rebelles aux passages cloutés sont assurés d'une réparation totale; la justice n'aura plus à dépar-

4. *Déviance et Société*, Genève, 1981, vol. 5, n° 4, p. 403-422.

tager des fautes; l'assurance paiera. Le conducteur dépose ce que Musil nomme « le doux fardeau de la responsabilité » en échange de la sécurité. Mais dans le même temps s'étend la *notion de responsabilité pénale du fait d'autrui* : le droit du travail, le droit des affaires, le droit de l'environnement, le droit fiscal... qui constituent en réalité le droit pénal des infractions patronales⁵ font supporter sur le chef d'entreprise une présomption irréfragable de responsabilité pénale pour tous les dommages survenus. La peine est la contrepartie du profit. Dans ces domaines *l'individualisation de la peine* n'est pas à la mode; ce sont les théoriciens de la dépénalisation du droit qui sont les propagandistes des réactions vindicatoires que l'on proscriit dans d'autres domaines. La démoralisation du droit pénal est la rançon de cette socialisation du droit de la responsabilité.

Se distingue de moins en moins dans la trame des actes humains le fil d'or de l'individu que Platon identifie dans le mythe d'Er, qui est plus ou moins beau, qu'on peut filer plus ou moins bien, mais que nul ne peut filer pour nous.

Le retour de l'individu et du droit

Mais voici que, fin 1983, un éditorial de J.-F. Revel annonce la soudaine et improbable nouvelle, divine surprise : « *Le retour de l'individu* ». Ce mot oublié, maudit — ce nom que Kierkegaard voulait que l'on inscrivît sur sa tombe : « il fut l'Individu »⁶ —, revient dans les discours communs non pas seulement sous la forme extrême du libéralisme⁷, pervers du narcissisme⁸, ou crispé de la différence⁹, mais comme un mot d'ordre de liberté, associant la revendication du droit de s'accomplir à part avec la conscience du devoir de responsabilité; car il n'y a pas d'individualisme conséquent sans responsabilité; l'individualisme n'est pas solipsiste mais altruiste. *Moi d'abord !* ne veut pas dire *moi tout seul; chacun par soi*, mais non *chacun pour soi*.

5. Roger Merle, *L'évolution du droit pénal français contemporain*, Dalloz, 1977, XLII, p. 305.

6. *Œuvres complètes*, t. XVI, p. 94.

7. Henri Avron, *Les libéraux américains*, PUF, 1981.

8. S. Lipovetsky, *L'ère du vide. Essai sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, 1983.

9. Max Gallo, *La troisième alliance, pour un nouvel individualisme*, Fayard, 1984.

Alain Laurent¹⁰ a fait l'inventaire de cette attention nouvelle et passionnée qui met fin, avec la *Société ouverte* de Karl Popper et *Homo Aequalis* de Louis Dumont, à une longue période d'obscurantisme universitaire. Sortent du purgatoire F. A. Hayek, Raymond Aron et Emmanuel Levinas. Deux livres de jeunes auteurs donnent le ton : *Le peuple et son maître* de Jean-François Prévost¹¹, pour un coup d'Etat de l'individu, et *L'amour de la sagesse* d'Alain Finkielkraut¹², qui introduit à l'épiphanie levinassienne du visage et à son logos, qui est : « Tu ne tueras point. » Il est symptomatique que l'on réédite le *Discours de la servitude volontaire* d'Etienne de La Boétie et Jules Léquier; que Kant entre à la Pléiade et que les *Méditations* de Descartes soient en Livre de Poche. Et il est hautement significatif que Michel Foucault qui prédisait « la mort de l'homme » nous laisse comme testament : « *Le souci de soi* »¹³.

Le mot d'individualisme recouvre une pluralité de sens qui s'accompagnent de trop de connotations négatives pour qu'il ne soit nécessaire de distinguer par opposition à ce qu'on nomme « holisme », avec Louis Dumont¹⁴, les deux sens du mot « individu » :

- 1 / Le sujet *empirique* de la parole, de la pensée, de la volonté, échantillon indivisible de l'espèce humaine, tel que l'observateur le rencontre dans une société déterminée.
- 2 / L'être *moral*, indépendant, autonome et par suite essentiellement non social et qui est porteur des valeurs individuelles des quelques sociétés où l'individualisme a droit de cité.

Cette double distinction est indéniablement présente dans le christianisme et autour de lui au commencement de notre ère. La création de l'homme à l'image de Dieu dit à la fois la valeur infinie de l'individu et son égalité naturelle; se trouvent fondés ensemble l'individualisme absolu et l'universalisme absolu; puisque celui qui existe singulièrement et irremplaçablement devant Dieu (j'ai versé telle

10. Alain Laurent, *De l'individualisme. Enquête sur le retour de l'individu*, PUF, 1985.

11. PUF, 1983.

12. Gallimard, 1985.

13. Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, t. III : *Le souci de soi*, Gallimard, 1984.

14. Louis Dumont, *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Le Seuil, 1983, p. 83 et 69.

goutte de mon sang pour toi...) est en même temps l'égal de tous en présence de Dieu; en termes sociologiques, selon Marcel Mauss et Louis Dumont, le christianisme peut se formuler comme l'émancipation de l'individu par une transcendance personnelle, et l'union d'individus-hors-du-monde en une communauté qui marche sur la terre et chemine vers le ciel. Le ressourcement de cet individualisme est en opposition avec la réduction de l'Autre au Même qui définit assez bien la philosophie occidentale depuis Hegel et Heidegger, en son origine parméniennienne. *De nouveau l'éthique*, pourrait-on dire, ce rapport inépuisable avec l'excès du visage singulier. Dans l'éthique de la responsabilité, irremplaçable et insubstituable identité de soi à soi, le sujet atteint sa définition ultime.

Mais mon propos n'est pas de recenser les signes de l'ouverture de la société civile à la positivité morale de l'amour de soi — « aimer son prochain comme soi-même » —, mais de marquer que ce qui émerge et que je désigne comme *individualisme responsable* (comme Emmanuel Levinas a pu un jour définir sa philosophie comme un « individualisme éthique »)¹⁵, c'est-à-dire la reconnaissance de l'autre en tous et de l'universel en chacun, ne peut qu'être *institutionnel*¹⁶.

La liberté individuelle dépend de l'extériorité pleinement reconnue du droit par rapport au pouvoir, en même temps que du fondement en droit du pouvoir. C'est l'*Etat de droit*, où sont rendus visibles par les lois les repères de la liberté, assurés leur coexistence pacifique par une tolérance active et reconnue l'irréductible conscience de soi qui seule rend désirables et praticables les libertés garanties¹⁷. « La liberté se grave sur la pierre des Tables où s'inscrivent les lois », écrit Emmanuel Levinas, « elle existe que par cette incrustation d'une existence institutionnelle. La liberté tient par un texte écrit, destructible certes, mais durable, où, en dehors de l'homme, se conserve la liberté pour l'homme »¹⁸.

15. Transcendance et hauteur, in *Bulletin de la Société française de Philosophie*, 1962, p. 89 et 101, cité par Jacques Rolland, *La vérité nomade*, introduction à Emmanuel Levinas, Ed. La Découverte, 1984.

16. C'est d'ailleurs le titre de l'essai de François Bourricaud sur la sociologie de Talcott Parsons, *L'individualisme institutionnel*, PUF, 1977.

17. *Manifeste du Ciel*, présenté par Alain Ravennes en janvier 1978.

18. Emmanuel Levinas, *Totalité et infini*, La Haye, Nijhoff, 1961, p. 219.

L'espace où habite et vit l'homme, gouverneur de ses actes, juge de ses propres fins, c'est la petite plage d'ombre et de lumière que dessine et qu'enclôt le droit, *opus incertum* que tente d'ajuster le juriste. C'est par le droit institué et sanctionné que la liberté individuelle mord sur le réel, *s'exteriorise*. Le face à face de l'individu à l'autre dans le monde qu'ils habitent, la communauté de naissance qui est leur destin, ne saurait se dérober aux conditions du commerce des hommes. Pour que ce commerce ne soit pas un rapport de forces, et que se conserve cette conquête de l'individualisme : le droit de vivre sans penser qu'on est en société, il faut que s'interpose entre l'individu et son autre une règle — le droit. C'est le droit, ce que l'on doit, ce qu'on ne doit pas, tous et chacun, qui apprend à reconnaître l'autre comme semblable; sujet de droit lui aussi; cette médiation instituée et sanctionnée entre l'éthique et la politique, par des règles abstraites, impersonnelles, par conséquent égales pour tous, qui définit le droit, est aussi propédeutique de la reconnaissance de *l'impératif d'autrui*. L'univers concentrationnaire nous montre expérimentalement que le dépérissement du droit entraîne le dépérissement de l'humanité de l'homme.

Mais toute loi n'est pas droit. Le droit de l'ordre juste est celui qui se lit dans la nature des hommes, l'ordre spontané des choses, et les institutions que le temps a éprouvées et sélectionnées, et qui, par les lois générales et abstraites, délimite les sphères de compétence à l'intérieur desquelles chacun peut exercer ses prérogatives, sans porter atteinte à autrui; et non le projet de faire des lois selon un plan préconçu et une finalité rationnelle, pour conserver la tutelle de l'Etat sur la société civile ou la changer par une prolifération de règles tatillonnes et impératives. Le droit pas plus que le langage n'est le fait d'un dessein volontaire; et ce qui est construit selon un objectif dogmatique peut être législation — cette « invention humaine la plus lourde de conséquences »¹⁹ — mais n'est du droit que s'il s'applique à des cas nouveaux un rapport juste qui s'impose au législateur comme émergeant du processus judiciaire d'ajustement auquel procède chaque jour le juriste dans sa tâche quotidienne de distinguer le juste et l'injuste.

Ce qui est encore opposer la société bloquée décrite par Michel Crozier et la société ouverte proposée par Karl Popper.

19. Hayeck, *Droit, législation et liberté*, t. I, PUF, p. 87.

D'où l'importance cardinale du *juge* dans l'ordre politique d'un peuple libre; c'est au juge de délimiter « les frontières des domaines de libertés en posant les règles qui permettent à chacun de savoir où il est maître de ses actes »²⁰; c'est la notion que les « bonnes clôtures font les bons voisins » qui doit assurer la distinction du *mien*, du *tien* et du *sien* et celle que « charbonnier est maître chez soi » qui articule la relation du *Je*, du *Tu* et du *Il*, ce ternaire transcendantal dont les conditions *a priori* sont : un formalisme radical, des procédures instituées, des sanctions appliquées.

« *Plus de droit* » pour que « *moins d'Etat* »

Mais il s'en faut de beaucoup pour qu'en France l'autorégulation de la société civile soit assurée par le système juridique. La France vit encore très largement dans un modèle de régulation étatique. Le *besoin* de protection, l'assurance de sécurité est besoin de Pouvoir, ce que Legendre nomme « l'amour du censeur ». Il manque aux Français une certaine idée du droit. Les recherches d'un nouveau mode de relations entre l'Etat et la société civile, thème central du débat politique actuel, sorte de révolution culturelle sans doute irréversible, sont principalement économiques et idéologiques; elles ignorent ou négligent la dimension juridique qui, seule, peut donner à la société civile ses propres instruments de régulation; le libéralisme est économique; il n'est pas institutionnel. Tocqueville, revisité par Laurent Cohen-Tanugi²¹, nous montre au contraire aux Etats-Unis un système juridique avancé, le plus avancé du monde, dans lequel sont immergés la société et l'Etat. Au lieu que le droit soit comme en France médiatisé par l'Etat, principal producteur du droit, le droit aux Etats-Unis englobe et dépasse l'Etat; le droit ne s'identifie pas à l'Etat, tant à raison du pluralisme fédéral des sources du droit que de l'importance décisive des *lawyers* dans la microrégulation de la société, ce « sur mesure, dont le lawyer est le maître-tailleur » écrit notre auteur. Et que la société américaine est contractuelle, alors que la société française, par le Contrat social, a délégué à l'Etat la rédaction et l'interprétation des clauses du contrat, d'où l'importance de nos *énarques*.

20. Hayeck, *Droit, législation et liberté*, t. I, p. 124.

21. *Le Droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985.

Mais des signes nombreux de la révolution culturelle que constitue ce besoin nouveau d'autonomie et de prérogatives se constatent : avec le retour célébré aujourd'hui de l'individu, le développement de la vie associative, la restauration des libertés locales par la décentralisation, les débuts de la libéralisation de l'audiovisuel, la reconnaissance du droit de requête individuelle devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, les recours systématiques au contrôle de la constitutionnalité des lois, la pénétration progressive du droit communautaire dans le droit français malgré l'opposition gallicane des juridictions administratives sont autant de transferts de compétence de l'Etat à la société civile qui vont dans le sens de son autorégulation. Mais le mouvement vers « moins d'Etat » ne s'accompagne pas de sa condition d'efficacité : « plus de droit », afin d'institutionnaliser la dissémination du pouvoir et la communication horizontale.

Il y a carence en France, s'il y a aux Etats-Unis excès de *pouvoir juridique*. Ce n'est pas le « reaganisme », c'est le juridisme qui doit servir de modèle à un mode alternatif de régulation restaurant la *souveraineté absolue de l'individu*. Il est significatif d'ailleurs de la subordination du juridique au politique dans notre pays que l'expression française pour désigner *the rule of law* soit *l'Etat de droit* comme si l'Etat tutélaire était la médiation nécessaire du droit dans la conception française. Ainsi que l'observe Michel Foucault : « Depuis le Moyen Age, dans les sociétés occidentales, l'exercice du pouvoir se formule toujours dans le droit »²². Ainsi tout ce qui n'est pas expressément permis est présumé interdit en France, sous l'influence de la *socialisation du droit* qui érode le concept *d'autonomie de la volonté*, alors qu'aux Etats-Unis tout ce qui n'est pas expressément prohibé est permis. C'est ainsi également que le droit jurisprudentiel anglo-saxon façonne des principes généraux à partir et au travers de cas particuliers, et que la planification législative et réglementaire française fixe des règles de gestion de plus en plus nombreuses et précises jusqu'à descendre aux particuliers. D'où les effets de rejet ou d'évitement qui contribuent au *déclin du droit* par overdose.

Comment ne pas constater — effet de la surdétermination du politique — combien le recours au droit est apprécié négativement ; le

22. *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 111.

thème du « gouvernement des juges », héritage sans bénéfice d'inventaire du rousseauisme, est l'un des poncifs de la classe politique, alors que l'exemple de la Cour suprême des Etats-Unis nous montre l'empire qu'exercent neuf hommes en noir; le mot de « contentieux » est un gros mot dans les milieux d'affaires ou l'administration; le droit civil, le droit de la société civile, est ressenti comme celui des « intérêts particuliers », présumés contraires à l'intérêt public, alors que le droit public, soumis à ses propres tribunaux et à ses propres règles, est légitimé par le « service public »; c'est ainsi que toute poursuite étatique est identifiée à la poursuite de l'intérêt général, et que tout recours individuel est ressenti péjorativement, à la limite de la pathologie sociale. Le sous-développement juridique des Français tient sans doute à l'intériorisation de la distinction du public et du privé : le bien est du côté de l'Etat, l'opprobe est du côté du citoyen.

La transition d'une société verticale où tout vient de l'Etat et revient à l'Etat à une société horizontale, plurielle, contradictoire, conflictuelle même, passe par la restauration du pouvoir judiciaire, le renforcement de la séparation des pouvoirs, la réhabilitation de la règle de droit (et la déréglementation) où la fonction préventive du juriste sera reconnue comme une véritable mission de service public. Valéry voyait dans le droit « l'intermède des forces ». Le mot est ambigu. Le sens que nous lui donnerons importe peut-être plus que le taux des prélèvements obligatoires pour que le retour de l'individu soit celui de la modernité.

Le criminel est la cause du crime, ou le libre-arbitre retrouvé

Revenons à notre propos d'origine : les doctrines de défense sociale et les criminologies nous proposent certes un regard plus savant sur l'homme criminel, mais leur limite inaperçue est de laisser croire que ce regard pourrait un jour découvrir la causalité complète du Moi criminel, la formule du passage à l'acte et la pharmacopée spécifique du crime. Si l'homme était effectivement l'effet de son milieu, le produit de son conditionnement ou la victime de ses pulsions, il ne serait plus responsable; il serait un « possédé ». Nous serions loin du « me voici biblique », du « fiat » marial, ou du « c'est moi qui » cartésien. Mais si l'imputation du moi dans ses actes justifie toujours l'inculpa-

tion du fauteur imputable d'un acte injuste et dommageable à autrui — pour définir l'infraction — c'est que la liberté responsable demeure comme un fait d'expérience qui s'éprouve sans preuve; la liberté n'est pas un fait parmi d'autres, mais un *ineffable* qui est rebelle à la compréhension scientifique et que par hypothèse la rationalité clinique ne rencontre jamais; mais sans cet *inexpliqué* l'homme serait inintelligible.

L'acte criminel n'est jamais la reproduction d'un modèle épistémologique; les tendances à l'acte ne font pas la fatalité de l'acte; les corrélations somato-psychiques ou psychosociales éclairent parfois le *comment* d'un acte, jamais le *pourquoi*; les événements d'une vie ne font pas un destin criminel. Le Je n'est pas réductible au dessous du Je.

Jusqu'à l'instant de la décision, la possibilité de « ne pas » demeure. Et l'éventualité d'une arrestation, la probabilité d'une condamnation, la certitude de l'exécution de la peine sont d'ailleurs au nombre des chiffres qui entrent dans le calcul de la décision; la rationalité limitée qui accompagne le choix compte au moins autant que les déterminations criminelles. Et si le « jeu n'en vaut pas la chandelle », le passage à l'acte a bien des raisons d'être suspendu. La seule politique contre le crime qui n'ait pas été tentée, c'est celle qui restituerait au violateur lucide de la loi pénale ou civile sa raison et sa liberté, et qui reconnaîtrait que l'homme est un acteur, qui élabore des stratégies, poursuit des fins personnelles, prend des décisions, compte tenu des risques, des opportunités et des résultats, et que c'est l'honorer que de le condamner comme auteur de ses actes. Car nos actes ne sont pas *malgré nous, sans nous ou hors de nous*, mais *en nous* dans le moment insondable où ils sont décidés. Affirmer à nouveau la responsabilité de l'être-soi; c'est redécouvrir que la cause du crime ce pourrait-être le criminel lui-même. Et que dans l'acte se trouve la mesure de la justice pénale, mesure introuvable quand elle veut s'approprier à la personnalité de l'auteur par l'individualisation et le traitement, impressionnisme judiciaire que ne guide aucune science. « C'est en effet dans l'acte que se trouve la frontière séparant le criminel du non-criminel. C'est aussi dans la gravité de l'acte que se trouve la frontière séparant "l'inadaptation réparable" (à laquelle doit s'appliquer une simple mesure de "traitement") de la violence inadmissible, appelant une peine résolument dissuasive aux yeux de tous. C'est enfin dans la répétition de l'acte que se trouve la frontière séparant le délinquant occasionnel (dont la réin-

sersion peut être tenue pour probable) du délinquant d'habitude, sorte de professionnel ne méritant pas l'indulgence »²³.

C'est par la faille ouverte au cœur de l'homme par le crime, rupture dramatique du lien à autrui et révélation jusque dans sa négation de la nature relationnelle de l'homme (l'être « selon soi » (Montaigne) est aussi être par-pour-et-avec les autres), que peut être reconnue et accueillie la dimension de transcendance impliquée dans le verbe répondre — choix vertical de l'être-soi. C'est en quoi le droit est médiation entre l'individu et l'éthique; et la responsabilité individuelle est la forme absolue de la rationalité appliquée à l'individu relationnel. Elle est la déduction du postulat du libre-arbitre individuel qui seul fonde *l'impératif catégorique de la loi pénale*. Rationaliser le rapport de la peine ou de la réparation à l'acte fautif, c'est rétablir un nouvel espace de constantes relationnelles, où l'être-soi, et non un autre, franchit la faille qui sépare en chacun de nous le bon et le mauvais larron. Sous le nom de responsabilité, l'autre nom de l'homme, c'est alors l'individu que nous rencontrons, dans son humble orgueil d'être-soi.

LE MIEN, LE TIEN ET LE SIEN

« Le droit, la liberté et la propriété sont une trinité indissociable. Il ne peut y avoir de droit, au sens de règles universelles de conduite, qui ne définisse les frontières des domaines de liberté en posant les règles qui permettent à chacun de savoir où il est maître de ses actes. »

Friedricke A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*.

« L'homme se tient dans le monde comme venu vers lui à partir d'un domaine privé, d'un chez soi, où il peut à tout moment se retirer. »

Emmanuel LEVINAS, *Totalité et infini*.

Le droit de propriété illustre très exactement notre thèse de l'antériorité ontologique du droit sur les lois qui l'instituent. Le droit de propriété est un droit propre à l'homme, comme sa vie et ses libertés. Il est cette aire d'action protégée qui lui permet d'être propriétaire

23. J.-C. Soyer, *La justice en perdition*, Plon, 1982, p. 212; et Jacques Toubon, *Pour en finir avec la peur*, Laffont, 1984.

de lui-même²⁴. Aussi le même mot désigne « ce qui est propre » à chacun et les biens qu'il possède, ses propriétés, produit de son activité. C'est qu'en effet l'homme ne peut satisfaire ses fins, qu'il est le seul à connaître et à comprendre, que s'il est libre d'utiliser sa personnalité et sa propriété. Cette dernière est une conséquence de la nature humaine. C'est pourquoi la Déclaration qui proclame que « le but de toute association est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » que sont « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » est *déclarative*. Elle n'est pas constitutive des droits qui sont antérieurs à leur proclamation. Relevons que si « l'association politique » a pour but de « conserver » les droits naturels de l'homme, cela suppose qu'un ordre social spontané existe déjà, que les droits sont antérieurs au gouvernement qui les institue; s'ils sont « imprescriptibles », le gouvernement ne peut aller contre ce qui les fonde; le droit est un obstacle à ses empiétements. La sociabilité est originelle. Cette théorie du sujet de droit antérieur à la loi n'est d'ailleurs pas nouvelle; pour Bossuet « la propriété des biens est légitime et inviolable » — inviolable... le mot est celui-là même qu'emploie l'article 17 de la Déclaration qui ajoute à la définition de l'orateur « et sacrée ». Et si elle est sacrée pour les Constituants, c'est parce qu'elle est le fondement même de la famille. Sans doute la Déclaration de 1789 ne mentionne-t-elle pas la famille; d'où le contresens ordinaire sur l'individualisme libéral; exaltation de l'homme et de sa raison, fondement et fin de la société, l'individualisme n'isole pas pour autant l'homme face à ses semblables. « Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux », selon la Déclaration des Droits et des Devoirs de la Constitution de l'An III.

La codification des règles de propriété qui découlent de ce droit à la propriété, la dévolution des modes d'attribution, de possession, d'usage, de cessibilité et de transmission de ces règles selon les figures innombrables que rend possible le principe inséparable de la *liberté contractuelle*, la régulation des modes de résolution des conflits entre les

24. Georges Dumézil donne du mot *jus* une définition qui latcise la racine indo-européenne qui devait signifier « plénitude du bien-être souhaitée par les hommes » : « l'aire d'action ou de prétention maxima résultant de la définition naturelle ou du statut conventionnel d'un individu ou d'un groupe »; ce sont les questions de propriété qui sont dès l'origine la matière normale du *jus*, Gallimard, 1969.

droits des uns et des autres se déduisent de l'exigence naturelle de l'homme à distinguer le *mien du tien*, et à revendiquer l'usage exclusif de choses qu'il considère comme *siennes*. Le rapport trine qui caractérise la relation humaine, telle qu'Emmanuel Levinas, complétant Martin Buber, l'a montré, en ajoutant à la relation duelle du JE au TU, le rapport au IL sans lequel il n'y a pas de société, doit être complété par le rapport du *mien au tien* et au *sien* qui reproduit dans le monde des choses la dimension relationnelle de l'homme. C'est dire que les droits de propriété sont moins des relations entre les hommes et les *choses* — cette trilogie classique, user, jouir et disposer librement des choses que l'on possède, empruntée prétendument au droit romain (*usus, fructus et abusus*) — que des relations codifiées entre les hommes, et qui ont rapport avec des choses. Ce sont en effet, dans la conception occidentale, des *personnes* qui sont investies de la qualité et des prérogatives de la propriété; ce qui s'oppose à la conception fonctionnaliste de la société socialiste pour laquelle les droits dont disposent les hommes sur les choses sont concédés par la collectivité qui seule a les attributs de la société. Cette *dépropriation* organise les rapports des hommes et des choses comme procédant du groupe et revenant au groupe, détenteur premier du droit de propriété; ce qui renoue, d'une certaine façon, avec la conception féodale de la propriété, alors que notre droit fondamental est que la propriété est l'extension naturelle de la personne, sa projection et son prolongement dans les choses; ce qui fait de l'homme la source du droit et de ses relations aux biens des relations entre des personnes.

La définition sans équivoque de la propriété comme un droit de nature personnelle et absolue, antérieure au pouvoir et détachée de lui, opposable aux autres, et qui comporte comme élément constitutif la pleine aliénabilité, cessibilité et transmissibilité, a été donnée par la Constituante, après l'abolition du 4 août 1789 des dernières séquelles de la propriété féodale, par l'adoption de l'article 17 de la Déclaration²⁵. Elle a été réaffirmée et précisée en 1804 dans l'article 544 du Code civil, auguste verset qui consacre une révolution opérée au nom du droit de propriété. « Nous sommes ici même au moment

25. Henri Lepage en a fait l'histoire, *Pourquoi la propriété?*, Hachette-Pluriel, 1985.

copernicien de l'histoire de la science du droit, à la frontière de deux mondes... », écrit Michel Villey²⁶, décrivant l'émergence, à l'occasion de la querelle des franciscains et de Jean XXII sur le *dominium* des hommes sur les choses, du concept de propriété, droit subjectif et naturel. C'est au vocabulaire de majesté de Bossuet que les Constituants empruntent leur déclaration : « La propriété étant un droit inviolable et sacré », pour garantir une protection la plus solennelle : « Nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constituée, l'exige évidemment... » Pour comprendre le triomphalisme de cette proclamation, couronnement d'un long processus d'élaboration, rappelons ce propos dans l'enceinte de la Convention : « Aucun patriote ne sera sans propriété », ou cet autre, de Mercier de La Rivière : « La propriété est la mesure de la liberté » ; ou encore de l'abbé Maury : « Vous voulez être libres, or, sans propriété, point de liberté »²⁷.

L'article 544 accorde à la propriété la même garantie : « *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue* », réservant, il est vrai, les attributs de l'*imperium* en exigeant le respect des interdits légaux : « pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements », mais cette limite ne concerne que l'usage qui sera fait du droit par son titulaire. A l'échelle de majesté, les rédacteurs du Code civil ont ajouté, unique et significatif travers de style, un parfait pléonasme : « *la plus absolue* », pour définir le contenu absolutiste du droit de propriété, en accouplant en effet un superlatif « le plus » à un qualificatif « absolu » qui ne comporte pas de degrés²⁸. On ne peut mieux exprimer à quel besoin de l'âme humaine répond la reconnaissance solennelle du droit de faire *sienne* une chose ; il s'exprime dans toutes les langues, et dans les premiers mots de l'enfant lui-même, et se dit en latin : *haec mea res*, cette chose est à moi. Et cette propriété est plus qu'un objet ; elle est un pouvoir, une faculté, une capacité personnelle. L'encyclique de Jean XXII — *quia vir reprobus* —, publiée en 1329, l'annonce : le droit est droit du sujet. La liberté est une propriété et la propriété une liberté.

26. Michel Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969 ; *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, 1975 ; *Le Droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983.

27. Cité par Henri Lepage, *Pourquoi la propriété*, Hachette-Pluriel, 1985.

28. Jacques de Lanversin, *La propriété, une nouvelle règle du jeu*, PUF, 1975.

D'Occam à Locke la filiation est assurée par Grotius qui fait découler le premier des devoirs moraux, la *sociabilité*, de la loi naturelle, et de la sociabilité, fait la source du droit : « Qui se réduit en général à ceci : qu'il faut s'abstenir religieusement de ce qui appartient à autrui, lui restituer ce qui lui appartient, ou le profit qu'on en a tiré; l'obligation de remplir ses promesses, la réparation des dommages causés par sa faute »²⁹. Le droit de propriété est pour la première fois énoncé, dans ces quelques lignes qui ne nous étonnent plus, mais qui cependant marquent le début du droit moderne et la rupture avec le droit naturel classique, comme un *droit subjectif*.

Les trois règles dominantes du Code civil sont implicites dans ce texte : le droit de propriété absolu (art. 544), la règle d'or de la liberté des contrats (art. 1134), et le principe de la responsabilité pour toute faute de l'homme (art. 1382). Un pas de plus et la propriété devient le fondement et le garant de la liberté individuelle. C'est, écrit Locke, au *Deuxième traité du gouvernement civil* (1690), parce que l'homme « est son propre maître et le propriétaire de sa personne », qu'il porte en lui-même « la justification principale de la propriété ». De ce que chacun est « naturellement » propriétaire de sa personne, il en découle « naturellement » que chacun est propriétaire des fruits de son travail et de tout ce à quoi il a mêlé son travail. « La propriété n'est que l'appropriation devenue un droit par le travail », écrira Frédéric Bastiat en 1848 en reprenant cette thèse de l'antériorité de la Propriété sur la Loi qui n'a pour objet que de la garantir³⁰. Du droit naturel à la propriété Locke tire ainsi le principe de l'Etat libéral qui doit préserver, protéger, assurer les droits naturels et légitimes des citoyens — c'est le *Contrat social* — sans se substituer à ceux-ci. De l'*habeas corpus* se déduisent donc la société civile et l'Etat constitutionnel. Droit pour le citoyen, la propriété est un devoir pour les gouvernants : devoir d'assurer l'identification des titres de propriété par le cadastre et l'enregistrement, devoir de garantir la liberté de céder, temporairement, la totalité ou partie des prérogatives attachées à la possession légitime, protection par le juge de ce qu'on appelle « la loi des parties »,

29. Grotius, *De jure belli ac paci*, 1625.

30. 15 mai 1848, *Journal des Economistes*, réédité par l'Institut économique de Paris, 1983, préface de Florin Aftalion.

le juge ne pouvant se substituer aux parties signataires pour décider de l'application du contrat en cas de conflit. La révolution juridique, que Michel Villey voit émerger avec le droit subjectif, est ainsi inséparable, comme le note Henri Lepage, de l'avènement de la *liberté contractuelle*, sans laquelle n'aurait pas pu sans doute se produire le processus de dématérialisation de la propriété. Les articles 544 et 1134 du Code civil qui affirment le double principe fondamental de la liberté de la propriété et de la liberté des contrats sont solidaires. Ce n'est donc pas seulement l'évidente efficacité de la propriété privée (la géographie du développement et de la prospérité économique est presque exactement celle où les droits de l'homme, la propriété et le marché sont au fondement de l'ordre social) qui la justifie; c'est aussi qu'elle est un instrument d'éducation, une institution essentielle pour rendre les hommes responsables, une condition du civisme; la propriété suppose en effet, pour fonctionner, l'existence d'être libres, indépendants et responsables.

En retour la propriété donne son existence à la liberté. Hegel, dans sa *Philosophie du droit*, montre que le savoir de la liberté est en soi « abstrait et vide », et la personne, envisagée sous l'aspect de la conscience, n'est encore que la personnalité subjective. Pour devenir objective, c'est-à-dire pour s'affirmer dans l'existence concrète, il faut que la personne se donne « une sphère extérieure de la liberté », qu'elle trouve dans une chose extérieure sa détermination et son contenu. Il y a dans l'appropriation la satisfaction d'un besoin qui se justifie par son utilité ou sa nécessité; mais l'appropriation ne constitue un droit que lorsqu'on l'envisage du côté de la personne, lorsque la volonté est présente dans la chose par la marque qu'elle y imprime. Hegel note d'ailleurs que cette identification de la liberté de la personne et de la liberté de la propriété est relativement récente : « Il y a environ un millier et demi d'années que la liberté de la personne a commencé à s'affirmer grâce au christianisme et à devenir un principe universel pour une faible partie de l'humanité. Mais ce n'est que depuis hier, peut-on dire, que la liberté de la propriété a été reconnue comme principe »³¹.

31. G. W. F. Hegel, *Principes de la Philosophie du droit et du droit naturel*, trad. et note de Robert Derathé, Vrin, 1975, § 62.

Napoléon, qui n'en était pas un sectateur, avait lui aussi exprimé à sa manière au cours de la discussion sur la rédaction de l'article 544 que la propriété est un droit de l'homme, complètement indispensable au droit à la liberté : « La propriété, l'inviolabilité dans la personne de celui qui la possède, moi-même, avec les nombreuses armées qui sont à ma disposition, je ne pourrais m'emparer d'un champ, car violer le droit de propriété d'un seul c'est le violer dans tous »³². On retrouve la même référence à ce que la propriété d'un homme est son château dans le discours célèbre de William Pitt devant le Parlement anglais; en 1763 un projet de loi fiscale aurait permis à des agents du fisc de pénétrer chez des producteurs domestiques de cidre afin d'y percevoir une taxe, *le cider tax*; William Pitt lui opposa que le roi d'Angleterre, avec toute sa puissance, ne pouvait pénétrer dans la demeure d'un particulier : « Dans sa chaumière, l'homme le plus pauvre peut défier toutes les forces de la Couronne. Sa chaumière peut bien être frêle, son toit branlant, le vent souffler au travers elle, la tempête, la pluie y pénétrer, mais le roi d'Angleterre ne le peut pas, sa puissance n'oserait franchir le seuil de cette maison en ruines ! »

Cette légitimité éthique de la propriété fait actuellement l'objet d'une redécouverte active de la philosophie politique nord-américaine : Arthur Shenfields, Richard Posner et Murray Rothbard³³ reconnaissent au droit de propriété qui, selon leur analyse économique, se révèle le système le plus efficace pour résoudre le problème de survie que le caractère fini des ressources impose aux hommes, de correspondre aussi à la nature de l'homme; d'être comme l'écrivait Frédéric Bastiat : « Une conséquence nécessaire de la constitution de l'homme. » De la « propriété » de l'homme sur sa personne, de sa « maîtrise », déduction de son libre-arbitre, on passe naturellement à la relation de propriété qu'instaurent et justifient l'acte créatif et le travail productif. Du droit naturel à la liberté découle l'ensemble des droits individuels qui sont les conditions concrètes au droit de chacun de s'auto-organiser et des domaines dans lesquels chacun peut être réellement « maître de soi » : liberté du travail, liberté des

32. Locré, t. 4, p. 235.

33. Henri Lepage, *op. cit.*, p. 353 à 412.

contrats, liberté du commerce, liberté d'expression, liberté des prix, liberté de circuler, liberté de la justice, liberté de la défense... la propriété, le contrat et le testament sont des libertés civiles. Toutes les libertés sont nécessaires pour qu'il y ait une liberté.

Il est saisissant de lire en contrepoint les précurseurs du rousseauisme social, Mably ou Morelly, et de constater que pour les socialistes d'aujourd'hui, tel que Jacques Julliard faisant le bilan de la législation socialiste finissante, les conséquences sont « *immuables* » : « Travail obligatoire, et militairement réglementé, suppression des échanges monétaires, monopole étatique du commerce, régime privé de l'internat, surveillance des mœurs, uniformité du continu, gouvernement gérontocratique, gratuité des services médicaux, sociaux et éducatifs, éducation des enfants, systèmes pénitentieux moralisateurs, rééducatifs et impitoyables »³⁴.

La propriété « fonction sociale »

Si le projet de société libérale a effectivement institué la propriété comme un *droit* en 1789 et si le Code de Napoléon l'a codifié en 1804, face à lui, dès 1792, se dresse avec le *jacobinisme* l'idéologie qui va subvertir la propriété. C'est sa logique que Babœuf mettra à jour et que Marx théoriserà. Si les jacobins furent incapables de gouverner le pays dont ils furent maîtres, par la Terreur, pendant sept ans, ils ont laissé en héritage cet apport idéologique dont l'objet sera d'assigner avec succès aux acteurs de « la seule doctrine qui soit à l'honneur de la personne humaine », comme l'écrit F.-P. Bénéoit³⁵, parce que, méthodologiquement et politiquement, l'individu pour elle constitue la justification de la société et de qui résultent les libertés et le bien-être des sociétés libérales, le rôle de défenseurs honteux d'une doctrine méconnue — méconnaissance dont la raison est sans doute fort simple : jusqu'à une date récente le libéralisme a été l'idéologie la moins étudiée; et les libéraux ont souvent cru n'être que ce que les adversaires prétendent qu'ils sont, les tenants d'une doctrine économique qui se réduit à une maxime, détournée de son

34. *La faute à Rousseau*, Le Seuil, 1985, p. 57.

35. *La Démocratie libérale*, PUF, 1978.

sens exact et de sa portée réelle : « laissez faire et laissez passer » à laquelle on ajoute implicitement « n'importe quoi et n'importe comment ». Le déclin de la conception libérale du droit et de la propriété (avec d'ailleurs la décadence du contrat et de la responsabilité, concepts qui lui sont intimement associés) qui se constate aujourd'hui dans les institutions et le discours dominant (signe : la Déclaration universelle des Droits de l'Homme adoptée le 10 décembre 1948 proclame le droit de chacun à la propriété et non plus le droit *de* propriété) s'engrène sur l'inachèvement du libéralisme. L'utilitarisme, le constructivisme, le positivisme, l'étatisme s'engouffreront dans la brèche ouverte par les libéraux eux-mêmes en laissant s'effacer des esprits la doctrine du droit naturel classique et la dimension de transcendence de l'homme, d'où l'idée émerge que les hommes ont des droits et des devoirs, au profit d'une idéologie des besoins subjectifs sanctifiés.

C'est au moment où elle se subvertit idéologiquement que l'entreprise d'émancipation de l'homme doit être reprise, nous propose Pierre Lemieux³⁶. Cette subversion idéologique étend son ombre — même quand nous nous en défendons, même quand nous n'avons pas conscience — sur nos conceptions de la propriété. Elle est *jacobine*. Sur la propriété comme sur la liberté, le gouvernement, l'égalité, Robespierre et Saint-Just posent le principe d'un « nouvel ordre des choses » radicalement différent de la pensée libérale de 1789. C'est ainsi que, si le principe de la propriété est conservé, c'est en l'analysant comme « institution sociale »; c'est-à-dire que la propriété, droit naturel, devient une délégation de la loi; seul l'Etat peut légitimer la propriété. D'où sa définition logique par Robespierre : « La propriété est le droit qu'a chaque citoyen de jouir et de disposer de *la portion des biens qui lui est garantie par la loi* »³⁷. Cette formulation sera reprise mot à mot dans le premier projet de Constitution de 1946 à l'initiative des communistes. La suprématie du collectif est ainsi affirmée; la primauté de « l'intérêt public » sans cesse réaffirmée par Saint-Just conduit à la suppression des libertés individuelles au profit de la liberté publique; l'individu est placé « sous le joug de la

36. Pierre Lemieux, *Du libéralisme à l'anarcho-capitalisme*, PUF, 1983.

37. Devant le Club des Jacobins le 21 avril 1793.

liberté publique »; il faut donc que chacun « agisse et parle dans le sens et dans le cercle de l'ordre établi »; pour cela il faut « un gouvernement vigoureux » et des « lois » qui organisent la société et réforment l'homme; c'est la pensée en acte de Rousseau : « Celui qui ose entreprendre d'instituer un peuple doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine; de transformer chaque individu qui, par lui-même, est un tout parfait et solitaire, en partie d'un plus grand tout dont cet individu reçoive en quelque sorte sa vie et son être... »³⁸; s'il le faut par la Terreur — « la Terreur, écrit Robespierre, n'est autre chose que la justice prompte, sévère, inflexible; elle est donc une émanation de la vertu ». Tout commence par le refus que l'individu ait des « droits » antérieurs ou supérieurs à ceux que lui concède la loi; de là découle l'opposition des libertés dites formelles, parce qu'elles sont des libertés négatives, aux libertés-créances qui sont redistribuées par l'Etat.

Dans cette conception le droit de propriété cesse d'être un attribut individuel ancré dans l'essence de la personne humaine pour devenir une simple prérogative de la puissance publique; une « fonction sociale », dira Léon Duguit en 1905; l'idée cheminait déjà depuis Robespierre quand Chateaubriand à la fin des *Mémoires d'outre-tombe* la dénonce : « Las de la propriété particulière, voulez-vous faire du gouvernement un propriétaire unique, distribuant à la communauté devenue mendicante une part mesurée sur le mérite de chacun ? Qui jugera des mérites ? » Ce qui implique que le droit de propriété ne soit plus que concédé et délégué par la collectivité, détentrice réelle de la propriété; il est donc par conséquent révocable. C'est bien ce qu'exprime la loi du 7 janvier 1983; le nouveau Code de l'Urbanisme commence en effet par la disposition suivante : « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation. Chaque collectivité en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. » Ce texte peut être rapporté à la définition du régime de la propriété selon l'article 3 de la loi foncière soviétique du 14 décembre 1968 : « Aux termes de la Constitution de l'URSS la terre appartient à l'Etat, c'est-à-dire à la nation. La terre est la propriété exclusive de l'Etat et ne peut être donnée qu'en jouissance. » Zinoviev a montré que l'effet

38. *Du Contrat social*, liv. II, chap. VII.

pervers inévitable du « communautarisme » est de libérer de toute entrave la loi universelle du maximum d'avantages pour le moindre effort; tout accroissement de valeur apporté par son labeur revenant à la propriété collective, cette loi joue à la baisse des efforts; « les travailleurs perçoivent ce que possède la collectivité comme quelque chose de naturel qui leur est totalement indifférent. Peu leur importe de savoir qui possède quoi. La relation envers ce qu'elle possède s'exprime dans le je-m'en-fichisme, le vol, le gaspillage, la négligence et l'incurie. Elle change brusquement lorsque les mêmes objets deviennent leur propriété. La façon dont vous exploitez et conservez ce qui vous appartient et ce qui est à l'Etat n'est pas la même. La durée de vie des choses, nettement différente selon les cas, en fournit la preuve »³⁹. Expérience dont Aristote avait déjà fait le constat : « Rien n'inspire moins d'intérêt qu'une chose dont la possession est commune à plusieurs personnes; on s'occupe beaucoup d'une chose qu'on a en propre, et moins d'une chose que l'on a en commun avec d'autres »⁴⁰.

La logique étatiste qui inspire l'article 1 du Code de l'Urbanisme nouveau est la même qui multiplie les démembrements législatifs et réglementaires de la propriété au profit de diverses collectivités auxquelles est reconnu, pour le moins, un pouvoir d'empêcher. Certes, un droit absolu n'est pas un droit illimité; la liberté est limitée « par ce qui ne doit pas nuire à autrui », et sa limitation est de la nature même du droit. Ainsi par le moyen de la théorie des « inconvénients anormaux de voisinage », la Cour de cassation sanctionne justement l'abus du droit de propriété. Mais c'est par l'exercice de son pouvoir réglementaire que l'administration a modifié et modifie profondément le volume du droit de propriété. Voici un exemple : la loi d'orientation foncière, votée en 1967, par son article L 130 soumet à autorisation « les coupes et abattages d'arbres » dans les espaces boisés. La loi modifie ainsi le contenu du droit du propriétaire de forêt. Le décret fixant les modalités d'application de la loi passe lui du pluriel au

39. Zinoviev, *Le Communisme comme réalité*, Julliard, « L'Age d'Homme », 1981, p. 112.

40. Aristote, *Politique*, II, 1, 10.

singulier : il dispose que « dans les bois, forêts et parcs de moins de 4 ha, tout abattage d'arbres doit faire l'objet d'une déclaration préalable en mairie » (R 130-6); un seul arbre ne peut plus être décapité sans autorisation préalable. Les limitations administratives au droit de propriété immobilière qui se sont multipliées forment le droit commun de la propriété : ce sont tout d'abord les limitations au droit d'utiliser un immeuble du fait des procédures de zonage de plus en plus contraignantes et d'autorisation. Les plans d'occupation des sols, les plans d'aménagement des ZAC, ZAD, SUP, SPOI, SDAC, PLD, COS... ou les règlements de lotissement régissant l'utilisation des sols auxquels ils s'appliquent peuvent notamment interdire toute construction, limiter leur densité d'occupation, imposer des prescriptions architecturales, instituer des réserves pour espaces libres... Ce sont aussi les limitations au droit d'aliéner librement un immeuble du fait du droit de préemption de l'administration dans les ZUP, les ZAD ou les périmètres sensibles, la nécessité d'autorisation préalable pour vendre des bâtiments par appartement dans un périmètre de rénovation urbaine, ou le droit de préemption des SAFER, depuis la loi du 8 août 1962, sur toutes ventes de terres ou d'exploitations agricoles. Ce sont encore l'interdiction de modifier l'état d'un immeuble sans permis de construire (art. L 421-1 et 430-1 du Code de l'Urbanisme), l'interdiction d'employer certains matériaux ou certaines couleurs dans les zones d'architectures imposées (L 143-1), l'interdiction de modifier l'état d'un immeuble sans autorisation dans les secteurs sauvegardés (L 313-3), ou de construire à 100 m des nouveaux cimetières (L 443).

Mais l'Etat contrôleur, censé réaliser par ses interventions une supposée intelligence collective de la meilleure justice, est lui-même nécessairement incontrôlable et dangereusement incontrôlé. D'où la nécessité d'autres pouvoirs pour contrôler les contrôleurs, et ceci à l'infini : le pouvoir hiérarchique, le préfet, le ministre, les tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat..., alors que le meilleur outil est le contrôle judiciaire sur l'intervention des « droits des tiers ». C'est l'environnement immédiat du propriétaire par les autres propriétaires qui assure l'autorégulation des droits de chacun selon l'idée hayekienne d'un ordre social spontané dont le marché est l'illustration. La liberté engendre l'ordre en incitant les individus à ajuster

leurs attentes, leurs intentions, leurs droits et leurs actions réciproques. Il faut des lois pour garantir la propriété, et la ville est la propriété de ses habitants, d'où la nécessité de lois d'urbanisme, mais la loi ne doit pas être édictée pour changer l'ordre des choses, mais être découverte dans l'ordre spontané de la société ouverte. Seules les actions contre autrui (*opera quae sunt ad alterum*)⁴¹ doivent être soumises au contrôle du juge. Pour le reste il est interdit d'interdire.

Il est d'ailleurs significatif de ce que la propriété est une idée-phare que de constater, parallèlement à son démembrement, qu'elle est devenue le symbole de la protection juridique absolue; pour légitimer et défendre les droits de la personne, on parle de propriété littéraire et artistique, de propriété industrielle, de propriété de l'homme sur son nom, son image ou ses souvenirs; et les droits du locataire commerçant face au propriétaire foncier sont rangés sous la dénomination de propriété commerciale. Mieux encore, le juge constitutionnel en a élargi la portée par sa décision du 16 janvier 1982 statuant sur la conformité de la Constitution de la loi sur les nationalisations; ce que la Déclaration de 1789 avait entendu garantir, voir sacraliser, c'est cette part de propriété qui permet à l'homme d'être libre; ce que le juge ajoute, condamnant ainsi toute interprétation différentielle de la Déclaration selon ses dispositions, c'est que ces principes énoncés il y a près de deux siècles pour une propriété foncière et individuelle sont applicables à la propriété des actions des banques et des grands groupes industriels⁴². La protection de la propriété ne se divise pas, affirme le Conseil constitutionnel : « Si, postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes énoncés par la Déclaration des Droits de l'Homme ont pleine valeur constitutionnelle, tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété — dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique, et qui a

41. Voir Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, I, 15, 2^o; et F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. I, PUF, p. 121.

42. R. Savy, *Dalloz*, 1983, chap. 19, p. 105, et François Terré, *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil. Droits*, p. 33 et s.

été mis au même rang que la liberté —, la sûreté, et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique. »

Pour justifier le contrôle étatique de l'usage et de la disposition de la propriété, les hommes de l'Etat posent un *a priori* : la croyance que les mécanismes étatistes de décision sont supérieurs au laisser-faire des choix privés. C'est la croyance en la rationalité des choix sociaux qui constitue la logique de l'intervention réglementaire ; la réglementation n'est-elle pas l'emploi de la raison pour ordonner les affaires humaines ? Le marché serait irrationnel, les transactions aléatoires, les échanges désordonnés, les répartitions inégales et injustes. Mais si ces raisons justifient l'intervention de l'Etat dans les domaines économiques (alors que s'il est un domaine où l'autorégulation sociale fonctionne c'est bien celui de l'économie lorsque l'interaction des participants et des échanges est libre), pourquoi, demande Pierre Lémieux, ne pas les appliquer à d'autres relations humaines ? Le problème peut se poser dans les mêmes termes, dans les relations amoureuses : laissé à lui-même, le marché des relations amoureuses produit une constellation injuste de l'affection et une répartition inégale des partenaires ; les relations de ceux qui sont « faits l'un pour l'autre » sont aléatoires, les dotations initiales sont inégales, les choix irrationnels, et l'information amoureuse circule mal. Pourquoi pas des agences publiques de rencontres, un contrôle des relations amoureuses, une informatisation des unions, des permis d'aimer pour égaliser les chances, corriger l'influence des inégalités naturelles, redistribuer l'affection ? Pol Pot nous montre que l'hypothèse ne relève pas d'Ubu.

La loi Quillot

Les effets juridiques et économiques de la loi du 22 juin 1982, dite loi Quillot, sont l'illustration des effets négatifs du contrôle étatique des contrats locatifs. Ce qui était prévisible et prévu se déroule avec la monotonie du déjà vu depuis 1948, mais avec une brusque amplitude spectaculaire : la loi a aussitôt provoqué une crise du logement sans équivalent depuis vingt ans. L'allongement par la loi de la longueur des baux, les conditions nouvelles mises aux congés, leur application rétroactive, le contrôle étatique de la fixation des prix, la collectivi-

sation des rapports entre bailleurs et locataires sur le modèle syndical ont certes maintenu les loyers à un prix moins élevé que celui du marché libre, mais ont incontestablement dans le même temps réduit le nombre des logements offerts à la location, en faisant de la location un risque grave et durable pour les propriétaires, interrompu les programmes de construction d'immeubles d'habitation faute de rentabilité des investissements immobiliers, initié la dégradation de la qualité des logements et, partant, fait réapparaître les « reprises » clandestines qui avaient disparu. La spoliation légale des bailleurs a eu pour première victime les locataires qui paient les privilèges que l'Etat a voulu leur donner aux dépens des propriétaires. Ce qui est démontrer ce que le promoteur de la loi reconnaissait lui-même devant l'Assemblée nationale : « Le meilleur facteur de modération des loyers, c'est encore l'abondance de la construction » (12 janvier 1982) et illustre ce pont-aux-ânes de la théorie économique de l'Ecole de Chicago : *la fixation autoritaire d'un prix au-dessous du prix du marché libre provoque toujours une pénurie*.

Voilà l'effet d'une loi dont l'article 1 proclame que « le droit à l'habitat est un droit fondamental » et que « les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés », et qui dès sa promulgation suscite une crise comparable à celle de l'immédiate après-guerre. « Equilibrés » dit la loi des rapports entre bailleurs et locataires, « réglementés » expose le rapporteur, dévoilant l'interventionnisme de l'inspiration. On proclame un douteux « droit à l'habitat » pour satisfaire un légitime « besoin de logement », puis l'Etat en confisque l'application en introduisant un partage entre les bons locataires et les mauvais propriétaires; les locataires, utilisateurs de la chose, sont systématiquement préférés aux bailleurs dans la loi; c'est-à-dire, comme l'écrit heureusement Christian Atias⁴³, la relation de *fait* qui les unit à ce bien préféré au rapport de *droit* que les bailleurs entretiennent avec la chose. Au contrat de louage libre la loi Quillot substitue un contrat imposé; aux règles supplétives du Code civil, les règles impératives de la loi de 1982. Toute l'économie de la loi est calquée sur le droit du travail, subordination en moins : transformation

43. Henri Lepage, Christian Atias, François Guillaumat, *Les vrais clés de la location*, Ed. de l'Institut économique de Paris, 1984, p. 24.

des rapports de droits individuels en rapports collectifs, congé pour motifs « légitimes et sérieux » à l'exemple du licenciement pour cause « réelle et sérieuse », représentants statutaires des associations privilégiées de locataires protégés comme le sont les délégués syndicaux... Le Fraser Institut de Vancouver, en comparant les grandes expériences contemporaines, a montré qu'il n'y a pas au monde d'exemple de déconnexion réglementaire des loyers pratiqués par rapport au prix du marché qui n'ait abouti à des effets pervers dont les victimes sont toujours ceux qu'on a voulu favoriser. Ainsi que l'a un jour résumé l'économiste suédois Assar Lindbeck : « Nous ne connaissons pas de technique plus efficace pour détruire une ville, bombardement aérien mis à part »⁴⁴; car l'effet dépressif des politiques de plafonnement des loyers sur l'offre de logements, et surtout de logements locatifs à bon marché, est partout le même : pénurie de logement pour ceux qui ne sont pas logés, négligence croissante des propriétaires envers l'entretien de leurs immeubles, et retour des « pas-de-porte » ou « dessous-de-table », c'est-à-dire de la fraude à laquelle la loi contraint les partenaires pour ne pas se retrouver au nombre des victimes de la loi. Lorsque la concurrence des offreurs de logement à louer est restreinte, celle que se font les candidats à la location de ces logements augmente; et le marché indirect ou clandestin finit toujours par s'ajuster à la valeur que les locataires attribuent au bien qu'ils occupent; la pénurie multiplie les privilégiés jusqu'à ce que l'Etat soit conduit au désengagement privé de la promotion et de la construction immobilière; c'est-à-dire à la nationalisation du logement. Ce que les locataires ne paient pas, ce sont les contribuables qui l'acquitteront; car il est une loi constante, c'est que partout où l'Etat est le seul producteur, par exemple en matière de transport, d'assurance, d'électricité, d'automobile, il produit à des coûts de production plus élevés que ceux du secteur libre. Mais l'un des effets les plus pervers de la loi est de susciter le mouvement du *squatt* : ceux qui n'étaient pas locataires au moment de la loi ne trouvant plus de logements sont provoqués à violer la propriété. Les squatters et les reprises sont les effets induits du contrôle des loyers. Ainsi droit de propriété et liberté contractuelles sont indis-

44. Cité par J.-J. Rosa, Logement, le protectionnisme locatif, dans *Commentaire*, n° 21, printemps 1983.

sociables de l'abondance et de la qualité de l'habitat. Les peuples logés n'ont pas en effet de loi sur le logement⁴⁵.

Un besoin vital de l'âme

Comment ne pas rapprocher et opposer le droit de propriété, associé au respect du domicile et de la vie privée, qui est encore affirmé dans les sociétés libérales, et la destruction de cet espace juridique et physique protégé dans les régimes socialistes, espace ouvert à la peur. C'est bien que la propriété, comme zone d'autonomie, à l'intérieur de laquelle son titulaire sait que ses choix ne dépendent que de lui, droit fondamental qui enclôt un espace de non-droit, est le prolongement et le point d'appui de la *conscience de soi*. L'« enracinement » de l'individuel. C'est ce qu'explique Simone Weil : « L'âme est isolée et perdue, si elle n'est pas dans un entourage d'objets qui soient pour elle comme un prolongement des membres du corps. Tout homme est invinciblement porté à s'approprier par la pensée tout ce dont il a fait longtemps et continuellement usage pour le travail, le plaisir ou les nécessités de la vie »⁴⁶.

Reconnaissons ce besoin vital de l'âme d'avoir sa place en un certain lieu du monde : il est un droit humain. L'éthologie conforte cette reconnaissance; elle ne la fonde pas. La reconnaissance de la notion de territoire par les observateurs de la vie animale, R. Ardrey et K. Lorentz notamment, zone sécurisante pour l'espèce, est analogiquement éclairante; elle n'est pas transposable. *De l'impératif de territoire* on ne peut passer à *l'impératif de propriété*⁴⁷. La propriété est une relation de droit, immédiate avec la propriété immobilière, médiate avec la propriété industrielle, mais toujours une relation de personne à personne. On ne peut donc extrapoler de l'oie cendrée au P. Goriot ou au baron Nuncingen. Mais pour le moins les métaphores organicistes des collectivistes ne peuvent s'armer des enseignements de l'étho-

45. Milton et Rose Friedman, *La liberté de choix*, Balland, 1980; et Murray Rothbard, *Power and Market*, 1970.

46. Simone Weil, *L'enracinement*, Gallimard, 1949, p. 36.

47. Georges Berthu et le club de l'Horloge, *Vive la propriété*, Albin Michel, 1984.

logie pour justifier « le déplacement des bornes » qui dessinent le lieu où l'homme habite « chez lui ».

L'anthropologie des systèmes fonciers dans les sociétés a-étatiques, notamment africaines ou inuites (ce terme remplace désormais celui péjoratif d'esquimaux), montre qu'il existe des systèmes sociaux et juridiques où une vie sociale et économique équilibrée coïncide avec la limitation ou l'exclusion de l'appropriation et de l'usage privatif⁴⁸. La valorisation de la propriété est donc bien associée à un système social ancré dans la personne et sa liberté fondatrice.

La propriété, dans l'immédiateté du donné tel qu'il est, ici et maintenant, rend effective la liberté; ce droit est le lieu obligé de la liberté; la nécessaire concrétude d'une liberté se faisant chose. La propriété nous est ainsi l'occasion renouvelée de voir que le droit n'est pas ce qui *doit* être idéalement, mais ce qui est et tel que cela est, transformé par la médiation du langage de simple histoire en « histoire conçue »⁴⁹, c'est-à-dire en avènement humain. Et *ce qui est* comporte aptitude et ordination à faire surgir l'ordre des valeurs; cet ordre n'en procède pas, car il découle des fins que l'homme, n'étant pas l'auteur de sa nature, ne saurait choisir, mais qu'il lui appartient de comprendre et de s'y conformer pour accomplir sa destinée, ou, si l'on préfère, sa *vocation*; mais cet ordre y est contenu. Des relations du *mien*, du *tien* et du *sien*, relations de droit entre des personnes, à propos des choses, plus que sur les choses, on peut faire émerger l'ordre relationnel des instances du *JE*, du *TU* et du *IL*; de la propriété au propre de l'homme; et le propre n'est pas l'égoïsme mais l'essence relationnelle que révèle le droit. Celui qui dit à l'autre, en présence d'un tiers indépendant et désintéressé, le juge, Il institué, *haec mea res*; cette chose est à moi, dit plus que l'appropriation; il contracte une relation de réciprocité avec ses semblables. C'est la réciprocité des libertés propres au droit, selon Kant. Parler d'un « *mien* » n'est pas possible, si je n'ai pas un interlocuteur, au moins potentiel, auquel je reconnais un « *tien* », cet objet devenant le « *sien* », quand le discours passe en troisième personne.

48. Norbert Rouland, Pour une lecture anthropologique et interculturelle des systèmes fonciers, revue *Droits*, n° 1, PUF, 1985, p. 73 et s.

49. Hegel, *Phénoménologie de l'esprit*, trad. Hyppolite, II, 313.3.

C'est bien ainsi que Fichte, longtemps méconnu des lecteurs français faute d'une traduction du *Droit naturel*⁵⁰, déduit l'intersubjectivité d'une enquête sur les conditions de possibilité de la conscience de soi : « Le concept d'individualité est un concept réciproque, c'est-à-dire un concept qui ne peut être pensé qu'en relation avec une autre personne, et est conditionné par elle, et à vrai dire par la même pensée, formellement. En chaque être rationnel il n'est possible qu'en tant qu'il est posé comme complété par un autre. Il n'est par conséquent jamais *mien*; mais selon son propre aveu *mien et sien, sien et mien*; un concept commun. » La relation ainsi déduite entre êtres raisonnables, « à savoir que chacun limite sa liberté par le concept de la possibilité de la liberté de l'autre, sous la condition que le premier limite également la sienne par celle de l'autre, se nomme *relation juridique* ». Dès lors le droit de propriété, prolongement de la personne, point d'appui de la liberté, peut aussi être pensé comme un processus d'éducation réciproque : *l'hospitalité* est aussi essentielle à la demeure que les portes et les fenêtres closes.

LE LAISSER-CONTRACTER

Le contrat est un élément essentiel de la théorie libérale. Il repose en effet sur le principe de *l'autonomie de la volonté* qui est au fondement de la philosophie libérale individualiste. La volonté est à la fois la source et la mesure de toute obligation juridique — le contrat est *la loi des parties*, selon l'article 1134 du Code civil — et en même temps la source de toute justice : « Qui dit contractuel, dit juste », cette formule célèbre de Fouillé dit que ce sont les conventions elles-mêmes, par le libre jeu de l'offre et de la demande, qui créent la justice; ce que dit aussi Kant : « Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible dans ce qu'il décide pour lui-même »⁵¹.

50. Fichte, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine des sciences*, PUF, trad. Alain Renault, 1984, p. 62-63; et Luc Ferry, *Philosophie politique*, 1984, t. I, p. 152, 175, 180.

51. *Doctrines du droit*, trad. Barni, p. 169.

Il est donc interdit d'interdire les conventions qu'acceptent mutuellement les individus ou groupes d'individus, sous réserve des règles de juste conduite applicables à tous et que le juge contrôle; il est notamment interdit au législateur d'intervenir dans les libres contrats sous prétexte de corriger de prétendues inégalités au nom de l'équité.

Avant de voir comment, sous l'influence des doctrines sociales-étatistes le contrat n'est plus aujourd'hui « la chose des parties », il faut retrouver l'origine et le contenu du concept d'autonomie de la volonté comme source du droit. Car le contrat crée du droit, du droit propre que se donnent les contractants. *Pacta sunt servanda*, ce principe est de droit naturel pour Grotius et Puffendorf. Il est pour Kant le fondement et le but du droit qui est de rendre possible la coexistence des libertés; le droit est « l'ensemble des conditions au moyen desquelles l'arbitre de l'un peut s'accorder avec celui de l'autre suivant une loi générale de liberté »⁵².

La formule de l'autonomie ne figure pas dans le Code civil. Elle est purement doctrinale et relève de la philosophie du droit⁵³; comme sa disgrâce contemporaine est idéologique⁵⁴. Mais si le mot est relativement tardif — 1899 — la chose existe dans les esprits des juristes et des politiques depuis un siècle et remonte à travers les just-naturalistes au christianisme et au stoïcisme. Comme le droit positif, les institutions politiques se déduisent pour les libéraux du pouvoir qu'à la volonté de créer sa propre loi : le contrat social. L'autonomie de l'homme, l'autonomie des citoyens et l'autonomie des contractants, ces expressions sont synonymes. Georges Ripert a dit comme personne comment s'est élaboré ce concept : « Pour en arriver à cette conception de la volonté souveraine, créant elle-même et par sa seule force des droits et des obligations, il a fallu que dans l'œuvre lente des siècles la philosophie spiritualisât le droit pour dégager la volonté pure des formes matérielles par lesquelles elle se donnait, que la religion chrétienne imposât la foi de la parole scrupuleusement gardée, que la doctrine du droit naturel enseignât la supériorité du contrat en

52. Kant, *Doctrine du droit*, trad. Barni, p. 55.

53. Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté*, PUF, 1980.

54. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, 1912.

fondant la société même sur le contrat, que la théorie de l'individualisme libéral affirmât la concordance des intérêts privés librement débattus avec le bien public. Alors put régner la doctrine de l'autonomie de la volonté qui est à la fois la reconnaissance et l'exagération de la toute-puissance du contrat »⁵⁵.

Cette lente élaboration a son origine historique : le droit que les Romains avaient laissé à certaines cités grecques de se gouverner selon leur propre loi ; l'usage juridique du mot d'autonomie apparaît pour la première fois dans le vocabulaire allemand pour désigner chez des internationalistes la règle permettant de régler les conflits de loi ; le rapprochement de l'autonomie et de la volonté, sous le nom souvent repris de libre-arbitre, s'est fait spontanément et comme sans s'en apercevoir chez les civilistes français pour qui c'est « par ses sujets et pour ses sujets que l'Etat existe ». Rompant avec l'exégèse littérale des lois, Vareilles-Sommieres publie en 1889 un livre dont le titre seul est une innovation : *Les principes fondamentaux du droit*. Les civilistes prennent conscience de l'omniprésence de l'idée d'autonomie de la volonté comme pouvoir créateur du droit, justification de la force obligatoire des contrats, origine de la propriété, des régimes matrimoniaux comme des successions, fondement aussi de la responsabilité délictuelle ; le délinquant n'est pas un malade, ou le produit de déterminations sociales, mais « *un bonus familias* qui a volontairement mal tourné en choisissant de faire un mauvais usage de sa liberté »⁵⁶.

La crise de cette conception classique du contrat va commencer très tôt ; elle va prendre appui sur les contrats types imposés, « les contrats d'adhésion » selon la formule de Saleilles en 1901, où on constate que le choix de l'une des parties sur les clauses du contrat n'est pas libre ; il n'y a pas eu une négociation ; le respect de la volonté doit donc cesser où s'arrête la volonté elle-même. Mais il n'était pas besoin de remettre en cause le concept de l'autonomie de la volonté pour assurer la justice commutative. Le Code civil a prévu que le consentement de l'une des parties peut être vicié par l'erreur, la violence ou le dol, et que les contractants peuvent, dans ces cas, demander la nullité du contrat. Cette théorie permet de réprimer certains abus de

55. *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, rééd. 1949, p. 37.

56. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t. I, p. 96.

position économique et a introduit dans le contrat d'adhésion « le devoir de renseignement », c'est-à-dire une obligation de bonne foi à la charge du stipulant. La jurisprudence a également construit la notion d'*abus de droit* quand l'exercice de la liberté contractuelle, comme dans le cas des clauses de non-concurrence ou de non-rétablissement, porte atteinte à la liberté d'entreprendre ou à la libre concurrence. Dans la même direction les clauses exonératoires de responsabilité dans les contrats standards et les clauses pénales fixant à l'avenir les dommages-intérêts en cas de manquement ont entraîné des réactions compensatoires des tribunaux lorsque les bénéficiaires de ces clauses sont des vendeurs professionnels. Il s'agit toujours d'assurer la liberté des contrats contre les dispositions léonines. La loi du 9 juillet 1975 qui permet au juge de « modérer ou d'augmenter la peine » civile ne contredit pas cette tradition puisque c'est au juge, et non à l'administration ou à la loi, qu'est confié le rééquilibrage du contrat.

La crise contemporaine du contrat ne se justifie donc pas par l'injustice pratique des relations contractuelles. Ce sont les doctrines sociales-étatistes qui vont développer une philosophie du droit opposée à celle de l'autonomie de la volonté et pour lesquelles le contrat ne peut être le fait de l'individu; il est un fait social. « Les juristes voulaient pouvoir dire : cela est juste parce que cela est voulu. Il faut désormais que l'on dise : cela doit être voulu, parce que cela est juste »⁵⁷. La *socialisation du droit* n'a pas attendu 1981. Maxime Leroy et Duguit ont introduit très tôt l'idée qui va se développer progressivement que la collectivité et non plus l'individu est le principe, la mesure et la fin du droit. Il faut, affirme Leroy, au Code civil qui voit dans « la libre concurrence des volontés »⁵⁸ le principe du contrat, opposer un droit sociétair⁵⁹, car l'homme est « un produit social »; le législateur doit donc intervenir pour « enrayer le funeste effet des égoïsmes en liberté »⁶⁰. On pourrait multiplier les citations d'ouvrages dont les échos seront longtemps discrets mais qui traduisent tous la

57. Saleille, *De la déclaration de volonté*, 1901, p. 351.

58. *L'esprit de la législation napoléonienne*, 1899, p. 91.

59. *Op. cit.*, p. 235.

60. *Op. cit.*, p. 240.

supériorité de la règle sociale sur la volonté individuelle qui n'est, pour Duguit, que « métaphysique »⁶¹, ce qu'elle est en effet mais, pour nous, le qualificatif n'est pas péjoratif. « Il n'y a pas de droit en soi. Il n'y a de droit que le droit conféré par la société », écrit Andler en préface de l'*Affirmation du droit collectif* d'Emmanuel Levy⁶², en accord avec Duguit : « Parler de droit antérieur à la société, c'est parler du néant »⁶³, « l'homme n'a pas de droit; mais tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter »⁶⁴. Cette thèse n'aura que peu de retentissement immédiat; la fonction du juge, parfois l'intervention du législateur assurent les convergences des volontés et des fins communes. Le bien commun n'a jamais été absent de l'interprétation des contrats; des exceptions ne remettent pas en cause le principe; disons plus, le concept s'affirme comme créateur du droit à l'apogée de sa critique.

Mais la conception d'un nouvel ordre économique et social à partir de la seconde guerre mondiale va entraîner sous la bannière du Plan le déclin de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats; désormais le législateur ne soutient le contrat que dans la mesure où il est utile et à la condition qu'il soit juste, selon sa conception de la justice sociale. La réglementation des baux, le statut du fermage, la retraite obligatoire, les contraintes au débauchage sont autant de réductions de la liberté contractuelle. Les actions qui visent à rétablir les règles du jeu contractuel (information du consommateur, répression de la publicité mensongère, de l'organisation des consommateurs...) ne portent pas atteinte au principe de l'autonomie de la volonté; elles en sont au contraire l'expression garantissant l'égalité des contractants⁶⁵.

Il n'en est pas de même de l'action directe sur le contenu des contrats qui porte atteinte à un principe fondamental fondateur de notre droit. Il aurait mieux valu, observe un judicieux commentaire, contribuer à former la volonté plutôt que de la suppléer. C'est en effet de suppléance qu'il s'agit avec la loi dite Scrivener du 10 janvier 1978.

61. *Les transformations générales du droit civil depuis le Code Napoléon*, 1912, p. 8.

62. Cité par Véronique Ranouil, p. 142.

63. *Op. cit.*, p. 18.

64. *Op. cit.*, p. 19.

65. Le contrat déstabilisé par Armand Prévost et Daniel Richard, *JCP*, 1979.2.952.

Alors que les organisations des consommateurs avaient établi un projet de loi-cadre conférant aux tribunaux l'arbitrage traditionnel, la loi transfère à l'administration la protection tutélaire sous prétexte « qu'il faut des années pour que la Cour de cassation prenne position »⁶⁶. C'est en effet à partir d'une définition vague *qu'une commission des clauses abusives* donne son avis au gouvernement sur les clauses à interdire; les critères légaux ne prévoient rien; le gouvernement reste maître de l'opportunité de sa réglementation; les sanctions pénales sont de sa compétence; tous les contrats sont éventuellement concernés par cette délégation du législateur au *pouvoir réglementaire*. Alors que dans les domaines où l'Etat intervient comme producteur, par exemple dans le téléphone ou les transports, ce monopole lui permet d'imposer des conditions d'adhésion à sa convenance, le pouvoir réglementaire est présumé mieux informé des intentions et des besoins des consommateurs que les consommateurs eux-mêmes. Mais, une fois encore, c'est une commission administrative, soustraite au pouvoir judiciaire indépendant, qui devient créateur de normes. L'évolution ne va donc pas dans le sens de la protection de la liberté contractuelle par le contrôle modérateur du juge, mais vers celui de la socialisation du droit contractuel par l'imposition de *contrats types légaux*.

Contre cette vieille idée de l'Etat *pasteur des hommes*, dénoncée en 1891 — « le vent souffle de toute part au socialisme d'Etat » —, un grand juriste civiliste, Beudant, proposait déjà : « L'Etat n'a pas d'autre mission, en dehors de la direction de la gestion des intérêts nationaux, que de maintenir l'ordre et d'assurer la liberté commune »⁶⁷. Il faut affirmer que le droit objectif ne peut être que l'harmonie des droits individuels, c'est-à-dire « l'harmonie des libertés »⁶⁸. Car le « droit individuel, ou plus simplement le droit, c'est l'autonomie de l'être humain; la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui dans la direction de sa pensée et de ses actes. L'inviolabilité de la personne, liberté dans ses différentes manifestations, propriété enfin qui n'est qu'un corollaire de la liberté individuelle »⁶⁹. Aussi « toute loi, en soi, est un mal, car la loi ne peut avoir pour objet que de régler

66. Mme Scrivener, JO, Sénat, séance 18 décembre 1977, p. 4217.

67. *Le droit individuel et l'Etat*, p. 282.

68. P. 7.

69. P. 146.

l'usage des droits, et régler l'usage d'un droit c'est inévitablement le limiter »⁷⁰. L'unique justification de la loi est donc « d'arrêter les conditions dans lesquelles la liberté de chacun est compatible avec celles de tous »⁷¹. La restauration de la liberté des contrats, fondée à nouveau sur le principe de l'autonomie de la volonté, expression juridique du libre-arbitre humain, manifestation du pouvoir en l'homme de commencer, est l'une des conditions du marché libre.

Cette liberté n'est pas la liberté dénoncée du renard dans le poulailler. Le principe de la *justice contractuelle* justifie que le juge intervient dans toute la mesure du possible pour que le contrat ne contredise pas les attentes légitimes des deux contractants et ne détruise pas l'équilibre qui existait entre leurs patrimoines. Il importe que chaque partie reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne. Portalis, dans son discours préliminaire au Code civil, observait que « la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique »⁷². Il y a donc une limite sur laquelle veille le juge, et qu'à l'occasion le législateur peut rectifier. Hayek admet en effet le caractère bénéfique des réformes partielles qui ne prétendent pas faire table rase du passé, puisqu'il constitue un savoir accumulé, et améliore progressivement les règles qui rendent possible la coexistence entre les hommes⁷³. Mais la difficulté contemporaine réside précisément dans la conviction des hommes de l'Etat d'être les seuls interprètes de l'utilité publique et d'avoir ainsi le droit de réglementer les contrats au nom d'une imaginaire équité, sous prétexte de « protéger le faible », c'est-à-dire le consommateur, le locataire ou l'acheteur. Leur rêve serait de constituer, à l'école des saint-simoniens, la nation en collectif économique de production et de consommation⁷⁴.

70. P. 148.

71. *Cours de droit civil français*, p. 22.

72. Locré, t. IV, p. 302, n° 84.

73. Bernard Manin, Le libéralisme radical d'Hayek, revue *Commentaire*, n° 22, p. 331, et Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. I, p. 106 et s.

74. Constantin Pecquer : « En principe il ne doit y avoir dans une nation qu'un seul propriétaire, un seul entrepreneur, un seul maître, un seul capitaliste prêteur, une seule institution de crédit, à savoir l'Etat, le peuple dans ses représentants » (*Théorie nouvelle d'économie, sociale et politique*, 1842); et Lénine en 1917 : « La société tout entière deviendra un seul immense bureau et une seule immense usine avec égalité de travail et égalité de rétribution. »

Cette prétention provient de l'erreur fondamentale, dont la dénonciation est le véritable foyer de la réflexion d'Hayek : la croyance que l'ordre social peut être le produit d'un plan consciemment conçu et être dirigé délibérément selon un tel plan. Au lieu d'administrer la justice parmi les hommes qui conduisent leurs propres affaires, le mirage de la justice sociale est que l'Etat administre les affaires des hommes pour eux et mieux qu'eux. Cette illusion qui fonde la planification centralisatrice et l'intervention réglementaire provient de la méconnaissance des limites de la connaissance humaine. C'est une idée fausse, radicalement fausse, qu'un ordre social puisse être construit rationnellement puisque par définition le décideur qui veut embraser et diriger la société ne peut voir objectivement la totalité où il est lui-même inscrit. La finitude de la raison qui ne peut atteindre au savoir des événements partiels et de relations sans cesse changeantes condamne le projet constructiviste à l'échec, alors que la sélection par le succès et l'échange d'informations conduit vers le succès un ordre spontané. L'ingénierie, ou la chirurgie sociale, ne peut coexister avec l'ordre du marché; et si elle élimine ce dernier, l'exemple des Etats socialistes, à l'Est, suffit à démontrer qu'elle associe la contrainte à la pénurie. Le marché, au contraire, sous la condition que la loi protège son ordre spontané, associe la liberté à l'accroissement des biens et des chances. Le marché est la seule forme de régulation compatible avec la liberté individuelle; car chacun dans le marché est *également en droit* d'accroître ses chances de satisfaire ses besoins et d'améliorer sa situation. L'ordre des constructions n'est pas dans l'ordonnance préalable des matériaux; il s'ajuste comme les ouvrages architectoniques des romains faits de pierres inégales. C'est la fonction des contrats qui assure la coïncidence et le repérage maximal des anticipations et des opportunités garanties par la prévisibilité des décisions judiciaires. Ce que Hayek met à jour en définitive c'est qu'une société régie par la justice distributive tend à l'arbitraire, car elle tend au Bien — *le fléau du Bien*, selon l'expression de Philippe Benetton. Elle veut imposer le bonheur collectif. En quoi Hayek méconnaît, il est vrai, qu'il y ait une humble reconnaissance du mixte et une logique du raisonnable qui permettent d'associer l'intervention correctrice du législateur à la liberté judiciairement protégée du marché. Mais ce que Hayek démontre péremptoirement c'est que le passage de la justice commutative ou

rétributive à la justice distributive signifie l'élimination progressive du droit privé par le droit public « puisque le droit public consiste non pas en des règles de conduite pour les citoyens privés, mais en des règles d'organisation pour des fonctionnaires publics »⁷⁵. Au contraire l'expérience des sociétés libérales démontre que les actions diverses d'individus distincts tendant à des objectifs différents conduisent à un ordre non voulu qui est en définitive plus juste que l'ordre social voulu. En d'autres termes, les lois que Hayek admet sont celles qui permettent de constater la frontière du domaine protégé de chacun, et ainsi de distinguer le mien, le tien et le sien. C'est en définissant ainsi la sphère protégée de chacun où il est maître de ses actes que la loi détermine quelles sont les « actions affectant autrui » dont elle assume le contrôle. Il y a une grande différence entre vouloir par la loi placer les citoyens dans des situations matérielles égales (ou moins inégales) sous l'inspiration de ce désir imprécis et fort de « justice sociale » et de traiter tous les citoyens sous les mêmes règles de juste conduite. La première revendication ne peut être satisfaite, compte tenu de l'inégalité des conditions, des capacités et des ressources que par une autorité planificatrice qui finit par soumettre le citoyen à son autorité⁷⁶, tandis que l'égalité des droits et la coexistence pacifique dans un gouvernement limité sont les conditions de la liberté individuelle. C'est pourquoi la justice distributive, généreuse et impraticable, selon laquelle le socialisme veut réglementer les conventions entre les citoyens, signifie inéluctablement l'élimination progressive du droit privé par le droit public. Cette élimination de l'Etat de droit, les communistes qui ont pris le socialisme au sérieux l'ont eux-mêmes proclamé : « Le communisme ne veut pas le triomphe du droit socialiste, mais la victoire du socialisme sur toute espèce de droit, puisque l'instauration de la société sans classes aux intérêts antagonistes entraînera la disparition totale du droit »⁷⁷.

75. *Droit, législation et liberté*, t. II, chap. IX, p. 104.

76. F. A. Hayek, *La route de la servitude* (1943), coll. « Quadrige », PUF, 1985.

77. P. J. Stuchka, président de la Cour suprême soviétique, dans l'*Encyclopédie de l'Etat et du Droit* (Moscou, 1927), cité par Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. II, p. 104.

LE DROIT DE S'ASSOCIER

« La liberté d'association est devenue une garantie nécessaire contre la tyrannie de la majorité. »

Alexis de TOCQUEVILLE,
De la Démocratie en Amérique.

Il est une idée commune au libéralisme et au socialisme : c'est l'idée d'association; du moins du libéralisme qui se garde de sa dérive étatiste — le colbertisme — et du socialisme qui ne conclut pas sa logique sociale-étatiste. Si pour les socialistes l'association est le modèle de l'organisation économique; pour les libéraux elle est le modèle de l'organisation politique. Elle est, en effet, la mise en pratique de l'*auto-régulation*. Et elle tient étroitement à l'idée fondamentale du libéralisme institutionnel : *l'égalité en droit*. L'égalité est de droit, c'est-à-dire qu'elle appartient à la sphère du devoir-être; l'association associe des pairs; la parité avec ses échanges libres de rôles et d'obligations est l'axe d'un jeu social ouvert à l'innovation. D'où, la faveur de l'idée d'association pour ceux, libéraux-libertaires et socialistes-autogestionnaires, qui veulent inverser le rapport vertical Etat/société civile au profit d'un rapport horizontal individus/société civile dont l'Etat n'est que le fléau ou la main de justice.

Cette faveur est récente en France, alors qu'elle a depuis l'origine une importance significative aux Etats-Unis que Tocqueville avait bien vue : « Partout où, à la tête d'une entreprise nouvelle, vous voyez en France le gouvernement et en Angleterre un grand seigneur, comptez que vous apercevrez aux Etats-Unis une association »⁷⁸. Cette faveur du fait associatif dont témoigne le nombre croissant d'associations déclarées et la diversité de leurs objets, en dépit de ce que la loi d'association soit plus qu'octogénaire, est une nouveauté; tant chez les individus qui ont longtemps répugné à s'engager collectivement, que du côté des Pouvoirs publics qui ont toujours redouté

78. *De la Démocratie en Amérique*, 2^e partie, chap. V.

les associations particulières. Cette vitalité quantitative et qualitative nouvelle est un fait; elle investit le tissu social, la vie quotidienne, l'environnement, le cadre de vie, l'habitat, la consommation; mais l'association n'est pas pour autant comme en Angleterre « le lieu naturel d'exercice d'une liberté ancienne »⁷⁹. Face à une administration que rebute le dialogue et au phénomène de la destructuration des solidarités anciennes les administrés veulent acquérir une emprise sur les décisions et les activités qui les concernent, d'où la prolifération des « associations de défense »; mais les administrés-associés n'ont pas spontanément la liberté d'allure des citoyens-associés. Le changement en cours est expansionniste, mais il est peut-être précaire; soit que le phénomène associatif ne trouve pas sa place, en droit, au cœur de la dichotomie française public/privé; soit que l'Etat, dont la sollicitude est récente et ambiguë, accroisse par ces nouveaux secteurs son emprise et n'investisse ce qui demeure privé dans la société civile.

La civilisation de l'Etat est l'horizon du développement de l'espace associatif réappropriant l'espace social dont les administrés ont été expropriés par les administrations pour cause d'intérêt public; mais *l'étatisation de la Société*, dans l'effacement de la distinction traditionnelle public/privé, est le risque potentiel du rapprochement de l'Etat et des associations qui peuvent être entraînées dans son orbite. En contrepartie de son aide financière et de son appui logistique, l'Etat cherche naturellement à étendre son contrôle et à se servir de la médiation associative comme *relais* de pénétration dans la société civile. Ainsi « les nouveaux espaces de liberté » annoncés avec emphase⁸⁰ sont-ils menacés d'être placés sous surveillance, sous l'étiquette de la reconnaissance « *d'utilité sociale* ». Etatisation et civilisation sont, note Jacques Chevalier⁸¹, les deux schémas possibles d'évolution sociale. Pour les libéraux conséquents, convaincus avec Hayek de la supériorité de l'ordre spontané sur l'ordre décrété, *l'autorégulation sociale* est le seul régime qui puisse permettre à l'Etat de se guérir de sa boulimie et de son obésité, et de retrouver sa ligne : *l'Etat minimum*, ou *minimal*.

79. François Bloch-Lainé, Les associations comme contre-pouvoirs, *Pouvoirs*, n° 7, 1978, p. 63.

80. Pierre Mauroy, Assemblée nationale, 8 juillet 1981.

81. L'association entre public et privé, revue *Droit public*, 4, 1981, p. 918.

Comment la liberté de s'associer prohibée en 1791 a été consacrée en 1901

L'histoire de l'idée d'association et de l'autonomisation progressive de l'espace associatif nous fera mieux voir l'enjeu de ce droit ancien et nouveau : la liberté de se grouper comme fondement des libertés collectives. Inscrite dans la Déclaration de 1789, condamnée en 1791, reconnue en 1901, mais maintenue à la périphérie de la vie publique, c'est au 25 février 1975, date de la lettre de Valéry Giscard d'Estaing au Premier ministre pour l'inviter à promouvoir la vie associative, que l'on peut dater la naissance de l'idéologie associative; suivie en cela par les nouveaux gouvernants avec la mise en place d'un ministère du Temps libre. Mais cette sollicitude envahissante, héritière d'une tradition fouriériste et proudhonienne autant que libérale et libertaire, dénoncée par Engels en 1895 dans le *Manifeste du Parti communiste*, n'est pas — nous l'avons dit, et le reverrons — exempte d'une tentative d'envahissement. L'instauration d'un Conseil national de la Vie associative (CNVA)⁸² comporte plus de virtualités de contrôle que de libéralisation.

La société politique qui a en charge « l'Intérêt général » qu'elle ne partage pas s'est toujours opposée en France à la société civile. Celle-ci est réputée être « par essence, désordre, incohérence, irrationalité »⁸³. L'Etat seul empêche par son attraction et son principe de totalisation que les forces centrifuges de la société ne la dissolvent et ne la désintègrent. L'homogénéisation d'une part, l'hétérogénéité de l'autre; d'où l'assujettissement nécessaire de la société à son principe d'intégration unitaire : l'Etat. Nous avons déjà vu, à propos du *contentieux*, la dévalorisation du droit privé et la sacralisation du droit public. Les mêmes connotations négatives et positives se retrouvent entre la sphère privée et la sphère publique, les intérêts privés et l'intérêt général. A la sphère publique seule le désintéressement, la compétence, la rationalité. Cette construction dichotomique de l'espace social et de l'espace mental se retrouve dans le statut d'irresponsabilité des fonctionnaires, la hiérarchisation de la sphère publique, la protection statutaire, le bénéfice de procédures et de moyens d'action exorbitants du droit

82. Décret du 25 février 1983, *JO*, 27 février, p. 644.

83. Jacques Chevalier, art. cité, p. 891.

commun, le privilège des tribunaux particuliers... La ligne de démarcation entre le public et le privé est en effet jalonnée de miradors qui surveillent les mouvements suspects de la société civile. Et notamment « les assemblées de plusieurs personnes ».

Soumises « à la permission du Prince »⁸⁴ sous l'Ancien Régime, sous le nom de sociétés ou de « communautés », les associations ont été « anéanties » par la Révolution. L'article 1^{er} du décret présenté par Le Chapelier le 14 juin 1791 est explicite; il demeure au principe de la méfiance jacobine à l'égard de l'idée d'association : « ARTICLE PREMIER : L'anéantissement de toutes espèces de corporations de citoyens de même état et de même profession étant l'une des bases fondamentales de la Constitution française... — ART. 2 : Les citoyens de même état ou de profession... ne pourront former ensemble des règlements sur leurs *prétendus intérêts communs*. » La loi interdit, plus encore elle punit d'amende et de la suppression des droits civiques ceux qui passeront entre eux des « conventions ». Ce que l'association (américaine), selon Tocqueville, peut *réunir*, il appartient au gouvernement (français) *de le requérir*. Nous sommes en opposition idéologique complète avec l'idée d'association. En droit anglais, la question de droit ne s'est jamais posée; les hommes s'associent, la loi ne fait pas obstacle à ce fait; ce sont les *trustees*. En droit américain, « l'acte de s'associer » se développe également dans l'héritage du droit anglais; la loi fait plus que de ne pas s'y opposer; elle s'oppose aux obstacles que la liberté d'association peut rencontrer « pour que les hommes restent civilisés ».

Écoutons une fois de plus Tocqueville : « Il est facile de prévoir que le temps approche où l'homme sera de moins en moins en état de produire par lui seul les choses les plus communes et les plus nécessaires à la vie. La tâche du pouvoir social s'accroîtra donc sans cesse, et ses effets la rendront chaque jour plus vaste. Plus il se mettra à la place des associations, et plus les particuliers, perdant l'idée de s'associer, auront besoin qu'il vienne à leur aide; ce sont des causes et des effets qui s'engendrent sans repos. » L'association est donc exclue; elle est hors jeu; elle doit être anéantie, le mot est employé, la société civile doit rester transparente au régime vigilant des hommes de l'Etat mais

84. Domat, *Droit public*, liv. I, titre 16, sect. I.

l'homme doit être aussi transparent à lui-même. « Dans l'Etat, il n'y a plus que l'*intérêt particulier* de chaque individu et l'*intérêt général*. Il n'est permis à personne d'inspirer au citoyen un *intérêt intermédiaire*, de les séparer de la chose publique par un intérêt de corporation », décrète la loi Le Chapelier. Des sanctions pénales répriment les associations (art. 291 du Code pénal de 1810); les syndicats, l'enseignement supérieur, les sociétés de secours mutuels devront acquérir progressivement, parfois par la violence, de surmonter cette prohibition originelle.

C'est pourquoi la loi du 1^{er} juillet 1901 est fondamentale; comme la loi de 1867 sur les sociétés commerciales, la loi de 1881 sur les libertés de l'édition et de la presse, la loi de 1884 sur la liberté syndicale, qui l'ont toutes précédées; cette liberté, liberté-reliquat, est au fondement de notre droit des libertés publiques. La loi de 1901 édicte le principe inverse de l'héritage jacobin : tous peuvent par un *contrat* s'associer librement, sans conditions, ni autorisation préalable, pour défendre leurs intérêts communs, pour réaliser une œuvre commune. La solidarité entre les hommes est reconnue comme un principe social positif; et l'Etat ne peut contrôler préventivement l'accord de volonté qui est la base de l'association. Le contrat, selon l'esprit de l'article 1134 du Code civil, fait « la loi des parties »; l'association est donc soumise au droit civil et au juge judiciaire. Mais cette reconnaissance est en même temps une limite : le lien associatif est contractuel et donc d'ordre privé. En se déclarant, l'association acquiert la personnalité juridique; mais cette personnalité est celle d'une mineure; seules les associations reconnues « d'utilité publique » ont le droit de recevoir des dons et des subventions. Mais la solennité de la procédure de reconnaissance d'utilité publique témoigne de son caractère exceptionnel, comme d'ailleurs l'obligation de se soumettre à des statuts types préparés par l'Administration.

Les associations libres n'ont d'autres ressources que les cotisations de leurs membres. Elles existent, mais elles ne font que survivre aussi longtemps qu'elles n'entrent pas dans la mouvance de la sphère publique. Valorisées en tant qu'elles échappent, de droit, à la loi du profit, elles sont inclinées à respecter la logique du pouvoir; pour exister elles doivent devenir des « espaces de pouvoir », c'est-à-dire devenir des moyens de translation par osmose du public au privé.

C'est toujours le mythe hégélien d'une société homogénéisée qui est à l'œuvre derrière le discours autonomiste. Mais là encore nous voyons le Conseil constitutionnel libérer le droit; en reconnaissant le 16 juillet 1971 par un arrêt célèbre qui marque son avènement comme juridiction que le principe de la liberté d'association est l'un des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la république », le Conseil constitutionnel a frappé le caducité à terme les restrictions que maintient la loi de 1901 à une liberté adoptée à notre temps.

Comment investir le pouvoir par des contre-pouvoirs associatifs

Saint Louis n'a pas fini de siéger sous son chêne pour trancher les différends, grands ou infimes, des Français. Le goût du recours à l'Etat est une constante du caractère national qui va dans le sens de l'ingérence de l'Etat dans le quotidien où il s'engluie. La *participation* associative rompant avec la notion traditionnelle de la démocratie représentative peut contribuer à une nouvelle manière de *vivre ensemble*, contractuelle, horizontale. C'est le mouvement spontané de la démocratie à la base; mais la nature a été trop longtemps contrariée par l'Etat pour qu'il ne reste pas quelque chose chez les victimes et les agents, de l'ostracisme ancien envers l'association.

Il lui faut donc la *capacité d'action* qui lui a manquée à ce jour pour constituer le point d'appui que le citoyen cherche face aux pouvoirs. Dans l'expression *contre-pouvoir* utilisée par François Bloch-Lainé il y a un double sens de l'adverbe *contre* : face à face, mais aussi côte à côte. L'association est le moyen incomparable de l'*institutionnalisation de la revendication*, sans perdre la légitimité qu'elle doit à sa spontanéité, à son inorganisation, à sa mobilité. Pour cela il faut : 1) Que la relation entre les associations et les institutions de la vie collective ne soit plus dans son appellation et son contenu une relation de « tutelle » à « usagers ». Pour ne pas se trouver dans la situation de brandir le poing, selon la vocation tribunitienne des associations de défense, et de tendre en même temps la sébile, par nécessité de survie, la relation doit devenir *contractuelle*. Il faut qu'à l'exemple du marché les relations entre les collectivités et les associations soient une relation de droit privé précisant les stipulations réciproques des contractants. *Do ut des*. Au lieu de subventions octroyées ou d'une note à payer présentée

unilatéralement par l'association, une aide contractuelle explicite que le concessionnaire du service public ne peut utiliser ensuite comme un moyen de chantage et que l'association participante doit justifier *a posteriori* sous le contrôle de sanctions acceptées contractuellement.

2) Encourager l'association, c'est aussi *encourager le citoyen à soutenir financièrement* l'association qui s'occupe des affaires qui le concernent. Aujourd'hui les associations ne disposent pas des ressources qui leur permettent d'assurer leur responsabilité; elles ne subsistent, pour la plupart, qu'en sollicitant des aides, souvent occultes, qui font cercle avec des contraintes, elles aussi occultes. Conformément aux propositions faites par R. Lenoir⁸⁵, la loi du 30 décembre 1975 (et le décret du 26 février 1976) prévoit que les contribuables peuvent déclarer une somme pouvant aller jusqu'à 1 % de leurs revenus pour les dons faits à une association; mais l'administration fiscale a enlevé toute portée à cette disposition en se réservant d'apprécier la qualité des associations bénéficiaires. Il faut donc à l'exemple des pays anglosaxons et nordiques que le citoyen puisse librement affecter sa contribution obligatoire dans une proportion raisonnable et modeste sans contrôle de son affectation. Certains appelés au service militaire ne sont-ils pas autorisés, moyennant une rallonge du temps d'incorporation, à aller « en coopération » à l'étranger ! Le *volontariat fiscal* est l'un des avènements du mouvement associatif.

3) L'accroissement de la capacité patrimoniale des associations par le droit de recevoir des dons et legs, de faire appel au public, de l'exonération de la taxe sur les salaires sont également des mesures appropriées. Ajoutons le développement des autorisations d'absence pour les fonctionnaires et l'utilisation des congés formation par les responsables. L'intense participation des citoyens américains est un trait de la démocratie américaine que Tocqueville avait vue; pour que le citoyen français transforme son goût nouveau pour la vie associative en participation effective, il faut donc que l'association ait les moyens financiers de sa capacité juridique. Contre la tentation d'embrigadement toujours prête à badgéiser les bonnes associations du label de reconnaissance « d'utilité sociale », il faut maintenir l'association dans le climat qui a présidé à sa naissance en 1901, mais lui donner les moyens de cette liberté originelle.

85. Sénat, 5 novembre 1976, JO, Débats, 3.067, 3.068.

LE DROIT DE L'HOMME À LA COMMUNICATION

« Tout homme mal informé ne peut s'empêcher de mal raisonner. »

LOUIS XIV.

On ne parle d'ordinaire de la communication télévisée qu'avec passion et de façon définitive. Il faudrait essayer d'en traiter de façon raisonnable. Il faut pour cela se donner beaucoup de mal, tandis que pour dire des sottises à son sujet, il n'y a qu'à se laisser aller. Essayons.

Un constat d'abord : le nouveau médium a conquis un immense public. La télévision est le grand moyen de communication de la fin du siècle. Il est sans effet de dénoncer hâtivement sa place dans la société, son irruption dans la vie privée, la modification qu'elle impose aux conditions du jeu politique. La télévision est là, familière et inquiétante. Il est vain de regretter les Atlantides effondrées.

Qu'est-ce que communiquer ? Etymologiquement, communiquer c'est rendre commun. La communication, par un échange de messages chargés de significations, est dans son principe la condition de toute vie sociale ; elle assure le passage de l'individuel au collectif. Cette socialisation est un processus essentiel de la formation de l'individu qui acquiert la conscience de soi en intériorisant les conduites dans l'échange des messages. Par le langage ces messages sont émis et reçus, codés et décodés, et contribuent à la rationalisation des comportements, à l'élaboration de règles abstraites universelles, à la mise en commun de moyens en vue de fins choisies. Le langage écrit, la Galaxie Gutenberg, constitue le support de cette communication qui détermine le mode d'existence collective dans l'espace social où se transmettent ces messages. La Raison est « graphique » ; l'individualisation aussi. Voilà que les médias électroniques ont balayé ce rapport civilisé. La communication d'introdéterminée est devenue extradéterminée, pour citer David Riesman ; ce n'est pas le contenu du message qui change, c'est le mode de transmission ; « le message c'est le médium », répète-t-on depuis Mac-Luhan. En effet constate

Jean Caseneuve : « La communication audio-visuelle, à la différence de la communication conceptuelle, atteint l'individu directement sans nécessiter le processus du décodage des signes écrits, et touche son affectivité sans passer par l'intermédiaire de son intellect »⁸⁶, dans son pouvoir de suggestion et sa force de fascination. De ce fait, elle se prête, plus que tout autre moyen de communication, à la fonction symbolique, en pénétrant, comme l'appareil magico-rituel dans les tribus primitives, la vie quotidienne des sociétés prométhéennes. Cette fonction symbolique s'exerce de façon significative avec le Pouvoir d'Etat.

Le spectacle symbolise le pouvoir. Il en assure la présence réelle. Et seul l'écran permet cette transsubstantiation. Pour le voir, considérons l'hommage de François Mitterrand, le jour de son investiture, aux grands hommes qui l'ont inspiré : Jean Jaurès, Victor Scholcher, Jean Moulin. Les caméras le montre entrant au Panthéon une rose à la main; la rose est le symbole de sa campagne électorale. Il n'a qu'une rose, mais il y a trois tombes à fleurir. La caméra accompagne en direct le pèlerin dans le mausolée et le montre déposer par trois fois la rose unique. Miracle de la multiplicité des roses ! L'incontestable grandeur de cette cérémonie dissimule la machinerie de la mise en œuvre, des éclairages, des répétitions peut-être. Tout spectacle comporte des machines, des coulisses et des trucages; mais le spectateur le sait. Le téléspectateur, lui, ne le sait pas parce que l'instantanéité de l'événement et de sa vision supprime la distance réflexive. Il y a une évidence trompeuse de l'image qu'il faut distinguer de la domination par la parole trompeuse. L'image fait parler l'image. Un document visuel fait preuve par sa présence même. Et la légende signifie l'image. Ainsi, comme l'avait montré Jacques Laurent dans son film sur *L'été 40*, une même bande d'actualité représentant les rues de Vienne, le jour de l'*Anschluss*, fut montrée à Berlin et à Paris. Aux Berlinoises le commentaire annonce que les Viennoises sont tous aux portes de la capitale pour accueillir le chancelier Hitler; aux Parisiens, que les mêmes étaient calfeutrés derrière leurs volets fermés en signe de deuil national. Qui a mis en doute que la photo représentant Valéry Giscard d'Estaing regardant au lointain aux jumelles

86. *L'homme téléspectateur*, Gonthier, 1974, p. 75.

avait été prise sur un champ de courses, alors que la légende le présentait comme inspectant des positions israéliennes à partir d'un territoire arabe. Sans doute le citoyen, déjà installé dans cet espace public qui ne le surprend plus, n'est plus absolument sidéré par l'image; l'immédiateté du message n'entraîne plus l'immédiateté de la croyance. Mais ce qui s'évanouit dans la Galaxie Marconi, c'est *l'espace public de la parole échangée*.

Après ce constat, une mise en garde : il n'est pas défendu de partager la méfiance de certains pour qui l'image télévisée subjugue, domine et manipule les consciences. C'est cette méfiance très excessive qui conduit presque tous les pouvoirs à strictement réglementer l'espace public de la communication télévisée. Sous prétexte du nombre limité de canaux, le pouvoir politique partout essaie de contrôler cet espace public. La révolution copernicienne à rebours que constitue l'information audio-visuelle (autrefois, quand survenait un événement on sortait dans la rue; aujourd'hui on rentre chez soi) est d'ailleurs comprise comme telle par les politiques qui voient dans l'information démultipliée et partout immédiatement présente un pouvoir rival, un contre-pouvoir qu'il faut confondre avec le pouvoir, en même temps qu'un instrument pour prendre le pouvoir dans les têtes ou pour le conserver. Pour tous les pouvoirs, l'information est la clé de voûte du pouvoir, le pouvoir qui les contient tous et de qui tout dépend. La réussite de la communication est la condition du succès d'une politique, elle en est une dimension; en elle le quoi et le comment se confondent.

Au besoin en affirmant qu'il protège ainsi le « pluralisme » le pouvoir s'attribue directement ou indirectement (par Sofirad interposé) le contrôle de la propriété des moyens d'information. L'information ne va pas, par conséquent, de droit avec la démocratie, ni non plus ne se confond avec la propagande. L'information n'est ni libératrice ni totalitaire. Elle est ce qu'est la communauté politique où elle se développe. La communauté précède la communication. Si la libre expression des pensées de chacun et le libre accès aux pensées d'autrui sont garantis par le droit à *l'autodétermination de l'informé*, et si les effets inégalitaires des techniques et des moyens de l'information sont combattus autant qu'il se peut, par *l'abondance pluraliste*, alors l'information ne se confond pas avec le pouvoir.

Si au contraire l'Etat, au nom de l'intérêt public, socialise les moyens d'information et de communication, l'Etat, au nom de l'information, compromet l'information. Au lieu de l'autodétermination, c'est l'auto-destruction de l'information, constate Francis Balle pour qui la crise française de l'information résulte, avant toute autre chose, d'un manque de liberté⁸⁷.

Nous en sommes au tout début de l'émancipation de la communication. C'est à la capacité de la démocratie de maintenir à distance l'information audio-visuelle du pouvoir politique, qu'elle se juge et se jugera toujours davantage. La mise à distance politique ne suffit pas à surmonter la difficulté qui résulte de l'*illusion réaliste* que produit la télévision. Cette illusion modifie profondément la forme et le contenu de la démocratie. L'abolition de la distance entre le réel et le discours qui le nomme aboutit à suspendre le sens avec l'existence critique. Car la sidération désirée entraîne une écoute inconsciente pendant laquelle sont relâchées les fonctions sélectives et critiques du moi. Il n'y a que rarement un auteur conscient et délibéré de la manipulation, ni même un manipulateur; l'hégémonie de la fascination vient de cette suspension du sens, on pourrait dire de l'implosion du sens dans la fascination, car, note J. Baudrillard : « La fascination ne relève pas du sens, elle est proportionnelle de la désaffection du sens »⁸⁸. Ce qui veut dire que la simulation du dialogue, « l'illusion de l'entre-nous » (Claude Lefort), masque la régression de l'échange réciproque qui est le propre de l'*espace public*. Il n'y a pas vraiment domination, mais des rapports de réciprocité circulaires, des rapports d'identité, sans démarcation, un nœud de communications. Ce n'est pas l'œil central qui regarde (et surveille comme dans un panoptique de contrôle), mais c'est l'œil qui est regardé; le centre est chaque regard. « La fascination est fondamentalement liée à la présence du neutre impersonnel l' "on" intermédiaire, l'immense quelqu'un sans figure. Elle est la relation que le regard entretient, relation neutre, avec la profondeur sans regard et sans contour; l'absence qu'on ne voit pas parce que aveuglante », écrit Maurice

87. La liberté de l'information trahie, in *La liberté à refaire*, Pluriel-Hachette, p. 138.

88. *A l'ombre des majorités silencieuses*, Gonthier, 1984.

Blanchot⁸⁹. Le discours social qui reproduit le discours télévisuel est désormais implicite; il est invisible; il n'y a plus de pôle normatif à distance du social. Il s'investit dans la réalité pour la totaliser. Il ne donne plus figure à l'autorité, langue à la pédagogie, code au législateur, distinction du permis et de l'interdit, il est redoublement et mis en scène de choses, d'acteurs, d'événements et de déclarations selon le mode d'émetteur-message-récepteur sans échange social.

C'est la distance et ce sont les barrières qui rendent les hommes sociables; la société diminue avec le contact, et disparaît par « l'homogénéisation dans l'implicite » (L. Quéré). L'espace public est celui où il y a expression-présentation et expression-représentation, où des normes abstraites et universelles permettent la communication rationnelle et un jugement des fins et des raisons, des choix sociaux et politiques. Par l'explication controversée — que nous nommons la politique contradictoire, ou accusatoire, dont la version économique est la liberté contractuelle — les normes acquièrent l'universalité et la personnalité nécessaires à toute convention collective. La communauté construite entre les individus, sujets capables de raison, ayant quelque chose de commun fondé « en justice et en vérité » (J. Habermas). Mais nous sommes entrés dans « l'ère des simulacres » (J. Baudrillard) où toute distance s'abolit entre l'être et l'apparaître, l'être soi et l'être en public — être au monde, qu'Heidegger désigne comme bavardage, curiosité, équivoque. L'expression sociale n'est plus médiatisée par un référent impersonnel, régulateur symbolique maintenant la distance publique/privée, au profit d'un réel imaginé, d'une apparence contrôlée. Il s'agit de « faire impression », de « bien passer », d'avoir « une bonne image » et non de fonder la pratique politique sur un échange d'arguments rationnels destinés à valider des énoncés normatifs. C'est l'empire des Signes.

Citons le général de Gaulle, artisan incomparable de ce spectacle : « A présent, les téléspectateurs regardent de Gaulle sur l'écran. Pour être fidèle à mon personnage, il me faut m'adresser à eux comme si c'était *les yeux dans les yeux*. » Il est vrai que les majorités silencieuses, pour citer encore Baudrillard, que l'on tente de maintenir ainsi *sous le sens*, à l'intérieur de ces éloquentes *grilles de programmes* qui

89. Maurice Blanchot, *L'entretien infini*, Gallimard, 1988.

découpent et occupent le temps, rejettent spontanément tout dessein hégémonique des sens, en voulant du *spectacle*. Mais cette échappée ne fait que confirmer la disparition d'un espace perspectif; il n'y a plus de distance critique et spéculative du réel au rationnel, mais une hyperréalisation du réel sans écart avec sa représentation. La division entre réel et signes que permet la relation graphique est abolie; les signes, sans référentiel, flottent. Cela veut dire — comme Baudrillard le rappelle souvent — que les médias ne sont pas des instruments de communication, mais le contraire; ils émettent, ils témoignent du réel, ils représentent la représentation; tandis que le récepteur stimule le public; mais ils rendent impossible l'*échange réciproque*. Le grave défi de ce mode d'être au monde qui nous oblige à penser sans référentiel est donc de nous inviter à restaurer une *opinion publique*, au sens fort du terme, qui soit la contrepartie du Pouvoir d'Etat. C'est-à-dire un public et des opinions, et une opinion qui est une expression publique, où les citoyens peuvent se former, par eux-mêmes, par l'échange, une opinion. Ce qui implique l'accès des sources d'informations, de connaissances, de sciences, indépendant de celles du Pouvoir d'Etat. Ce que dit Paul Ricœur : « L'exercice indépendant de la justice et la formation indépendante de l'opinion sont les deux pouvoirs d'un Etat politique sain. Hors de là, c'est l'asphyxie »⁹⁰. La télévision pourrait alors constituer l'espace le plus démocratique de la démocratie. Notre forum, notre agora. C'est à la capacité de la démocratie de la maintenir à distance du pouvoir politique qu'elle se jugera et se juge toujours davantage; c'est-à-dire à la renonciation totale à toute forme de contrôle de la libre communication et à toute forme d'appropriation des moyens de production de l'information.

Le Pouvoir a tout d'abord, sur ce point, semblé vouloir tenir son engagement de libérer la communication de la tutelle étatique, déjà considérablement desserrée en 1974 avec l'éclatement de l'ORTF en sociétés nationales distinctes. Robert Badinter avait écrit dans *Le Nouvel Observateur*, en mai 1981 : « La mission des socialistes en ce moment important de l'histoire est d'élaborer, de mettre en œuvre, serait-ce contre leurs propres intérêts politiques immédiats, les droits

90. *Histoire et vérité*, Le Seuil, 1964, p. 282.

et les contrepouvoirs que requièrent les libertés au profit de tous, et bien évidemment des membres de l'opposition. »

De fait la loi du 29 juillet 1982, à l'instar de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, proclamant dans son article I : « L'imprimerie et la librairie sont libres », consacre une nouvelle liberté, *la liberté de la communication audio-visuelle*, et un nouveau droit, le droit de recevoir librement une communication libre et pluraliste. L'article I proclame comme un principe : « la communication audio-visuelle est libre » et l'article II complète *le droit de communiquer par le droit à la communication*, « les citoyens ont droit à une communication audio-visuelle libre et pluraliste », ce qui suppose l'abolition de tout contrôle de la pensée dans toutes ses expressions, et qu'il n'y ait d'entraves ni à l'émission, ni à la réception, comme il en est du livre et de la presse.

L'espace hertzien (comme la mer) ne devrait relever que des règlements de police pour assurer la liberté des ondes et *la liberté du droit d'accès* aux ondes. Mais, après avoir proclamé la liberté de communication audio-visuelle, la loi l'a aussitôt placée sous la dépendance du pouvoir politique en cent quatre articles. Le cas est rare d'une loi qui proclame le contraire de ce qui est annoncé. C'est en effet l'Etat qui l'exerce principalement, tandis que les particuliers — les radios « libres » comme on les appelle — sont soumis au régime de l'autorisation préalable, comme la presse sous Napoléon III. Proclamer une liberté, puis instituer un système d'autorisation, revient à rétablir le monopole et la domanialité sur les ondes hertziennes. Ainsi est-il significatif que la loi de 1982 n'emploie que cinq fois le mot « libre », trente-deux fois la formule « service public » et quarante fois les mots « agrément » et « autorisation ». Ce système d'autorisation préalable, le nouveau Pouvoir l'a étendu aux nouveaux médias.

Le Pouvoir d'Etat a ainsi entendu se réserver le *monopole de la parole légitime*. L'épuration des professionnels en 1981 précéda le quadrillage des espaces de communication. Il s'agit de s'assurer une emprise sans défaut sur les esprits; comme le parti prêtre décrit par Stendhal dans *Le Rouge et le Noir*, le Parti socialiste a voulu organiser la société civile, la convertir; il y a une cohérence entre la syndicalisation des conseils des universités, la nationalisation du

crédit, le nivellement hospitalier, la réduction de l'enseignement libre, la paupérisation des radios privées, l'extension des droits des travailleurs dans l'entreprise et la tutelle sur l'audio-visuel. Il s'agit d'une conquête spirituelle des institutions transformées en panoptiques transparents. « Ce dont les socialistes rêvent pour nous, écrit François Bouricaud, ce n'est pas du goulag, mais d'un internat tenu par des dirigeants socialistes »⁹¹. L'intention en avait été clairement dévoilée sous le pseudonyme de Jacques Mandrin du CERES annonçant que le Pouvoir « ferait du ministère de la Communication le véritable agent régulateur d'une communication dont les *impulsions* sont, par nature, l'âme même de la décentralisation »⁹². Ainsi les trois sociétés nationales de télévision, les fameuses « chaînes » si bien nommées, restent entièrement dans les mains du gouvernement; on l'a vu pour les nominations successives de leurs présidents et pour les mutations et mises au placard des journalistes à la veille de chaque scrutin électoral. De même le gouvernement occupe les espaces ouverts par les nouvelles technologies de communication comme le câble et le satellite pour lesquelles la liberté d'établissement n'existe pas. En étendant ainsi son monopole, le Pouvoir d'Etat entre à reculons dans le nouvel âge de la communication; à l'heure où toutes les grandes démocraties accueillent l'explosion audio-visuelle, le développement des nouveaux médias, la transformation de la presse écrite sous le signe de la liberté et de l'abondance, la France édicte des lois de tutelle et de pénurie, sous les noms de la transparence et du pluralisme à la presse écrite.

C'est pourtant en France que les mots et le concept de la liberté d'expression ont leur origine. L'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme le dit avec une sobre éloquence : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme. » La Convention européenne souligne dans son article 10 que cette liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées est incompatible avec « l'ingérence de l'autorité publique ». Ces textes consacrent un véritable *droit de l'homme à la communication*. L'expansion de la démocratie dans notre pays a

91. *Le Figaro*, 27 novembre 1983.

92. *Le socialisme et la France*, Le Sycomore, p. 89.

toujours été étroitement liée à l'avènement et au développement de la communication politique, c'est-à-dire à la qualité et à l'abondance de l'échange d'informations entre les citoyens et les gouvernants et les citoyens entre eux. Notre histoire démontre que de l'information libre tout le reste découle : et d'abord la démocratie. Cette première liberté les contient toutes. La participation à la connaissance est la plus digne propriété, c'est la condition de la propriété et de l'usage des autres libertés. C'est elle qui actualise et perpétue une communauté humaine ouverte et vivante.

C'est pourquoi *la liberté d'être informé* ne peut être dissociée de *la liberté d'informer*, de créer, de programmer, de communiquer ses opinions et ses œuvres. C'est cette liberté formelle qui est la condition d'exercice de la liberté réelle, la communication partagée, participée, échangée. Une liberté qui ne peut s'exercer que par les moyens contrôlés par l'Etat n'est plus une liberté. Elle est un privilège ou un faux-semblant.

Le contrôle gouvernemental de l'information, qui existait aussi sous les précédents septennats, passe aujourd'hui toute mesure et crève littéralement les yeux. L'inéquité dans la répartition des temps d'antenne n'a jamais été plus forte et plus insolente; l'inhibition organique des journalistes n'a jamais été plus grande et leur marge d'autonomie personnelle plus étroite. S'ajoute, à l'intérieur et bien au-delà des journaux de télévision, un militantisme idéologique, naïf ou subtil, qui tend à faire de la télévision et des radios d'Etat, selon une formule désormais célèbre, la grande machine « à changer les têtes ». Le programme de M. Jean Poperen, légitimant l'urgence de cette opération, se réalise : « Le principal support doit être les médias, et en premier lieu la télévision : il est vain d'espérer entraîner un mouvement d'opinion si notre effort — expliqué, répété — ne dispose pas de ce moyen essentiel. » Et de fait la suppression dans la lettre du monopole de programmation (tout en conservant le monopole de diffusion) ne s'est pas traduite par l'avènement de la liberté de programmation ni par une concurrence véritable des sociétés de radio et de télévision, indépendantes les unes des autres, ultime garantie du pluralisme des opinions et de la diversité des attentes du public. Mais ce qui est advenu, c'est la concentration bureaucratique de la production. De la même manière, les radios locales et les télévisions par câbles, contrairement aux décla-

rations initiales, sont soumises au régime de l'autorisation préalable et sont privées de ressources et donc d'audience; ce qui est étendre le monopole étatique. Et les restrictions relatives à leur financement privilégiant les radios dites périphériques (parce que leur siège réel est à Paris), les nouvelles radios publiques départementales, et la quatrième chaîne de télévision privatisée auprès de l'Agence Havas, société d'Etat, condamnent les radios libres, pour survivre, à la mendicité et aux subventions municipales étatiques. La possibilité de modeler la publicité sur FR3 fait peser sur la presse régionale une menace constante. S'ajoute l'impérialisme croissant d'Havas sur l'espace publicitaire et les moyens de communication, puisque Havas est à la fois régisseur, agence de publicité et propriétaire de média, ce qui aux Etats-Unis relèverait de la législation anti-trust. S'ajoutent — comme chacun peut le constater — la dégradation progressive de la gestion du service public, la prolifération des personnels sans emploi dans les télévisions nationales et l'affaiblissement du pouvoir de création. L'emprise bureaucratique substituée aux marchés avec ses rigueurs et ses libres contraintes entraîne un effondrement de la qualité. La grande misère de l'expression vraiment et librement créatrice condamne toujours davantage la radiotélévision à diffuser des productions étrangères. Ainsi la liberté de communication a été *confisquée aussitôt que proclamée*.

Il n'y a pas un mot à changer au réquisitoire que prononçait François Mitterrand en 1980 dans *Ici et Maintenant* : « L'Etat français possède 83 % de Radio-Montecarlo et la minorité de blocage à Europe 1. Le Président de la République contrôlait RTL. A la tête d'Havas se trouve son ex-conseiller personnel. Il établit ses moyens de pression de façon systématique pour placer ses hommes et imposer ses vues. Le Président de la République a échoué sur l'économie... Alors il pose des verrous partout où risque de passer un air de liberté. » C'est bien parce que le problème de la liberté d'informer et d'être informé se posait déjà en 1980, mais il se pose avec davantage d'acuité depuis mai 1981, que François Mitterrand, inculpé pour avoir assumé courageusement la responsabilité d'une radio libre, écrivait au juge d'instruction : « Je vous prie, Monsieur le Juge, de bien vouloir inculper sans délai le Président de la République, le Premier Ministre, le ministre de l'Intérieur, le ministre des Postes et des Communications qui usent

du monopole public, de la radiotélévision comme d'une propriété personnelle. Cette inculpation aurait le mérite de poser clairement le problème de la liberté et de l'information en France. »

Le projet de loi du 23 novembre 1982 sur la presse écrite s'inscrivait dans cette logique de contrainte. Il visait à confondre les contre-pouvoirs avec le pouvoir. Il s'agissait d'une première étape, puisque fut annoncée une nouvelle législation des aides postales et fiscales à la presse. « Service public », proclama Lionel Jospin de l'information. C'est la même définition robespierriste qui en est donnée par Georges Filloud annonçant un statut de la presse « qui protège la presse contre elle-même ». Ces mots outrageants pour les hommes de communication nous livrent le véritable motif du projet de loi sur la presse écrite, loi d'exception puisqu'elle visait à supprimer le droit d'entreprise d'un groupe de presse particulier, doublé d'une juridiction d'exception, une commission qui se nommait par antiphrase « en charge de la transparence et du pluralisme », pour être la chambre d'accusation du pluralisme lui-même. Cette juridiction politique avait en effet le pouvoir qui ne devrait appartenir qu'aux seuls magistrats de l'ordre judiciaire de requérir, d'instruire, de perquisitionner, de juger et de sanctionner. Elle disposait du droit de mort sur la presse par le droit sans appel de supprimer les aides fiscales et postales accordées à tous les journaux. Cette commission, substituée à l'autorité judiciaire, est sans précédent comme sans comparaison aux Etats-Unis, en RFA, en Grande-Bretagne, en Italie, en Suède...

Comment était-il concevable d'appliquer une loi à un seul groupe de presse, alors que 10 ou 12 groupes régionaux se trouvent dans le même cas ? En quoi les personnes interposées qui assurent les relais du Parti communiste sur plus de 400 titres ne seraient-elles pas les personnes interposées visées par la loi ? Comment épargner le monopole de l'emploi du syndicat cgt du Livre, le monopole des Nouvelles Messageries de Presse, le monopole de Havas sur la publicité, le monopole de l'Etat dans les télévisions ?

Ce qui était l'objectif sans équivoque du Pouvoir d'Etat est la mort politique de toute presse d'opposition. La transparence financière des entreprises de presse, tant dans leur capital que dans leurs recettes d'exploitation, ne serait pas inutile ; les lecteurs ont le droit de

savoir à qui le journal appartient et quelles sont ses ressources. L'objet de la loi était de pénaliser les journaux qui réussissent, c'est-à-dire les seuls capables de relever le défi des nouvelles techniques et des nouveaux médias, par le contingentement de leur expansion, par la pénurie organisée, et par un soutien sélectif accordé coup par coup, c'est-à-dire en fonction du conformisme ou de la compréhension politique, pressions auxquelles s'ajoute le bénéfice discrétionnaire des commandes publicitaires du secteur nationalisé. Tout cela fait aujourd'hui, note le rapport de la communication du CAF, que la presse dépend de l'Etat pour ses tarifs, ses ressources publicitaires, sa trésorerie, ses investissements et jusqu'au degré de concurrence que les autres médias peuvent lui faire dans chaque zone de diffusion : « Cette situation n'a pas d'équivalent dans les démocraties libérales »⁹³. A l'exemple des autres démocraties et à l'inverse de ce qui se pratique chez nous, le progrès dans ce domaine passe par le rétablissement de *la logique de la liberté*.

Comment instituer une communication sans contrainte ?

Pour que la France choisisse au contraire de relever le défi de l'avenir, des ruptures s'imposent. Elles sont juridiques :

1 / Une bonne loi est une loi brève. Comme l'article 1^{er} de la loi de 1881 disait tout : « L'imprimerie et la librairie sont libres », la Constitution devrait insérer au nombre des principes fondamentaux de la République — à l'exemple du premier amendement à la Constitution américaine — le principe du droit à l'information auquel aucune loi ne pourra déroger : « La télévision, la radiodiffusion et la presse écrite sont libres. »

2 / La mise en conformité des lois et règlements avec ce principe entraînera la *suppression du monopole*, c'est-à-dire la désétatisation des radios, des télévisions, de la publicité, de l'imprimerie et de l'affichage. Pour les médias audio-visuels, l'attribution des fréquences sur les grands axes de communication doit relever d'une autorité technique neutre, comme aux Etats-Unis la Federal Communication Commission magistrature technique comparable chez nous à la Commission des Opérations de Bourse.

93. *Cahiers de l'avenir de la France*, n° 2 de la Communication, 250 boulevard Saint-Germain, 75007.

3 / La première expression de la liberté doit être la liberté d'éditer et de publier et de programmer, dans des conditions telles *que la règle du jeu soit égale pour tous*, que ce soit pour les ressources publicitaires, la répartition des redevances si elles devaient être maintenues, les aides fiscales et postales, et le droit des personnes et des personnels.

4 / L'approfondissement et l'extension de la loi de 1977 réprimant les ententes et positions dominantes abusives doivent recevoir application à tous les domaines de la communication : télévision, radio-diffusion, production, presse, imprimerie, embauche, publicité affichage, réseau câblé, satellite de télédiffusion... *Il ne faut pas qu'un monopole en cache un autre*. L'information doit être sans verrous, hétérogène, hérétique, multipolaire; de cela tout le reste découle, ce premier droit contient tous les droits.

L'entreprise de communication étant reconnue comme une entreprise comme les autres doit être soumise comme les autres à la législation sur la concurrence, sous le contrôle d'une commission de la concurrence aux pouvoirs réels à l'exemple de la Federal Trade Commission American. Le risque de voir traiter la communication en marchandise est moins grave que de la voir traiter en moyen. Les faussaires, les fraudeurs et les sots ne dominent pas l'échange si le marché est libre.

5 / Deux principes devront guider les rares dispositions législatives qui auront à préserver la liberté d'émettre et la liberté de recevoir, car le droit à l'information est indissociable de la liberté d'informer. La presse constitue par nature le contre-pouvoir qui est indispensable au maintien et au développement de la démocratie. La presse écrite ou audio-visuelle nationale ou régionale ne peut vivre que de la liberté d'entreprendre, de communiquer ou de programmer, à l'instar de la liberté d'aller et venir, et n'autorise, comme la liberté de la circulation, que le seul exercice de certains pouvoirs de police afin d'assurer la communication de tous et pour tous. Ce qui veut dire :

a) le désengagement de l'Etat et sa neutralité sous la seule réserve d'assurer effectivement le pluralisme sous le seul contrôle judiciaire.

b) toujours en tous lieux et en toutes circonstances, préférer celui auquel on s'adresse à celui qui s'exprime; c'est-à-dire les lecteurs, les auditeurs et les téléspectateurs qui en politique s'appellent les citoyens.

Pendant longtemps la liberté de l'information s'est confondue avec la liberté d'édition et avec la liberté de la presse, c'est-à-dire avec la seule liberté d'émettre. Mais les nouveaux médias de communication, la télévision directe par satellite, utilisant des bandes de fréquence différentes des émetteurs terrestres et plus nombreux, la télévision par câbles, les magnétoscopes et les réseaux de la télématique font que l'utilisateur dispose d'une plus grande latitude de commande. C'est la liberté de recevoir qui prend de l'importance et par conséquent la possibilité d'accéder sans discrimination aux informations et aux œuvres audio-visuelles de son choix. La dérive de la liberté d'information décelée par Francis Balle commence à ce constat. Héritier de l'école unique pour tous de Jules Ferry, l'Etat, au nom de l'information pour tous et de la parole pour tous, au nom de la conception qu'il se fait de l'information et de la parole se veut l'instituteur du changement. Car l'Etat, quel qu'il soit, d'où qu'il vienne, se croit toujours le mérite d'avoir à protéger le public. Après l'Etat Providence, voici l'Etat Provisoire.

Mais la désinformation commence précisément quand quelques-uns, au nom d'un intérêt général dont ils s'érigent les juges, se croient un devoir de se réserver la bonne parole sous le couvert de la « spécificité » des entreprises de presse ou de radiodiffusion. Il faut revenir au simple : l'objet du droit de l'information c'est le droit de créer, de produire, d'émettre et le droit de choisir, de recevoir, d'être informé. Les singularités de la communication sont imaginaires; les contraintes techniques sont surmontées au Japon, en Suède et aux Etats-Unis. L'information est un produit comme les autres, mais aussi une liberté comme les autres, un produit qui s'achète et qui se vend, qui est produit et rétribué, qui a un coût et procure un rendement. L'industrie pour être compétitive doit être concurrente. L'entreprise de communication doit donc être soumise au droit commun de toutes les entreprises. La liberté de faire est inséparable de la liberté de dire; la liberté d'entreprendre, de la liberté de créer. Ce sont toutes des libertés civiles.

La seule singularité de l'entreprise de communication c'est la liberté des journalistes, ces créateurs d'intelligibilité de l'information quotidienne; mais cette liberté est leur responsabilité; aucun service public ne peut s'y substituer; pour citer entre Francis Balle : « La

liberté de la presse n'appartient à personne qu'à la presse elle-même » ; le journaliste n'a pas le monopole de la liberté d'information ; c'est une liberté partagée avec l'éditeur ou le programmateur et le destinataire de l'information. Sa liberté est incomplète sans la liberté du lecteur, de l'auditeur et du téléspectateur de choisir, c'est-à-dire d'avoir accès à toutes les sources d'expression et d'information. La communication n'est pas un droit de l'émetteur, s'il n'y a un droit du récepteur. La liberté de recevoir est le corollaire de la liberté d'émettre. L'information est un marché ; comme le marché, ce sont les attentes et les demandes des consommateurs d'informations et d'œuvres qui déterminent l'opportunité et les productions. On a beaucoup parlé du consommateur roi. La métaphore vaut pour la communication. Pourquoi ce qui est bon pour l'industrie et le commerce, mais aussi pour la presse écrite, l'initiative privée, la concurrence, c'est-à-dire la loi de l'offre et de la demande, comme *procédure de découverte*, serait-il pervers pour les autres produits et les autres moyens d'information et d'expression ?

Où seraient la convivialité et l'individualité à la fois dans une société devenue un réseau transistorisé d'individus ventilés comme terminaux d'informations ? Au rapport monologal immédiat du Pouvoir d'Etat et de son idéologie invisible — avatar de la relation archaïque du *pater familias* et du citoyen infantilisé — le droit doit opposer la société de communication, la *démocratie dialogale*. Car sans information la participation citoyenne à l'élaboration du destin collectif qui conditionne son propre destin est mystification. Le droit de la communication c'est la liberté de savoir. Savoir pour participer et pour agir. Savoir qui est un droit, car ce qui vient des hommes leur appartient et doit leur revenir, or le savoir est la plus personnelle et la plus digne propriété tout en étant indivisible entre les hommes ; mais ce retour est aujourd'hui médiatisé par quelques-uns ; une liberté qui n'est exercée que par quelques-uns est un privilège. Elle doit devenir une liberté partagée parce qu'elle est un besoin ; tout besoin n'est pas un droit, mais un besoin aussi objectif et universel que le savoir lance un appel au droit.

La *parole plurielle* est un antidote du Pouvoir. Mais le Pouvoir et la Parole sont spontanément de connivence pour consentir au premier le contrôle de la parole et de l'image. Le Pouvoir parce qu'il croit que

prendre la parole c'est prendre le Pouvoir⁹⁴. La Parole parce qu'en s'enfermant dans un réseau de conditionnement qui la sécurise, tout en assurant son besoin d'identification et de projection, elle croit échapper à l'angoisse qui est liée à chaque action et à chaque choix. La condition de l'homme encombré, plongé dans une histoire accélérée, est bombardée d'informations éphémères, et c'est pour cela qu'il éprouve la tentation de remettre la parole à un pouvoir protecteur. C'est à une nouvelle expérience du libre-arbitre humain qu'appellent la libération de la communication, la libération de l'information, service d'intérêt public (et non service public); si l'usage de la liberté est source d'angoisse, elle est aussi ce qui transcende l'homme. C'est donc le droit de libérer la liberté *aux risques de la communication* qu'il faut revendiquer comme droit de l'homme; *la liberté fera le reste*.

LE DROIT À LA PEINE

« Si on laisse voir aux hommes que le crime peut se pardonner et que le châtimement n'en est pas toujours la suite nécessaire, on nourrit en eux l'espérance de l'impunité : on leur fait regarder les peines non comme des actes de justice mais comme des actes de violence. »

Cesare BECCARIA, *Les délits et les peines*.

Comment passer de la loi de la force à la force de la loi

La violence est partout. La violence atteint tout. Elle menace ainsi la convivialité civile; et au-delà d'un certain seuil, comme dans l'Italie des Brigades rouges et des kidnappings, la paix publique et la puissance publique elle-même. Chacun le sait et le voit. La violence des terroristes s'est transmise aux criminels de droit commun qui lui empruntent ses armes et ses stratégies, comme la prise d'otages. La violence sociale, avec ses séquestrations et ses cocktails molotov, est devenue le moyen ordinaire pour engager une négociation, comme pour les criminels politiques celui de s'ouvrir la porte des chancelleries. Cette violence est contagieuse; elle n'est plus l'apanage des seuls cri-

94. R. Drai, *Le Pouvoir et la parole*, Payot, 1981.

minels : la contre-violence entre dans les mœurs par la voie des jurys d'assises qui de plus en plus nombreux jugent légitimes des ripostes disproportionnées à l'attaque; les voies de fait se multiplient au détriment des voies de droit. La vie elle-même devient violente : la publicité « matraque » ou « écrase » les prix et la presse sur les écrans et sur les ondes assène par « flashes » le « choc » de ses informations. Et l'hystérie dans laquelle s'achèvent certains festivals de musique et le déchaînement de violences qui accompagne des rencontres sportives témoignent de la positivité de cette ascension irrésistible de notre violence.

Le mot de violence en vient à désigner n'importe quoi : la hiérarchie, la loi, l'urbanisme, la bureaucratie, et les incidents les plus banals et à perdre ainsi tout contenu concret. Le mot voile les choses et les mêle. D'où la tentation inverse de stigmatiser le discours « sécuritaire » comme produisant une violence symbolique et irrationnelle à des fins de manipulation politique. Si la violence ne vient pas de naître, car l'homme est plus naturellement porté à la violence qu'à l'amitié pour l'homme, elle est redevenue, après une éclipse partielle de près d'un siècle, une donnée majeure de la vie quotidienne. Et le discours polymorphe sur la violence, réelle ou imaginaire, reproduction emphatique pour nos contemporains d'un des lieux communs de l'anthropologie philosophique traditionnelle : l'homme est un loup pour l'homme (l'homme est un « primate agressif », écrit Lorentz), contribue à sa manière à l'insécurité et au sentiment d'insécurité qui fait cercle avec elle ; il la diffuse de façon contagieuse, en faisant de la violence une fatalité de l'histoire humaine ou une donnée inéluctable de la division du travail et du développement économique des sociétés modernes. Le choix est entre des déterminismes : l'agressivité naturelle ou le chômage structurel. Ainsi la déviance et la délinquance, qui se distinguent et s'opposent par le passage à l'acte délinquant, seul signifiant, seul susceptible de répression, se confondent dans un rejet commun qui ne distingue pas toujours les comportements différents et les infractions punissables au terme du Code pénal et causant un dommage injuste à autrui. Ce qui donne l'indice du caractère *intolérable* de la vie sociale menacée, avec les composants de cette intolérabilité : psychose d'agression, peur des autres, exaspération quotidienne, intolérance, angoisse collective.

C'est le contrat social, avec ses obligations réciproques, qui est menacé ainsi de dissolution. Paradigme ou illusion, c'est bien le consensus perdu et la nudité du droit que dénonce l'opinion quand elle accuse le prétendu « laxisme » de la justice et l'absurde légende des « prisons quatre étoiles ». Devant la probabilité de l'imprévisible, cette dénonciation exprime la nostalgie de l'Etat de droit. Lorsque la force fait droit, lorsque le fait accompli est anobli par le succès, subsiste et s'exprime dans cette phobie l'idéal d'une communauté où le droit n'est pas violence parmi les violences, mais *l'armistice des forces*. Il faut, pour fixer les conditions minimales d'une politique contre la violence, la désenchanter, l'identifier, la qualifier et l'évaluer. C'est l'office du droit que de *nommer* les violences et de les *exclure*.

Comment distinguer les mythes et les réalités de la violence

Mais il faut voir que la violence criminelle, *la violence physique contre les personnes* qui seule correspond à une définition de la violence criminelle, violence volontaire, qu'il faut distinguer de la violence suicidaire, accidentelle, terroriste, politique, industrielle... ne vient pas de naître. Jean-Claude Chesnais l'a démontré dans son *Histoire de la violence en Occident de 1880 à nos jours*⁹⁵. Elle n'a pas attendu pour exister l'impact formidable que lui donne l'information immédiate, simultanée et répétée; les pirates de la Méditerranée ont précédé les pirates de l'air; Catilina, la Bande à Bader; Mandrin, Mesrine; la forêt de Bondy valait bien la station du métro Châtelet. En 1660, Boileau dénonçait l'insécurité de la capitale la nuit venue :

le bois le plus funeste et le moins fréquenté
est, au prix de Paris, un lieu de sûreté.

La statistique criminelle, enregistrement impartial des passions et des débordements, inaugurée en 1825 sous le nom de Compte général de la Justice criminelle, si elle affadit l'horreur sous le nombre, nous en montre la présence de masse, ses causes régulières ou fortuites, son évolution dans l'espace et dans le temps. Elle est l'atlas du crime. Elle permet de le définir dans une typologie qui déjà l'exorcise en lui donnant sa véritable dimension qui n'est pas tout à fait celle

95. Ed. Robert Laffont, 1981, rééd. Pluriel.

des nouveaux oracles : les sondages d'opinion. Dès le début du siècle, le criminologue italien Ferri en montrait l'importance : « La statistique criminelle est pour le législateur ce que sont pour le navigateur la carte, la boussole et la sonde »⁹⁶. Mais déjà le Belge Quételet, en 1835, en tirait la loi de sa constance relative : « Nous pouvons énoncer d'avance combien d'individus souilleront leurs mains du sang de leurs semblables, combien seront faussaires, combien seront empoisonneurs, à peu près comme on peut énumérer d'avance les naissances et les décès qui doivent se succéder »⁹⁷. De son « bilan du crime » il concluait à l'effacement des effets du libre arbitre quand les observations s'étendent sur un grand nombre d'individus.

C'est ainsi que vers 1970, selon Interpol, la proportion des homicides volontaires était très voisine dans la plupart des pays industriels, en France, en Allemagne, au Japon; elle est de un à trois pour cent mille habitants; soit dix à vingt fois moins que dans la plupart des pays peu développés; seuls les Etats-Unis sont très au-delà avec une mortalité par homicide neuf fois supérieure à la moyenne française⁹⁸, avec cette précision que, si la population de couleur est plus violente, elle est aussi plus souvent victime de violence, car la violence est plus souvent intraraciale qu'interraciale. Les clichés sur la géographie de la violence sont trompeurs (Jean-Claude Chesnais) : c'est en Finlande et en Yougoslavie et non en Irlande ou en Italie que les crimes de sang sont les plus nombreux.

Mais cet atlas est incomplet : l'URSS, la RDA et la Roumanie ne publient aucune statistique; la loi du secret cache les chiffres de la violence, du vol, de la corruption qui contredisent la propagande officielle selon laquelle le crime n'existe plus dans la sphère soviétique. Un ancien condamné à mort, survivant du bagne, Shifrine, a pu comptabiliser 1 976 camps, 273 prisons et 85 hôpitaux psychiatriques spéciaux. Un rapport du Dr Georges Antoniu, chef de la section de droit pénal et de criminologie de l'Académie des Sciences sociales de Roumanie, présenté à Paris en 1985 à un Congrès de Criminologie⁹⁹,

96. *La Sociologie criminelle*, Alcan, 1905, p. 181.

97. *Physique sociale*, t. I, rééd. 1869, p. 93.

98. Maurice Cusson, *Le Contrôle social du crime*, PUF, 1983, p. 18 et 19.

99. Société internationale de Prophylaxie criminelle, Congrès *Philosophie et criminologie*, 14-15-16 février 1985.

affirme que la criminalité, selon Karl Marx, « le génial fondateur du socialiste scientifique », et les œuvres du président Ceauscu, lui-même génial criminologue, sont un phénomène social lié à la propriété privée et à « une mentalité rétrograde héritée de la société ancienne ». Depuis la liquidation de la propriété privée et l'appropriation collective des moyens de production « les transgressions de la loi vont diminuant ou perdent au fur et à mesure de leur importance », car « la propriété socialiste ne saurait générer la criminalité », sous la seule réserve de l'influence des pays non socialistes qui « déterminent des comportements antisociaux »; contre ceux qui ainsi transgressent la loi, « les organes qui exercent la contrainte d'Etat doivent faire preuve d'intransigeance ». Si en Roumanie, comme en URSS, les statistiques criminelles sont des secrets d'Etat, il n'en est pas tout à fait de même de la Hongrie; les statistiques hongroises nous apprennent que, depuis l'insurrection de 1956, progressent ensemble la propension au meurtre, la hausse des suicides, la fréquence des avortements et des infanticides et la dénatalité.

Revenons en France : là, comme dans le reste de l'Europe, les Etats-Unis exceptés, les décès par homicide volontaire, s'ils mobilisent l'attention des médias, sont moins fréquents qu'autrefois : la fréquence de l'homicide volontaire est deux fois et demie moins forte aujourd'hui que vers 1830. Il en est de même des violences sexuelles qui n'ont pas cessé de régresser depuis 1880. Mais la question du viol, l'agression la plus fréquente que risque la femme, car ce risque est dix fois supérieur au risque d'assassinat, demeure un sujet tabou. Ni Freud, ni la Commission Peyrefitte sur la violence n'en parlent, comme si une connivence masculine entretenait la conspiration du silence, connivence associée au sentiment partagé par tous les violeurs d'être innocents, ou en tout cas de ne pas avoir commis un crime. Que le viol soit une manifestation de la violence est confirmé par l'exemple des Etats-Unis où la carte du viol (près de 30 pour 100 000 habitants pour 3 en France) se superpose à celle de la violence, avec la même disproportion à la charge de la population de couleur. Ainsi l'homicide volontaire, la grande violence qui mutilé, et le viol, ces agressions les plus graves contre la personne ne cessent de régresser. La France est le pays industriel où la mortalité violente (accidents du travail, suicides, holocaustes routiers) est la plus élevée et où la part du

crime dans cette mortalité est la plus faible : 1 % seulement, soit deux fois moins que dans les autres pays d'Europe et treize fois moins qu'aux Etats-Unis.

Mais plus la violence criminelle recule, plus ce qu'on appelle la moyenne et la petite violence, car un vol est une violence, est insupportable; l'irrationnel l'emporte sur le rationnel; la violence vue sur la violence vécue. Et cette grande peur de la violence indiscriminée n'est pas fantasmée. Elle est réelle et justifiée. Jacques Léauté¹⁰⁰ a montré que l'éclipse partielle de la violence quotidienne qui nous fait peur aujourd'hui se lit dans les statistiques criminelles, de 1815 à 1955; en effet, de 1875 à 1955, le taux des condamnations prononcées par les cours d'assises et les tribunaux correctionnels, exception faite des périodes de guerre, est relativement stable : 4,9 à 6,1 pour 1 000 habitants; la tranquillité régnait dans les rues; dans les campagnes aussi; le métropolitain, même le soir, n'était pas dangereux; on ne fermait pas toujours sa porte ou sa voiture à clé. La peur s'était effacée pour un temps des mémoires. Aujourd'hui la peur a réapparu; elle s'inscrit dans les statistiques depuis 1954 avant de s'éprouver dans le sentiment d'insécurité qui a commencé à se manifester avec un retard de trois ou quatre ans; et de fait, de 1963 à 1977, il y a eu treize fois plus de crimes et délits, pour une population constante, que treize ans plus tôt; et par conséquent treize fois plus de victimes. Cette hausse est celle des vols avec violence, mais surtout des vols sans violence; c'est la recherche du profit qui est le moteur principal de cette augmentation des infractions. Aussi les maisons s'entourent de grilles et de pièges; les portes sont blindées; les rideaux de fer sont revenus sur les magasins; le métro, en dépit des forces de police qui désormais patrouillent, est tenu pour dangereux, même le jour. Et le retour de l'opinion en faveur du rétablissement de la peine de mort traduit cette hantise nouvelle, alors que ce n'est pas la guillotine des assassins qui arrêtera l'agresseur qui arrache son sac à la vieille dame qui rentre chez elle.

Mais cette ascension de la violence n'est pas irrésistible; elle n'est pas fatale. La montée de la criminalité aux Etats-Unis, dans les grandes villes, semblait constituer le modèle irrésistible du dévelop-

100. Jacques Léauté, *Notre violence*, Denoël, 1977.

pement des sociétés industrielles; or, dès 1977 Jacques Léauté croyait pouvoir annoncer, comme une hirondelle annonçant le printemps, une pause dans cette hausse. C'est bien le printemps qui l'annonçait, car depuis trois années le mouvement s'est véritablement inversé. Il n'y a donc pas de fatalité criminelle, mais des politiques contre le crime. Cette politique est celle qui prend en compte le fait que le délinquant, comme tout homme, veut satisfaire ses besoins humains fondamentaux : satisfaire ses envies du moment, déployer son énergie, exercer son pouvoir sur autrui, susciter l'admiration, mais qu'il est aussi un être capable de raison, de faire le bilan des moyens et des fins, et des risques, et devant la probabilité du risque de s'abstenir.

*Comment la certitude de la peine
est l'un des chiffres du calcul rationnel du délinquant*

La peine n'avait pas bonne presse. Elle passe encore pour une survivance irrationnelle, inefficace ou injuste. Dans *l'avant-projet dit définitif du Code pénal* de 1978, on avait d'ailleurs remplacé le mot peine, à cause de sa connotation péjorative et dévalorisante, par celui, neutre, de *sanction*, aboutissant au paradoxe d'un Code pénal sans peines... Ce projet, aujourd'hui à nouveau sur le chantier, est l'aboutissement des efforts de quarante années d'une école, ou plutôt d'une idéologie : la *défense sociale*. En réaction contre une justice exclusivement répressive et distributive, qui privilégiait exclusivement l'acte au détriment de l'auteur de l'acte, cette école avait substitué comme finalité de la peine l'utilité à la rétribution et à l'exemplarité; l'utilité, c'est-à-dire le *traitement de resocialisation*, ne considérant plus ainsi que la personne pour ne voir, dans l'acte criminel, que le signal d'alarme de sa « périculosité ».

Issue de l'œuvre de Grammatica, humanisée par Marc Ancel, héritière de Bentham, et de son calcul utilitaire des peines et des plaisirs, de Saleille et son « individualisation » des peines et surtout des positivismes divers qui, à la suite de Ferri et du Dr Lombroso, ont exorcisé du Droit pénal toute intention de *Justice*, cette école dominait les esprits et inspirait le législateur jusqu'à ce que la publication de cet avant-projet, qui évacuait avec la peine les concepts cardinaux de culpabilité et de responsabilité, agisse comme un repous-

soir. La mort de la peine apparut alors comme l'incidence des idéologies de la mort de l'homme qui reflue aujourd'hui devant le retour de la personne responsable. *La démoralisation* du Droit pénal fut mise à son passif avec la montée du taux des récidives et la plus forte augmentation de la délinquance de notre histoire statistique criminelle.

Ce détonateur a provoqué une inversion des attitudes sur le bien-fondé de la peine, ses finalités et ses modalités. L'existentialisme pénal qui avait contaminé le Droit fait place à un retour essentialiste : les concepts d'acte, d'infraction, de responsabilité, de rétribution sont à nouveau objet de la réflexion après que les notions de déviance, de dangerosité, de punissabilité et de traitement ont occupé les chaires et les tribunes depuis 1945.

Les Etats-Unis avaient, il est vrai, précédé cette réaction du bon sens et cette réhabilitation du Droit pénal. L'échec des peines indéterminées et des traitements de réinsertion avaient conduit à une révision déchirante de l'idéologisation de la Criminologie et du Droit pénal. « Le moment est venu pour la criminologie de regarder la vérité bien en face, écrivait le criminologue canadien, le R. P. Mailloux, la cause effective du crime est celui qui le commet, le criminel, c'est-à-dire un homme libre et responsable de ses actes, tout en étant soumis comme chacun d'entre nous, au cours de son existence, à des aléas susceptibles d'affaiblir sa lucidité et son contrôle »¹⁰¹.

La politique suivie jusqu'alors avait pour philosophie une conception déterministe et misérabiliste de l'homme. On peut lire dans le programme de la Société internationale de Défense sociale : « Il faut éviter de laisser le droit criminel ou son application sous l'influence de notions telles que le libre arbitre, la faute et la responsabilité, en tant qu'elles constituent des notions métaphysiques »¹⁰².

L'homme n'est donc pas responsable de ses actes, qui sont imputables à une interaction de facteurs biosociaux-psychoculturels ou « politiques », il n'est donc pas coupable ; il faut prévenir ces facteurs et traiter leurs effets. Le fait que la délinquance ne soit pas l'apanage des « classes dangereuses », comme on disait au XIX^e siècle,

101. Mailloux, *Une espérance trop méconnue du criminel : retrouver sa place au milieu des hommes*, Montréal, Centre de Recherches en Relations humaines, 1979.

102. *Revue de Sciences criminelles*, 1954, p. 307.

mais qu'elle fût devenue le fait de « Monsieur tout le monde », aurait dû alerter les idéologues sur ce que les facteurs étudiés par la « clinique criminologique » pouvaient n'être que des tendances et non des causes. Si ces facteurs avaient valeur de variables d'une équation, tous les hommes soumis aux mêmes conditions de dissociation familiale, de frustration économique, ou d'environnement crimino-gène devraient passer à l'acte. Un seul chiffre avait été oublié : le libre arbitre humain qui fait de l'homme le maître et le responsable de son destin.

Si les hommes commettent des infractions, c'est le plus souvent pour arriver à leurs fins, satisfaire leurs besoins, promouvoir leurs intérêts, assouvir leurs passions, surmonter leurs difficultés. Le délit est un moyen pour réaliser des fins qui sont celles de la plupart des hommes : la possession, la domination, l'excitation, le prestige, la haine. Le délinquant apparaît comme un acteur qui prend des décisions, élabore des stratégies, poursuit des fins, choisit les moyens disponibles. Une certaine rationalité inspire ses décisions; il recherche un résultat, compte tenu des opportunités. Il agit. Et son acte est au moins aussi important que sa personnalité; c'est par l'acte posé que l'argent change de poche, que des blessures sont infligées, que la mort est donnée; il est plus qu'un symptôme. Les comportements suivis de satisfaction sont reproduits; ceux qui sont suivis de conséquences désagréables ont moins de chance d'être reproduits. Le calcul du criminel est aussi économique que celui des agents du marché. Le passage à l'acte est moins une énigme qu'un calcul. Bref, « si le jeu n'en vaut pas la chandelle », il n'y aura pas récidive¹⁰³, car le renouvellement du délit est souvent le résultat d'un premier délit réussi et impuni. La logique des actes humains est commune aux délinquants et aux autres hommes.

Selon cette approche, au moins aussi humaniste que celle qui fait du délit un agrégat fortuit autour d'un pantin, la peine est autant que le profit l'un des chiffres du calcul rationnel. La peine n'est donc ni irrationnelle, ni inefficace, ni injuste. Il est donc légitime de vouloir un Code pénal qui soit un recueil de menaces claires et précises; que la violence légale de la peine soit mise à exécution pour que ces

103. Maurice Cusson, *Délinquants, pourquoi ?*, Armand Colin, 1981.

menaces soient crédibles; que l'on réhabilite la répression *a posteriori* sous la forme de ce recueil de menaces, par rapport à la prévention individuelle *a priori* qui comporte des virtualités préoccupantes de surveillance, de traitement et de redressement, contraires aux droits de l'homme; que les avantages procurés par les infractions soient inférieurs aux inconvénients résultant de la peine, c'est-à-dire que les peines soient d'une sévérité relative aux profits escomptés et aux dommages subis; et surtout que la peine soit *certaine*.

La probabilité qu'une infraction soit effectivement punie est raisonnablement inverse au nombre d'infractions commises. Pour cela, il convient qu'il n'y ait pas de trop grande distance entre les peines légales, les peines prononcées et les peines réellement exécutées. C'est dire aussi que la société reconnaisse, dans le Code pénal, les valeurs qu'elle entend conserver, défendre et affirmer. « Un Code pénal appartient essentiellement à son temps et à l'état correspondant de la société civile », écrit Hegel dans sa *Philosophie du droit*¹⁰⁴. L'inflation aberrante des normes pénalement sanctionnées dans le droit des sociétés, du travail, de la route ou de la santé..., ne correspondant pas à des valeurs essentielles, hors de proportion avec les moyens d'en assurer le respect, a profondément dévalorisé la règle pénale.

D'où une entropie croissante du système social, et la violence a naturellement rempli l'espace des relations que le droit, du fait de son excès, ne contribue plus à maintenir pour la tranquillité de l'ordre. Ce retour à une politique de prévention générale, par *l'abandon des peines flottantes au profit de peines étalons* — tout en conservant au juge une large faculté d'individualisation, notamment en fonction du seuil individuel à partir duquel la peine est dissuasive — s'inspire donc d'un choix : à la dissuasion spécifique, que le taux élevé de récidive ne crédite pas d'une grande efficacité, préférer la dissuasion générale. La dissuasion où se trouvent associées la certitude et la rétribution. Le rétablissement d'une *échelle des peines* répond autant à un besoin de justice que d'efficacité; cette échelle qui a longtemps tenté de proportionner les peines encourues à la gravité des crimes et des délits est aujourd'hui boiteuse; c'est ainsi que depuis la sup-

104. Hegel, *Principe de la philosophie de droit*, trad. Robert Derathe, § 218, Vrin, p. 238.

pression de la peine de mort, les crimes les plus graves sont punis des mêmes peines que d'autres crimes moins graves; par exemple, le meurtre commis sans circonstances aggravantes est puni de la réclusion à perpétuité comme le crime commis avec des actes de torture.

Longtemps discréditée, cette doctrine trouve sa justification dans les études menées aux Etats-Unis et au Canada, depuis dix ou quinze ans, et qui presque toutes montrent qu'il y a une relation inverse et significative entre la certitude des peines et le taux de la délinquance; plus la probabilité d'être arrêté, d'être condamné ou d'être emprisonné est forte, dans un territoire donné, plus le taux de délinquance est bas; cet effet dissuasif du droit pénal est mis en évidence par les pillages et les vols qui ont suivi les grèves de la police de Liverpool en 1919 et de Montréal en 1969, ou en 1940 en France et en 1944 au Danemark, lorsque la police et les tribunaux se trouvèrent paralysés. C'est bien ce qu'écrivait Beccaria en 1764 : « La certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se trouve mêlé l'espoir de l'impunité »¹⁰⁵.

L'autorégulation de l'ordre social, à l'exemple du marché, ne suffit pas pour que chacun tienne ses engagements, respecte la propriété d'autrui, et contienne la violence fondamentale qui l'habite. Il faut que des peines, communes et exécutées, ajoutent une motivation supplémentaire au respect de ces règles de bonne conduite. Outre la contagion du « mauvais exemple », l'impunité des délinquants est d'ailleurs une incitation à la délinquance, donnant à celui qui s'abstient le sentiment d'une injustice; les règles du jeu ne sont respectées par chaque joueur que dans la certitude que ses partenaires ne trichent pas. Si tous volent, fraudent et satisfont leurs instincts violents, et demeurent impunis, l'honnête homme se demande : « Pourquoi pas moi ? » C'est la fonction du pouvoir, à laquelle il ne peut renoncer, que d'assurer le jugement des coupables et l'exécution des peines. Rousseau y voyait l'une des fins du *Contrat social*; et Hobbes avant lui : « Il faut qu'il existe quelque pouvoir coercitif pour contraindre également tous les hommes à l'exécution de leurs

105. *Des Délits et des peines*, Genève, Librairie Droz, rééd. 1964, p. 46.

conventions par la terreur de quelque châtement plus grand que l'avantage qu'ils attendent de leur infraction à la convention et pour garantir la propriété » ; ce qui vaut, à plus forte raison, pour les infractions que le Code pénal sanctionne d'une peine et *qui causent à autrui un dommage injuste*, pour désigner ce que l'on nomme indifféremment crime ou infraction et délinquance. Ce sont les crimes contre les personnes et les biens qui sont et qui ont été en effet punis dans tous les temps et dans tous les lieux, au-delà de la relativité des cultures et des morales¹⁰⁶. Ce sont en effet eux qui atteignent l'homme dans ce que Spinoza nommait « son droit naturel d'exister et d'agir ». « Le but final de l'instauration d'un régime politique n'est pas la domination, ni la répression des hommes, ni leur soumission au joug. Ce à quoi l'on a visé par un tel système, c'est à libérer l'individu de la crainte — de sorte que chacun vive, autant que possible, en sécurité, en d'autres termes, conserve son droit naturel de vivre et d'accomplir une action (sans nuire ni à soi-même, ni à autrui) »¹⁰⁷.

La modération de la peine et l'humanisation de son exécution sont donc compatibles avec une politique de prévention générale si elles sont associées à une plus grande certitude et une plus grande célérité de la peine. Alors que les criminologues positivistes avaient constamment mis en cause l'efficacité du contrôle social par le droit, et que les criminologues radicaux soutiennent même que la peine, par ses effets stigmatisants — en donnant aux condamnés une identité négative —, contribue à la récidive, les nouvelles recherches et les résultats acquis permettent de réaffirmer que la peine, même modérée, mais certaine et promptement prononcée, contribue à dissuader les délinquants potentiels.

Il ne s'agit donc pas de punir plus, mais de punir mieux. A moins d'admettre que les hommes n'ont aucune possibilité de contrôle interne, mais alors la violence qui les habite les amènerait tous à voler et à s'entretuer, cette hypothèse vérifiée d'une efficacité relative de la peine est raisonnable. L'homme est capable de raison, capable de volonté, c'est-à-dire libre au-dessus de ses déterminations. S'il n'est

106. Maurice Cusson, *Le Contrôle social du crime*, op. cit., L'universalité des prohibitions du vol et du meurtre, p. 289 et s.

107. Spinoza, Autorités théologique et politique, *Œuvres complètes*, La Pléiade, p. 899.

pas possible de dénombrer les délits qui n'ont pas été commis en raison de la crainte du châtement, et si chaque infraction est la preuve que dans ce cas cette crainte a été inefficace, il n'existe aucune raison de supposer que la majorité des délinquants en puissance soit insensible aux incitations *négatives* de la loi pénale. Le délinquant, comme la plupart des autres hommes à qui il ressemble plus qu'il n'en diffère, est sensible à l'action conjuguée de la réprobation, de l'insécurité, de la prison et de la peur de retourner en prison; comme les autres hommes, quand ses actes lui apparaissent plus coûteux que profitables, pondérant le profit par le risque, il cherche d'autres voies. A l'opposé des criminologues à la recherche de l'impossible formule de la « personnalité criminelle », nous optons donc avec Maurice Cusson, et avec les sociologues Jean Crozier et Jean Bachelard, pour la reconnaissance dans le délinquant, notre semblable, d'une certaine *rationalité*, c'est-à-dire de la capacité de choisir parmi les moyens et les opportunités qui satisfassent ses fins, mais aussi de changer ses fins. La crainte du châtement n'a qu'un effet limité, mais elle a un certain effet. La peine est donc *utile* en tant qu'elle épaula la *Justice*.

Le rêve d'une société sans crimes s'était revêtue d'une blouse blanche : dans la clinique criminologique le thérapeute allait traiter le malade, au lieu de le punir. Le modèle médical a échoué; le traitement, quelles que soient les mesures thérapeutiques utilisées, n'a pas eu à ce jour un effet appréciable sur la récidive, en tout cas d'effet significatif par rapport aux sujets qui n'ont pas été traités. Ce constat est désigné aux Etats-Unis par l'expression *nothing works* — rien ne marche. Il est temps de réhabiliter les robes noires et rouges de la justice pénale, qui sont plus respectueuses au surplus des droits de l'homme que les blouses blanches.

Comment la peine rétributive peut être dite Droit de l'Homme

La justice pénale, lorsqu'elle traduit par des peines effectivement appliquées les valeurs communes d'une société donnée, n'a pas seulement cet effet de prévention relative que le bon sens lui reconnaît contre les introuvables thérapies; elle a une « fonction méconnue », une fonction morale. Elle satisfait en effet le besoin de justice. En quoi elle répond à une nécessité rigoureuse, dans une société de responsabilité;

la peine rétributive, dévalorisée depuis longtemps au profit de la peine éducative ou curative, est d'abord *symbolique*; elle est le *symbole restitutif* dans la personne de l'auteur de l'acte injuste dommageable à autrui, de la croyance de la société dans la valeur et l'intangibilité du droit agressé; elle est en cela réparatrice de la socialité déchirée; elle redonne confiance en elle-même à une collectivité : « L'utilité de la peine, a écrit Fauconnet, n'est pas essentiellement dans l'action qu'elle exerce sur des criminels mais dans l'action qu'elle exerce sur la société elle-même. Tout se passe dans le domaine spirituel : des images s'opposent à des images, des émotions à des émotions, des forces à des forces »¹⁰⁸.

Le transfert symbolique qui s'opère des émotions du public à la vindicte formalisée et ritualisée n'a pas seulement les effets de catharsis que nous avons vus¹⁰⁹, il a un effet pédagogique. En même temps que la peine fait « expier » l'auteur de l'infraction, elle révèle la valeur qui est au fondement de l'incrimination pénale. Le Code pénal n'est pas impératif; il ne dit pas, comme le Décalogue, « tu ne tueras pas », « tu ne déroberas pas »; il est rédigé à l'indicatif; mais il punit d'une peine déterminée le meurtre et le vol, révélant ainsi les valeurs qu'il reconnaît à la personne et à ses biens. Aux incitations négatives sur les délinquants actuels ou potentiels correspondent des indications positives sur la société elle-même. L'affirmation formellement codifiée que des comportements ou des omissions sont typifiés avec une rigueur particulière et réprimés avec tout l'appareil de la Justice pénale ne peut manquer d'intérioriser la règle ainsi révélée.

Cinquante ans après Durkheim, Tocqueville, dans son premier ouvrage, issu d'une enquête menée aux Etats-Unis, montre que la peine est faite avant tout pour ceux qu'elle n'atteint pas, qui ne semblent pas en avoir besoin, mais dont le sens moral a effectivement et profondément besoin d'être conforté dans le respect de la règle. « Ce n'est pas seulement pour réformer les criminels qu'on les prive de leur liberté; c'est d'abord pour les punir, et ce châtiment, quand on le leur inflige, ce n'est pas eux qu'on a en vue, car alors la peine ne serait qu'une vengeance. La répression s'adresse à la société elle-même,

108. Fauconnet, *La responsabilité*, Alcan, 1928, p. 227.

109. *Eloge du rituel judiciaire*, chap. XIV.

à ceux de ses membres que la terreur des peines retient seule; à ces êtres faibles qui chancelleraient entre le crime et la vertu, si le crime n'était pas malheureux, à toutes ces âmes dépravées qui ne distinguent le bien que par les peines dont la loi flétrit le mal »¹¹⁰. C'est, explique Tocqueville, avec les valeurs partagées que les peines devraient être proportionnées. Écoutons-le, là encore : « Le premier objet de la peine n'est pas de réformer le condamné, mais bien de donner dans la société un exemple utile et moral : on y parvient en infligeant au coupable un châtiment proportionné à son crime. Toute peine qui n'est pas en harmonie avec le délit choque l'égalité publique et est immorale soit par sa rigueur, soit par son indulgence »¹¹¹.

Jean Piaget nous a montré dans son *Jugement moral de l'enfant* comment à la morale révélée par les maîtres, morale obligée qui s'impose à l'enfant du dehors, succède, par l'application de la règle, une mise en pratique effective qui fait corps avec la volonté autonome; à la première réification des règles morales — ce qui est mal c'est de faire ce que les adultes interdisent — fait suite, avec l'émergence de l'autonomie, l'intériorisation par la coopération et le jeu des règles d'abord extérieures à la conscience morale. C'est désormais le sujet *qui s'oblige* à, qui évalue ce qui est *à faire* par le développement de la réflexion. Ainsi les règles de conduite sont valorisées par la publicité de la justice pénale tout autant qu'elles sont dévaluées par leur succès et leur impunité.

Il y a donc une solidarité oubliée entre l'utilité de la peine et sa justice. Car c'est le sentiment qu'il y a du juste et de l'injuste dans les actes humains qui explique le *besoin* de punition; ce besoin n'est pas réductible à une pulsion fantasmique; il n'est pas non plus séparable de l'utilité. Comme Maurice Cusson¹¹² paraphrasant Pascal, nous pouvons dire que l'utilité sans la justice est inacceptable; que la justice sans l'utilité est une vaine rigueur. Il faut donc que ce qui est juste soit efficace et que ce qui est efficace soit juste. C'est sans doute la

110. *Écrits sur les systèmes pénitentiaires en France et en Amérique*, Gallimard, 2 vol. 1985, vol. 1, p. 67, et art. d'Alain Peyrefitte, *Commentaire, été 1983 : Tocqueville et les illusions pénitentiaires*, p. 606 et s.

111. Même ouvrage, p. 182.

112. *Le sens de la peine et la rétribution*, Rapport de novembre 1984 au Congrès de l'Association professionnelle des Magistrats.

fonction méconnue de la peine rétributive. C'est pourquoi, ainsi que le démontre Jean-Claude Soyer : *il faut oser punir*¹¹³.

La justice rétributive est en effet l'alternative à la resocialisation socialiste. Cette dernière conception de la justice pénale, qui depuis quarante ans informe ce qu'on appelle la politique criminelle, ne veut pas que l'on punisse pour punir. Elle s'exprimerait volontiers comme Protagoras : « Celui qui réfléchit, quand il veut infliger une correction, son motif n'est pas de tirer vengeance de l'infraction passée, car il ne saurait faire que ne se soit pas produit ce qui a été accompli; c'est au contraire l'avenir qu'il a en vue pour éviter de nouvelles injustices et de la part de ce même individu et de la part de quiconque aura été le témoin de la correction infligée »¹¹⁴; la justice doit donc guérir et non pas punir; elle ne peut prétendre rétribuer le crime, comme on rétribue le travail. Une peine ne compense pas un crime. Cette conception de la justice pénale a d'autres antécédents que *Le Protagoras* de Platon; elle cite volontiers un aphorisme gravé en 1703 à la demande du pape Clément IX au fronton de la salle d'honneur de la prison Saint-Michel à Rome et selon lequel : « Soumettre les individus malhonnêtes par le châtiment n'est rien si on ne les rend pas honnêtes par l'éducation. » Mais pour Platon comme pour les canonistes ce n'est pas la réinsertion sociale qui est recherchée, c'est l'amendement moral du coupable; sa conversion. Et ce n'est pas une improbable et introuvable réinsertion sociale, dont les moyens n'existent pas d'ailleurs, qui remplira ce but essentiel d'amendement selon la réforme pénitentiaire de 1945.

Nous revenons ainsi à la rétribution : l'homme n'est pas puni *pour* prévenir le renouvellement du délit (*ne peccetur*, selon la formule de Sénèque), mais *parce qu'il* a commis un délit (*quia peccatum est*). Un crime, avant d'être une *infraction*, est une *injustice*; il y a d'abord une victime et un dommage; et le crime est une dette envers la victime; la peine est donc d'abord réparation; c'est dans ce sens que vont d'ailleurs les dispositions législatives contemporaines en Allemagne, au Canada ou en France. Mais la réparation n'est pas souvent possible; elle est rarement suffisante. L'expérience des tribunaux montre que la rétribution intervient malgré tout : la gravité du dommage et de la

113. *La justice en perdition*, Plon, 1982, p. 209 et s.

114. Platon, *Protagoras*, 324 ab.

souffrance influe sur la proportion de la peine; une logique de la *réciprocité* structure invinciblement les relations juridiques, que ce soit dans les contrats, les réparations ou la vengeance. L'ethnologie montre que la réaction vindicatoire est dans les sociétés sans état centralisateur monopolisant la justice à son profit, une donnée fondamentale de la vie de ces sociétés. La vengeance ne s'analyse pas comme une réaction individuelle inspirée par le ressentiment et la colère que les progrès de la raison auraient dépassés; elle relève de la logique de l'échange; par la *vendicatio* l'équilibre des puissances respectives est rétabli. La vengeance est un « système de régulation et de contrôle social qui a un champ d'application défini et des règles précises »¹¹⁵; ainsi une règle fondamentale du système vindicatoire est l'équilibre entre l'offense et la contre-offense qui vise à réparer la transgression de la norme. Et quand les victimes n'obtiennent pas l'équivalence de leurs dommages, douleurs, vie, biens... elles usurpent les fonctions défaillantes; c'est la *légitime défense*, violence sans contrôle, colère sans mesure, satisfaction sans compassion.

Mais nous avons cité Platon contre la justice rétributive; c'était citer le sophiste Protagoras en méconnaissant que du commencement à la fin de son œuvre, de *La République* aux *Lois*, Platon justifie la justice rétributive, réparatrice de la brisure causée par le crime dans l'expression sociale de l'ordre ontologique, reconstitution de cet ordre, aux désirs mauvais qui gonflent d'humeurs la cité des hommes¹¹⁶. Par la rétribution, et par la rétribution seule, non seulement le dommage est réparé, mais son auteur, réintégré dans l'ordre de la cité où par nature l'homme est en relation ordonnée à l'autre homme ou n'est pas, retrouve son humanité.

« La destinée de tout être qu'on châtie, si le châtiment est correctement infligé, consiste ou bien à devenir meilleur et à tirer profit de la peine, ou bien à servir d'exemple aux autres pour que ceux-ci par crainte de la peine qu'ils vont subir s'améliorent d'eux-mêmes » (*Gorgias*, 469 C). On voit que le juridique s'inscrit dans le cadre d'une politique qui lui donne son intelligibilité, et qu'il se déduit analytiquement du métaphysique; le juridique et le politique conspirent à

115. Raymond Verdier, *La vengeance*, 4 vol., Cujas, 1981-1985.

116. J. Chanteur, Platon, in *Rétribution et justice pénale*, PUF, 1983.

rétablir la justice. Un texte important du livre IX des *Lois* nous dit que c'est pour son bien et celui de la Cité, une fois compensé le dommage causé à la victime, que l'on rétribue le criminel. Tout crime est une démesure; la peine a pour but de réintroduire la mesure perdue vers une exacte proportion de la peine au crime; « Quelque injustice, petite ou grande, que quelqu'un ait commise, la loi l'amènera par l'enseignement et par contrainte, soit à ne plus jamais oser la commettre à l'avenir, soit à la commettre beaucoup moins souvent, une fois d'ailleurs payé le dommage causé. Que ce soit par faits ou paroles, plaisirs ou chagrins, honneurs accordés ou enlevés, amendes payées ou dons reçus, de quelque façon en somme qu'on fasse haïr l'injustice, chérir ou cesser de haïr la justice, ce sera là l'honneur des lois les plus belles » (862 C).

Certes, nul ne peut faire que ce qui a été fait n'ait été. Platon et Aristote le constatent : aucune vie n'est compensable par une somme d'argent, quelle qu'elle soit; nul châtiment n'abolit cette mort; la mort subie n'annulerait pas la mort donnée. La peine s'ajoute à la peine; nous sommes au rouet. La commensurabilité de la peine, pour s'exprimer comme Aristote dans un texte célèbre de *L'Éthique à Nicomaque* (v. 1132 a 6-10), au crime est impossible, impensable; il n'y a pas de proportion, ni même de mesure entre l'acte et la peine par laquelle on prétend réparer et punir.

Mais ce qu'Aristote propose, c'est de compenser, c'est-à-dire d'enlever — « d'une certaine manière » —, adverbe d'approximation qui revient souvent, la différence. L'on fait comme si les choses pouvaient être compensées. La peine n'égale pas; elle associe un pathos à un autre; mais en cela elle comble une attente, elle répond à une exigence de l'esprit blessé. Il s'agit là, observe profondément Jacques Henriot¹¹⁷, d'un effort pour fonder en raison le mystère de la peine, pour dégager le rationnel de cet irrationnel et faire que demeure, parmi les hommes, au-delà du ressentiment, le *juste*.

Pour Kant, il en va de même. Kant n'a pas de l'homme une vision plus optimiste que ne l'ont les sciences humaines; parce qu'il est insociable et que sa volonté va au mal, l'homme est un animal « qui a besoin d'un maître ». Mais il ne se sert pas de cette constatation anthro-

117. In *Rétribution et justice pénale*, op. cit., p. 37 et s.

pologique pour fonder le droit; l'idée d'une fin empiriste, utilitaire, dans le droit ne peut pas porter le droit comme le droit juste; ce que les hommes veulent habituellement atteindre à l'aide du droit, la sécurité et la préservation de la propriété, est hors du souci de Kant. Sa métaphysique du droit est purifiée de toutes les conditions empiriques : elle est la forme du droit; en tant que droit pur, le droit doit garantir les deux seules formes pures dont le respect doit être assuré sans condition : la dignité et la liberté de l'homme. « Est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle »¹¹⁸. On est ainsi conduit dans le droit pénal à la rétribution, car la rétribution n'utilise pas la punition comme un moyen : « La peine juridique ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée pour la seule raison qu'il a commis le crime »¹¹⁹. Seul un droit pénal libre de toute finalité utilitaire, éducative, curative, ou intimidante, traite l'homme selon sa dignité. Ce n'est que parce qu'il a commis une faute, et non pour la combattre, que l'homme doit être puni; la justice pénale passe avant la prudence pénale, du moins pour ce qui concerne les infractions graves et délibérées contre la liberté et la dignité de l'homme : « *La loi pénale est un impératif catégorique*, et malheur à qui se glisse dans les anneaux serpentés de l'eudémonisme pour trouver quelque chose qui, par l'avantage qu'il promet, le délivrerait de la peine ou l'atténuerait. » Cette rigueur est peut être plus respectueuse de la dignité de l'homme qu'une certaine « compréhension » scientifique qui enlève au coupable, avec sa responsabilité, sa dignité. La peine est un droit de l'être libre. Il ne peut et ne doit être puni que parce qu'il est une fin en soi.

La peine est « le droit propre du criminel lui-même », dit Hegel dans les pages fameuses de sa *Philosophie du droit*¹²⁰. Le droit est pour Hegel inséparable de sa négation par la violence et les violations de la liberté d'autrui; si les lois, en effet, ont une effectivité, ce n'est pas

118. *La métaphysique des mœurs*, 1^{re} partie : « Doctrine du droit », trad. Philonenko, juin 1979, p. 104 et s., et « Rétribution et droit pénal », *op. cit.*, p. 73 et s.

119. *Op. cit.*, p. 214.

120. *Op. cit.*, juin 1975, § 99 et s., § 218 et s.

seulement par leur obéissance, mais également aussi parce qu'elles sont violées, que leur violation est punie et que le droit se trouve rétabli par cette punition.

Il n'y a pas de justice sans injustice. Ce qui fait la vérité et la force du droit, c'est la possibilité qu'il a de nier sa négation; la contrainte est supprimée par la contrainte; car ce que la violation violente du droit nie, c'est dans la personne même de la victime ce qu'elle a d'universel, c'est-à-dire la possibilité d'être sujet de droit; celui qui viole le droit d'autrui lui dit : « Tu n'as aucun droit. » C'est pourquoi la restauration du droit par la peine est impliquée dans la logique de l'acte même. C'est la rationalité de la peine — son rational, dit Paul Ricœur¹²¹ — que de rétablir le droit par la peine qui se réfléchit pour l'entendement comme égalité. Nous trouvons là la rationalité de la peine qui gît au cœur de ce qui semble l'irrationnel même : la peine est la négation de la négativité; la peine est rétribution au sens étymologique de *poena*, compensation, identité en raison du crime et de la peine. Ce faisant, le libre vouloir oppose un contre-vouloir du droit à la violation du droit comme droit. Mais la violence au droit ne fait pas seulement « injure » à la volonté de celui qui est lésé et à toutes les volontés particulières que la volonté universelle subsume; elle atteint la volonté du criminel lui-même qui s'annule par le crime. Le crime contient donc en soi sa propre suppression. Infliger une peine au criminel, c'est le considérer comme un être rationnel, c'est le présumer habité par une même volonté que celui qui le punit; c'est donc l'honorer comme un être raisonnable, d'où l'affirmation : *la peine est un droit propre du criminel*.

Hegel est donc très consciemment à l'opposé de Beccaria pour qui la peine doit être fondée sur le principe utilitaire. Cette logique de la peine vise à la réconciliation de la volonté universelle incarnée dans le droit avec la volonté particulière qui s'en était séparée dans le délit; cette dépersonnalisation de la violence, c'est le tribunal — carrefour des litiges — qui en est le médiateur : « Les personnes qui composent un tribunal sont certes encore des personnes, mais leur volonté est la volonté universelle de la loi, et elles ne veulent rien introduire dans la peine qui ne soit pas dans la nature de la chose » (§ 102 ad.). La peine rétributive réconcilie le Droit avec lui-même, ce qui ne serait pas si on

121. In *Le mythe de la peine*, Aubier, 1967, p. 30.

le justifiait par la prévention, l'exemplarité ou l'amendement. Il faut bien certes reconnaître l'hétérogénéité du délit et de la peine; faut-il, pour être conforme à la justice, infliger une peine d'un an d'emprisonnement ou de trois cent soixante-quatre jours ou encore d'un an et un, deux ou trois jours ? Un jour de prison en trop ou en moins est déjà une injustice (§ 214); il y a donc une part d'arbitraire dans la détermination d'une peine comme il y a de l'approximation dans les lois positives elles-mêmes; il y a toujours une inégalité entre la violation du droit et la peine; c'est affaire de l'entendement que de rechercher l'appropriation, eu égard aux circonstances, en valeur de la peine et du crime. Ce qui importe, c'est de donner son sens au crime et à la peine au niveau du Droit considéré comme la réalisation de la liberté dans l'expression d'une volonté universelle. Voilà ce qui nous aide à comprendre « la difficile lecture d'un philosophe »¹²².

Durkheim en tire une proposition où la sociologie se substitue à la métaphysique du sujet, mais qui nous éclaire sur la fonction symbolique de la peine comme substitut du crime passé, peine rétributive, c'est-à-dire qui attribue en retour, et sur son caractère incomparable pour combattre la violence triomphante dans les rues et les esprits : « La destruction d'un symbole remplace la destruction du crime qui, en lui-même, ne peut être détruit »¹²³.

Regarder la peine en face, la peine, cette colère sans passion, comme l'ont fait Platon et Aristote, Kant et Hegel, c'est ainsi faire face à la violence et mettre ensemble pour la combattre la justice et la force. « La justice n'a, au fond, qu'un but : *assurer la liberté* en lui fixant des frontières »¹²⁴.

122. Raymond Polin, La notion de la peine dans la philosophie du droit de Hegel, in *Rétribution et philosophie pénale*, op. cit., p. 94.

123. *De la division du travail social*, 1893, rééd. PUF, 1967, p. 234.

124. Alain Peyrefitte, *Les chevaux du lac Ladoga*, Plon, 1981, p. 14.

Ouverture

DES LOIS DE L'HOMME AUX DROITS DE L'HOMME

« *La liberté se grave sur la pierre des Tables où s'inscrivent les lois.* »

Emmanuel LEVINAS.

Ce qui était étranger à l'esprit antique comme à l'esprit médiéval, et ce qui a été rejeté dans ses conséquences en France de 1791 à 1971, c'est l'idée de droits articulés à la figure de l'individu et déduits de sa seule nature — antérieurs par conséquent à la société politique. Cette transcendance du droit s'exprime au contraire clairement dans les déclarations des colonies américaines lors de l'indépendance; citons l'article 1 de la Déclaration des Droits de Virginie (1776) : « Tous les hommes sont nés également libres et indépendants; ils ont des droits certains, essentiels et naturels, *dont ils ne peuvent, par aucun contrat, priver ni dépouiller leur postérité*; tels sont les droits de jouir de la vie et de la liberté, avec les moyens d'acquérir ou de posséder des propriétés, de chercher et d'obtenir le bonheur et la sûreté. » On comprend que cette perspective ait conduit les Etats-Unis à admettre la garantie de la suprématie de ces droits imprescriptibles par le contrôle de la constitutionnalité des droits qui les spécifient. C'est bien ainsi que les Constituants français de 1789 déclarent dans l'article 2 l'existence « des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Rousseau n'avait-il pas été lui aussi explicite dans *Le Contrat social* : « Outre la personne publique, nous avons à considérer des personnes privées qui la composent, et dont la vie et la liberté sont naturellement indépendantes d'elle. Il s'agit donc de bien distinguer les droits respectifs du Citoyen et du Souverain, et les devoirs qu'aura à remplir le premier en qualité

de sujet, du droit naturel dont il doit jouir en qualité d'homme » (liv. II, chap. IV).

Mais la même reconnaissance de la transcendance de certains principes s'accompagne aussitôt de l'affirmation que c'est la loi qui transmue le droit naturel en droit positif : « On convient que tout ce que chacun aliène par le pacte social de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté, *mais il faut convenir aussi que le Souverain seul est juge de cette importance.* » Les droits de l'homme ne le sont que comme lois de l'homme : « Dans l'état civil, tous les droits sont fixés par la loi » (liv. II, chap. VI). Ce qui se traduit dans l'article 6 de la Déclaration : « La loi est l'expression de la volonté générale. » Là se trouve le dérapage : le culte et l'absolutisme de la loi qui vont exalter le pouvoir qu'ils veulent limiter — car nous savons maintenant qu'il y a des lois liberticides — trouvent leur origine dans cette tension entre le Droit et la Loi. Lisons la Déclaration; elle multiplie les références à la loi pour édicter ou limiter les libertés : il n'y est question que de « borner... par la loi »; de sanctionner « l'abus de liberté dans les cas déterminés par la loi ». On veut qu'un droit « inviolable et sacré » cède devant « la nécessité légalement constatée »; et l'article 5 légalise le légicentrisme des presque deux siècles qui vont suivre : « Ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »

Les intentions des Constituants semblent pourtant être de *fonder* la Constitution sur les droits inscrits à son frontispice et non seulement de *limiter* les pouvoirs par la Constitution. Selon leurs déclarations la légitimité ultérieure des droits de l'homme se trouve dans la nature de l'homme; ces droits se déduisent donc *more geometrico* de cette nature même de l'être humain, grâce aux lumières de la raison. Ainsi Thouret : « D'abord, l'homme ne peut sacrifier ce droit à la liberté, ce droit est une chose inaliénable; il est inhérent à la nature de l'homme, il est éternel comme tous les principes, lesquels sont indestructibles et subsistent nécessairement. » Le même renvoi du droit positif au droit naturel se retrouve chez tous; Mounier : « Pour qu'une constitution soit bonne il faut qu'elle soit fondée sur les droits de l'homme, qu'elle les protège évidemment, il faut donc, pour préparer une constitution, connaître les droits que la justice naturelle accorde à tous les individus,

il faut rappeler les principes qui doivent former la base de toute espèce de société, et que chaque article de la Constitution puisse être la conséquence d'un principe »¹.

Mais ces références ne sont que faux-semblants, constate Patrick Wachsman². La Déclaration est avant tout la fondation d'un ordre juridique clos épuisant la juridicité. L'hommage rendu au Droit est un alibi de légitimation; seuls font partie du droit positif les droits naturels que le Droit positif reconnaît. La référence est purement idéologique selon le processus décrit par Roland Barthes : « Nous sommes ici au principe même du mythe. Il transforme l'histoire en nature »³ — « on feint de confondre, dit encore Barthes, l'ordre politique et l'ordre naturel et l'on conclut en décrétant immoral tout ce que contestent les lois structurelles de la société que l'on est chargé de défendre »⁴. La Déclaration tout en proclamant la nécessité de placer les droits qu'elle qualifie de naturels hors d'atteinte des pouvoirs institués inaugure ainsi la souveraineté absolue du législateur qui fait obstacle à tout contrôle du législateur. La constitutionnalisation des libertés n'est qu'un leurre, comme le démontre notre histoire, jusqu'en 1971 et 1974, avec l'institution du contrôle de la constitutionnalité des lois. « L'Etat de Droit est censé lier les mains du pouvoir — il les affranchit astucieusement sous forme normative. Ce que le citoyen n'aurait pas permis aux hommes, il l'accepte sous forme normative. La technique normative est un opium de liberté »⁵.

Mais les droits du citoyen ne parviennent pas à recouvrir entièrement les droits de l'homme. Il y a un *interstice* entre ces droits, constate Stéphane Rials⁶. Certes les droits du citoyen sont la traduction positive au plan des communautés politiques des droits de l'homme; l'explicitation des libertés fondamentales en libertés concrètes; et le droit est velléité sans les institutions; c'est par la loi que la liberté mord sur le réel. Il est vrai que l'homme n'a de droit ni dans la nature,

1. Archives parlementaires, 1787-1860, 1^{re} série, t. VIII, Dupont, 1875.

2. La Déclaration de 89, in *Droits*, n° 2, p. 13 et s.

3. *Mythologiques*, Seuil, coll. « Points », 1957, p. 215.

4. *Ibid.*, p. 134.

5. Walter Leisner, *L'Etat de droit, une contradiction. Hommage à Charles Eismann*, Cujas, 1975, p. 69.

6. Généalogie des droits de l'homme, *Revue Droits*, p. 12.

ni en vertu de sa nature, car le droit n'est pas de l'ordre de la nature, mais de la liberté, de l'histoire, de l'existence politique. Mais ce que consacre implicitement la Déclaration de 1789 c'est la reconnaissance d'une transcendance et d'une immanence à la fois du Droit comme mode d'existence sociale de la personne, source et fin du droit, en ces différents modes d'existence dont le plus explicite est la loi.

La personne désigne la perfection propre à la nature humaine; l'excellence de l'homme; mais elle n'en est pas le tout; le tout de l'homme est l'univers des droits qu'il faut lui attribuer pour qu'il remplisse son devoir *de faire l'homme et de vivre en homme*, d'être un homme et de l'être librement. Que l'on croit l'homme créé à l'image de Dieu (Genèse I, 26-27), ou que le monde ait été donné en commun aux hommes, ou que l'on considère que l'esprit humain est d'un autre ordre, il s'agit d'abord de reconnaître « à tout homme venant en ce monde » une « dignité » privilégiée et incomparable.

« Qui pourrait nier qu'aujourd'hui des individus et des pouvoirs civils violent impunément les droits fondamentaux de la personne humaine ? », demande Jean-Paul II dans son message à l'ONU pour le trentième anniversaire de la Déclaration universelle de 1948 — « Droits tels que le droit à la naissance, le droit à la vie, le droit à une procréation responsable, le droit au travail, à la paix, à la liberté, à la justice sociale, le droit de participer aux décisions qui concernent les peuples et les nations ?... *Respecter l'homme ; il est à l'image de Dieu* »⁷.

Une fois posée cette valeur absolue et éminente qui appartient à chacun en tant qu'il est homme, capable de raison et d'existence réfléchie, capable de liberté et d'autonomie, capable de responsabilité et de lois, il doit s'en déduire la transposition dans les lois du droit de vivre en homme et les droits fondamentaux qui en sont les conditions et les dimensions constitutives.

Cette « dignité de la nature humaine », historiquement, est un concept chrétien que Rousseau et Kant ont laïcisé : « Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme », écrit Rousseau dans *Le Contrat social* en écho à Saint Bernard : « Homme, reconnais ta dignité, reconnais la gloire de ta condition d'Homme ». C'est parce que tout

7. 2 décembre 1978 cité par Philippe I. André Vincent, *Les Droits de l'Homme dans l'enseignement de Jean-Paul II*, LGDG, 1983.

être humain est une personne qu'il est par la même « sujet de droits et de devoirs découlant de sa nature »; Jean-Paul II cite Pie XII : « aussi sont-ils universels, inviolables, inaliénables »⁸. L'homme n'est sujet de droits que dans la vérité de sa nature, rationnelle et *relationnelle*.

Il faut tenir ensemble cette relation à l'absolu au travers de l'événement le plus accidentel : naître ici et non ailleurs, de tels parents, dont nous tirons la patrie et la paternité — être un Capulet n'est pas être un Montaigu — et l'universel contenu dans cet accident qu'exprimait Saint Paul : « Il n'y a ni juif, ni Grec, il n'y a ni esclave, ni homme libre, il n'y a ni homme, ni femme, car vous ne faites qu'un dans le Christ Jésus... »⁹ — c'est par l'amour que Roméo et Juliette surmontent sans l'abolir la différence des Capulet et des Montaigu. Ainsi les droits de l'homme ne sont pas un droit de la nature mais nous devons déduire de la dignité incomparable de la nature humaine des droits déterminés qui lui permettront, ici ou là, selon les Etats et les circonstances, d'actualiser sa liberté qui est elle-même, en chaque homme, une obligation essentielle avant d'être un droit.

Mais c'est dire qu'il n'y a pas de droits de l'homme considérés à part de son existence de citoyen. Il est vain et insignifiant, en l'absence d'une communauté politique universelle, avec ses lois et ses sanctions, de parler de droits de l'homme sans parler des *droits du citoyen*. Qu'un étranger bénéficie d'un statut de droit dans le pays qui l'accueille, c'est en vertu des lois de ce pays ! C'est par le droit, par l'obligation et la sanction, et l'unité indissociable des droits et des devoirs, qu'il est permis à l'homme de faire l'homme et de vivre en homme. Seul en effet le droit, en interposant entre l'homme et l'homme, une règle sanctionnée peut assurer la communication de l'éthique et de la politique. Ce que les *Origines du totalitarisme* d'Hannah Arendt et l'*Archipel du Goulag* d'Alexandre Soljenitsyne montrent exemplairement c'est que l'absence totale et ordonnée de toutes les libertés formelles dans les systèmes pénaux nazis et soviétiques conduit irrévocablement à l'éradication de toutes les valeurs d'humanité. Mais c'est dire aussi que les droits du citoyen n'absorbent pas les droits de l'homme qui

8. Jean-Paul II, 2 décembre 1978, DC, janvier 1979, p. 2, référence à Pie XII, *Message de Noël*, 1942.

9. Epître aux Galates 3.28.

toujours les débordent par l'exigence qu'ils portent en eux d'universalité. Dire que la justice pour un homme, un homme particulier, est à tel moment *l'universel de nul moment* c'est dire qu'il existe un universel concret qui s'incarne dans le droit.

Certes en présence des multitudes d'êtres humains, dont la diversité bioculturelle s'élève contre l'idée d'une communauté de nature, et dont les représentations contradictoires de la justice contredisent l'idée d'un juste naturel, il n'est pas aisé de justifier une communauté d'essence, à laquelle chacun et tous participent, qui permette de juger des mœurs et des codes. Mais le spectacle du monde n'est pas insurmontable à ceux qui savent, dans l'exercice quotidien de leur tâche de juriste, discerner sous les pires comportements et derrière le visage déformé de la haine la source d'où peuvent encore jaillir l'espérance et le Visage des visages. Il n'est pas d'être qui n'ait à l'en-soi de son être, parfaitement transparent à l'esprit, une idée universelle immanente et transcendante, virtuellement ou en espérance, où « dorment les droits à venir ». Car les droits de l'homme, s'ils ont pour fondement commun l'affirmation de l'égalité de droit entre les hommes, ne pourront jamais faire un système définitivement achevé. Ils sont toujours à-venir.

Le débat de Créon et d'Antigone n'est jamais terminé; le défi d'Antigone pour que les droits humains l'emportent sur toutes les raisons d'Etat est un défi éternel. Mais un défi qu'il faut inscrire sur la table des lois. « Faire des lois, créer des institutions raisonnables qui lui éviteront les épreuves de l'abdication, voilà la chance unique de l'homme », écrivait Levinas, en commentaire du procès de Struthof; « au romantisme de l'héroïque, à la pureté des états d'âme qui se suffisent, il faut à nouveau substituer — et placer à sa place, qui est la première — la contemplation des idées qui rendent possibles les républiques »¹⁰.

1776-1789 : les deux déclarations, américaine et française, ont ouvert un rapport nouveau de l'individu à la société — *une désintrication du droit et du pouvoir*, désintrication qui n'est pas une scission; la difficulté d'être ensemble de l'évidence de la liberté et de la réalité du pouvoir est de toujours. *Le discours de la servitude volontaire* de

10. Lettre au monde, 17 juillet 1954, in *Difficile liberté*, Albin Michel, 1976, p. 195.

La Boétie est de 1576 ! *Servitude volontaire* ! Accouplement contre nature de deux mots antinomiques qui désigne le désir de servitude qui place l'esclave avant le maître au lieu que l'esclave procède du maître ! La Boétie restaure la liberté naturelle en la rapportant à « l'entre-connaissance » des semblables « tous naturellement libres » : « certes, s'il y a rien de clair ou d'apparent... c'est cela, que la nature... nous a tous fait de même forme, afin de nous entre-connaître tous pour compagnons et plutôt pour frères » ; et aussi que nous avons reçu « le grand présent de la voix et de la parole pour nous accointer et fraterniser davantage, et faire par la commune et mutuelle déclaration de nos pensées une communion de nos volontés »¹¹.

Dans cette expression « droit de l'homme », le plus important est la préposition « *de* ». Elle indique un rapport d'appartenance, et pose la question essentielle de la nature de l'homme. Sans une « normalité de fonctionnement »¹², la notion de droit de l'homme est impensable. Sans une nature humaine, reconnue comme rationnelle et relationnelle, irréductible à tous les conditionnements, en excès sur le réseau des servitudes qui l'entourent, avoir à être ce qui n'est pas déjà là, sans la reconnaissance de sa dignité qui est fondement de l'humanité de l'homme, don de naissance au-delà de tout mérite ou démérite, les droits seraient, comme dit Spinoza, des « conséquences sans prémisses », et partant « flottants et incertains »¹³.

L'idée de la reconnaissance mutuelle des droits inhérents à la nature humaine ne peut donc ni faire l'économie d'une définition de ce qui est le propre de l'homme, ni ignorer que ces droits dépendent d'une protection mutuelle de leur existence dans le droit. La dépréciation du politique et la dévalorisation du droit, au nom des fins ultimes de l'histoire dont ils ne seraient que des moments pétrifiés, ne sont plus de mise dans l'aujourd'hui d'une sensibilité nouvelle au politique et au droit. On commence à voir, et c'est le faire voir qui est l'ambition de cet essai, *que le droit est le foyer où la politique puise la justification de son propre droit*.

11. Etienne de La Boétie, *Le discours de la servitude volontaire ou contre un*, 1576, Payot, 1978.

12. Jacques Maritain, *L'homme et l'Etat*, chap. IV, PUF, 1965.

13. Cité par Etienne Borne, *L'apport de Jacques Maritain. La philosophie des droits de l'homme*, Colloque Unesco, 1982.

*Comment la Convention européenne de sauvegarde
des droits et libertés ouvre un nouvel espace du droit*

« La justice sans la force est impuissante, la force sans la justice est tyrannique... »

« Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, et que ce qui est fort soit juste. »

Ce que nous dit Pascal s'applique très exactement à l'état des libertés en Europe. Sans lois inscrites et sans sanctions organisées, les Droits de l'Homme sont des vœux pieux ou des slogans. Il ne suffit pas de les proclamer ; il faut que leur mise en œuvre soit effective et leurs violations sanctionnées. L'espace où habite et vit l'homme est celui que dessine le droit, qu'enclôt le droit. Ce qui suppose, pour que la liberté ne soit pas velléité, une certaine organisation opposée à la violence fondamentale. C'est par elle que la liberté s'extériorise.

C'est au sortir de la nuit que les nations européennes, libres, mais menacées dans leur liberté par la nuit surveillée qui s'étendait déjà sur leurs sœurs des bords du Danube et de la Vistule, proclamaient l'incalculable valeur du droit — comme médiation du spirituel dans le temporel social — et dont le dépérissement entraîne le dépérissement de l'humanité en l'homme. Ce fut la signature le 4 novembre 1950 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*. Les vingt et un Etats, membres du Conseil de l'Europe qui l'avait élaborée, l'ont ratifiée ; même s'il faut rappeler que la France a attendu 1974. L'originalité et l'importance de cette Convention sont d'être assorties des institutions judiciaires qui en assurent le respect effectif : la Commission et la Cour européenne des Droits de l'Homme qui ont leur siège à Strasbourg.

Les droits de l'homme et les libertés fondamentales réaffirmés par cette Convention sont garantis par chaque Etat contractant qui s'engage à conformer sa législation aux principes de la Convention. Les droits et libertés sont reconnus comme partie intégrante, au plus haut niveau, du droit national. La Cour de cassation française reconnaît cette intégration de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans le droit positif qui est réputé non écrit lorsqu'il leur est contraire. Chaque Etat, chaque groupe de particuliers aussi, chaque

citoyen même — pour la France depuis le 2 novembre 1981 — peut saisir les organes institués par la Convention contre ces violations et les faire sanctionner. Sont ainsi remplies les conditions *a priori* du droit : un formalisme radical, des procédures instituées, des sanctions appliquées.

C'est par le détour juridique, *médiation* entre l'éthique et le politique, que se réalise la genèse de la liberté. Sans droit pas de droits, c'est ce que nous dit Jean-Jacques Rousseau au chapitre VI du livre II du *Contrat social* :

Sans doute il est une justice universelle émanée de la raison seule; mais cette justice pour être admise entre nous doit être réciproque. A considérer humainement les choses, faute de sanction naturelle, les lois de la justice sont vaines parmi les hommes... Il faut donc des conventions et des lois pour unir les droits aux devoirs et ramener la justice à son objet.

La méconnaissance par Marx du sens irréductible du juridique ne lui a pas permis de voir, au-delà de sa fonction conservatrice, la capacité créatrice et productrice du droit. Le droit effectif, s'il incarne les valeurs dans lesquelles une société se reconnaît, a une fonction de communication de ces valeurs, de pédagogie par l'interdit, de propédeutique à la reconnaissance de l'impératif d'autrui. C'est déjà l'acquis et c'est aussi l'avenir de ce droit. Tout autant *communautaire* que celui issu de la CEE et à un niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes, je nommerai ce droit un *droit public relationnel*, car il articule la relation des sujets du droit public : JE, TU, IL. Le juge en appliquant dans sa décision son *devoir-faire* rend intelligible le *devoir-être* moral qui la motive. La règle de droit s'inspire d'un devoir-être transcendant par rapport à elle et qui s'induit d'elle, qu'elle traduit et qu'elle prolonge par le jugement.

Né de la liberté, le droit a pour fonction de donner naissance en retour à des libertés. Suscité par des sujets libres, le droit a pour effet de susciter des sujets libres, les *sujets de droit*, dans un effort jamais achevé ni achevable. C'est l'appareil judiciaire qui est au cœur de la relation Personne-Pouvoir, au nœud de leur problématique. Il n'y a pas de Pouvoir sans personnes; il n'y a pas de droit de la personne sans Pouvoir pour y pourvoir. Le Pouvoir est *besoin*, besoin de protection, d'assistance, et on sait comment ce besoin de sécurité conduit à ce que Pierre Legendre nomme « l'amour du

censeur ». La Boétie l'a vu : la servitude politique est « volontaire ». Mais l'homme a aussi besoin de liberté, d'autonomie, de prérogatives. La composante principale du politique, et sa tragédie, est dans ce balancement et cet écartèlement entre l'obéissance et la revendication, les *droits à* et les *droits de*, les besoins de la personne et son besoin de pouvoir. La politique des droits de l'homme est la *coexistence* de ces tendances antagonistes : la revendication des droits/l'organisation des droits¹⁴. Cette politique, c'est la fonction des juges de la *Cour européenne des Droits de l'Homme* — et à un autre degré des juges de la *Cour des Communautés* qui siège à Luxembourg.

Car l'Europe, cette vieille idée neuve, n'existe pas. Elle est derrière nous. Elle est peut être devant nous. Mais aujourd'hui il n'y a pas de diplomatie européenne, de défense européenne, d'exécutif européen, et si peu d'économie européenne. Mais il existe une *Europe des juges* et en gestation un droit européen. Dans l'histoire des civilisations et des empires nous assistons à la naissance du premier grand ensemble humain dont la constitution soit *prétorienne*. Ce n'est ni un Etat vainqueur, ni un chef charismatique, ni un fédérateur élu qui incarne l'idée européenne : ce sont des *juges*. Ce sont les fonctionnaires les plus universels du genre humain qui forgent, à partir de conflits concrets et d'arbitrages singuliers, le *droit commun* de l'Europe.

Faites un droit et faites un juge et l'unité sera donnée de surcroît ! Le petit noyau des règles unifiées du traité de Rome et les 70 articles de la Convention européenne des Droits de l'Homme sont peu de choses auprès de la masse immense des droits nationaux, mais ce sont eux qui ont le plus d'avenir s'ils sont résolument appliqués pour en dégager la plénitude de « l'effet utile »¹⁵, que la lettre et l'esprit commandent, selon la finalité du préambule du traité de Rome qui est de consacrer « les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ». Mais il ne faut pas méconnaître l'effet d'entropie des forces politiques centrifuges, l'indifférence et l'ignorance entretenues des peuples qui ne voient pas que les *affaires européennes* sont *leurs* affaires. Au lieu de « faire l'Europe », dans l'espoir que dans l'Europe faite des Européens naîtront, il faudrait reconnaître

14. Jacques Mourgeon, *Les droits de l'homme*, « Que sais-je ? », PUF, 1981.

15. Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 1976.

ce qui constitue et, comme l'écrit Jean-François Deniau¹⁶, ce qui *distingue* les Européens, dans l'espoir que cette singularité prenne un jour le nom de cette princesse phénicienne dont la mythologie grecque nous apprend que, enlevée d'Asie, elle fut poursuivie d'île en île jusqu'à nos rivages : Europe. L'Europe a existé : ce fut le *jus gentium*, le *jus commune* — la raison écrite : le droit romain redécouvert au XI^e siècle et fournissant pour sept siècles, jusqu'à l'éclatement des codifications nationalistes du XIX^e siècle, un droit commun aux pays européens de Brest à Brest (Brest-Litovsk), et de la Galice à la Galicie, offrant une unité de structure, de concepts, de langage et de méthode qui permettent de dire qu'après la Bible aucun livre n'a laissé d'empreinte plus profonde que le *corpus juris civilis*.

Malgré les divergences dues aux conditions de développement historique et les particularités irréductibles à la base des droits nationaux étatiques, on peut reconnaître un *droit commun de l'Europe*, notamment dans les institutions de la famille, de la propriété, de la transmission héréditaire, de la liberté des contrats, de la responsabilité pour faute, des libertés publiques ou des droits de l'homme. Ce droit commun de l'Europe pourrait prendre en exemple le *Droit commun de la France* qu'écrivait Bourgeon, en 1747, dégageant à la base des coutumes dont la France était hérissée, un ensemble de principes communs qu'en 1789 mille deux cents députés ont, presque anonymement, en une semaine, rédigés sous la forme d'une Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et que Napoléon devait codifier en 1804 dans leurs implications civiles.

Si l'on compare leurs fondements et leurs finalités, les droits continentaux, dits romano-germaniques, et la Common Law, malgré l'opposition de leurs méthodologies, ont plus d'aspirations communes qu'avec les droits soviétiques ou socialistes. Il suffira de lire l'article 1 du Code civil d'URSS et de le comparer au droit civil français, allemand ou anglo-saxon pour comprendre que « l'esprit des lois » diffère du tout au tout entre celles pour qui la personne est le sujet de droit et le terme de la relation du droit et celles pour qui l'individu est fait pour la société : « Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans

16. Jean-François Deniau, *L'Europe interdite*, Le Seuil.

la mesure où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale ».

Reconnaître qu'il y a un droit commun des droits de l'homme de l'Europe et que ce droit commun est sans doute leur plus fort commun dénominateur, c'est projeter dans l'avenir, en avant de l'Europe des juges, l'héritage de l'Europe : héritage de la pensée chrétienne et de la pensée classique. Car les droits de l'homme ne remontent pas au XVIII^e siècle qui les a formulés et plus ou moins déformés, mais à Grotius et à Puffendorf, et avant à Suarez et à Vittoria; et plus loin au droit naturel classique de saint Thomas d'Aquin; plus loin à saint Augustin et aux Pères de l'Eglise; à saint Paul; plus loin encore à Cicéron et aux stoïciens; à *La République* de Platon et à l'*Ethique* d'Aristote; à Sophocle aussi : Antigone, et ses *lois non écrites*, est l'héroïne éternelle du droit naturel¹⁷, Antigone, Vierge Mère de l'Europe.

C'est ce droit que le Conseil de l'Europe a incrusté et gravé pour que soit consacrée la liberté de l'homme, issue du *souci de l'âme* — pour traduire Platon — qui est la source de l'Europe, dont Nietzsche parle très exactement dans *Le voyageur et son ombre* : « Une nouvelle culmination de l'humanité est possible, là où l'Europe des peuples n'est plus qu'un oubli opaque mais où l'Europe vit encore dans trente très vieux livres qui n'ont jamais vieilli. » Là est le germe d'où est né ce qu'a été l'Europe, l'Europe occidentale, et aussi celle qu'on appelle « l'autre Europe », et ce qu'elle doit redevenir, ou disparaître, car « l'Europe est un concept qui repose sur des fondements spirituels »¹⁸.

Husserl dans « *la crise de l'humanité européenne* » ne dit pas autre chose : « La crise d'existence de l'Europe n'a que deux issues : ou bien l'Europe disparaîtra en se rendant toujours plus étrangère à sa propre signification rationnelle, qui est son sens vital, et sombrera dans la haine de l'esprit et dans la barbarie, ou bien l'Europe renaîtra de l'esprit de la philosophie grâce à un héroïsme de la raison... »

17. Jacques Maritain, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, 1942, in *Œuvres*.

18. Jean Patocka, *Platon et l'Europe*, Verdier, 1983, p. 191.

Imprimé en France
Imprimerie des Presses Universitaires de France
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme
Février 1986 — N° 31 776



Jean-Marc VARAUT, avocat, spécialiste des libertés publiques, du droit de la presse, de la propriété littéraire et artistique et du droit pénal des affaires, a publié à partir de son expérience judiciaire *La prison pour quoi faire ?* (1973) et *La liberté des temps difficiles* (1976) aux Editions de la Table Ronde, et, aux Editions Balland, *L'abominable docteur Petiot*.

Philosophe du droit, il est docteur d'Etat ès Lettres et Sciences humaines, après avoir soutenu, devant l'Université de Paris-Sorbonne, une thèse sur le concept de responsabilité pénale, *Crime et libre-arbitre*, 1984.

Le débat politique et la philosophie redécouvrent le *droit*. La loi c'est la loi, cette tautologie qui traduisait le légicentrisme jacobin est aujourd'hui mise en question par le Conseil constitutionnel jugeant de la conformité des lois au Droit comme par la pratique de la Cour européenne des Droits de l'Homme forgeant un droit commun de l'Europe. Ainsi toute loi n'est plus droit.

Jean-Marc Varaut propose de penser et d'accompagner ce retour du droit : extériorité du droit par rapport au Pouvoir, fondement en droit du Pouvoir, polycratie, déflation législative et réglementaire sont les modes de ce retrait de l'Etat devant la société civile. Ce n'est pas dans l'anarchie sauvage mais dans le droit et par le droit que doit s'opérer la rupture libérale avec le social-étatisme au pouvoir dans les têtes et les textes depuis un demi-siècle. Wittgenstein formule l'intention de cette contribution originale : « *Si je veux que la porte tourne, il faut que les gonds soient fixes.* » L'auteur en propose quelques applications dans le droit d'entreprendre, d'être propriétaire, de contracter, de s'associer comme de répondre de ses actes et même d'être puni.

Cet essai sur le *libéralisme institutionnel* se fonde sur une philosophie implicite de la liberté et de la responsabilité où l'on pourra reconnaître les influences contrastées de Benjamin Constant, Friedrich Hayek et Emmanuel Levinas, comme aussi de son expérience d'avocat.