
Le droit a-t-il réponse à tout ?

Le livre d'Henri Atlan, A tort et à raison : intercritique de la science et du mythe débute par une histoire extraite du Talmud. Un maître d'école est interrogé par ses élèves sur un problème litigieux. L'un d'entre eux expose son analyse auquel le maître répond qu'il a raison. Un deuxième élève donne un avis totalement opposé au premier. Le maître lui répond qu'il a raison. Un troisième élève intervient pour s'étonner des réponses identiques du maître devant des positions aussi contradictoires. Le maître réfléchit et lui dit alors qu'il a raison.

Une telle vision ne peut pas être acceptée du droit. Le droit se dit à l'occasion d'un litige dont la solution juste est donnée par le juge. Le droit donne donc une réponse, celle qui est juste ou qui devra être acceptée comme étant juste. Car le droit, entendu comme un ensemble de normes visant à régir la vie en société et susceptibles de recevoir une sanction, est supposé traduire ce qui est juste. Mais tout peut-il être traduit ? Le développement des sociétés modernes a vu notamment une irruption croissante du droit dans la vie quotidienne. La multiplication des contentieux individuels, l'exigence accrue d'indemnisations (tout peut-il ou doit-il être indemnisable ?) témoignent du degré d'attente et d'exigence vis-à-vis du droit. Les sociétés démocratiques ont eu également tendance à renvoyer sur le droit la possibilité de résoudre les conflits. Pour autant, l'instauration de l'Etat de droit a pour corollaire la nécessité de limiter le champ d'investigation du droit afin de ne pas sombrer dans le gouvernement des juges ou le formalisme outrancier qui serait de nature à limiter les prises de décision ou de responsabilité.

A vouloir donner au droit une telle importance n'est ce pas une façon de constater l'impuissance des sociétés à accepter une part d'inconnu ou à ne pas trouver dans les domaines de la philosophie, de la morale ou de la politique une réponse quelconque. Quelle est donc la vocation finale du droit ? Jusqu'où le droit peut-il répondre à tout sans pour autant perdre ses fonctions ?

I - Le droit comme réponse légitime à une demande sociale croissante

A – Le droit, instrument juridique reposant sur un rapport de force, répond aux sollicitations naturelles de la société

Le droit est un instrument utilisé à des fins de pouvoir. Sa vocation est donc de répondre aux sollicitations de la société.

Le droit est en effet une production de l'Etat, ce dernier étant décrit par Paul Valéry dans Regards sur le monde actuel comme cet « enfant monstrueux » né de ses parents, « la force et le droit ». Il concourt à sa légitimité et à son autorité. Cette dernière renvoie à la capacité de l'Etat à s'adapter aux évolutions de la société civile et des rapports de force internes comme externes. Conçu alors comme un instrument juridique, le droit a vocation à répondre plus ou moins bien aux attentes du pouvoir comme l'a souligné Guy de Lacharrière dans La politique juridique extérieure. Dans le prolongement de la Raison d'Etat symbolisée par un Richelieu ou un Mazarin, le droit constitue donc une réponse à un besoin du pouvoir au risque d'être parfois bafoué ou écarté. Cela a pu dans certains cas justifier des écarts de langage comme celui d'un député répondant à un représentant de l'opposition : « vous êtes juridiquement en tort parce que vous êtes politiquement minoritaire ». Conformément à une lecture classique du droit naturel, l'association du pouvoir et du droit a placé ce dernier au centre de la société. Le procès exerce ainsi un effet de catharsis utile permettant d'évacuer des rancoeurs (casser le cercle de la violence ou du prix du sang). La réponse du droit réside autant sinon plus dans l'acte de juger que dans le contenu du jugement.

Renforcé dans cet utilitarisme formel, le droit doit par conséquent répondre à toutes les sollicitations. Cette règle connaît toutefois des exceptions au demeurant de moins en

moins importantes. Le Conseil d'Etat n'est pas compétent sur certaines questions comme les mesures d'ordre intérieur ou les actes du gouvernement. Répondre à toutes ces sollicitations est donc devenu une obligation que sanctionnent le déni de justice et l'instauration du Tribunal des conflits. Le droit est appelé à répondre de tout à l'image désormais célèbre de la définition en 1928 d'une œuvre d'art au sujet de la statue de Brancusi, L'oiseau, même si cette définition répondait en l'espèce à des considérations relatives à la détermination de la taxation douanière.

Pour pouvoir répondre à tout, le droit doit s'adapter : c'est notamment le rôle du juge et de la jurisprudence. Certains domaines évoluent rapidement à l'instar du « droit du travail, droit vivant » pour reprendre le titre d'un manuel du professeur Jean-Emmanuel Ray ou certaines affaires médiatiques comme celle relative à la jurisprudence « Perruche » qui déboucha sur la loi du 4 mars 2002.

Le droit est bien devenu un pilier des sociétés démocratiques modernes. Rien ne lui est étranger. Il touche à la vie privée comme à la vie publique et son action est déterminante en cas de conflit dans ces deux domaines.

B – Ces sollicitations sont de plus en plus importantes

Au sein de sociétés de plus en plus imprégnées par le droit, les demandes croissantes de l'opinion publique d'une intervention ou d'une médiation judiciaire dans les conflits ne sont pas sans soulever la crainte d'une idéologie du droit qui ne supporterait aucune autre alternative que la sienne.

Les sociétés contemporaines se caractérisent par un recours croissant au droit. Ce développement tient à plusieurs facteurs. Les sociétés anglo-saxonnes ont illustré cette tendance au point d'en être parfois une caricature relayée par les médias (l'affaire Monica Lewinsky par exemple) ou les séries télévisées. Cette irruption du droit dans certains domaines tient en fait à l'individualisation des rapports sociaux d'une part et l'évolution séculière de la société.

L'apparition de l'individu urbain est corrélative du passage de la communauté à la société telle que décrite par le sociologue Tonnies dans Communauté et Société. Abandonnant le statut pour le contrat, l'individu voit ses rapports sociaux évolués dans le sens d'une convention. Il n'accepte plus les modifications subies mais souhaite alors une indemnisation ou une nouvelle convention. Ce changement est d'autant plus ressenti que l'individu est devenu un voisin urbain qui voit dans la cité un pacte social qui se négocie. La multiplication des contentieux liés au voisinage, le recours accru aux associations loi 1901 sont l'illustration de ce phénomène qui a pu être qualifié par certains sociologues de NIMBY (« not in my backyard »).

L'évolution séculière a sa part dans l'avènement du droit dans la société moderne. Le déclin religieux a eu pour effet de refuser une part de fatalité. Les populations acceptaient davantage autrefois la survenance de certains drames alors qu'aujourd'hui elles ont recours à la justice et au droit en général pour exiger des clarifications ou des réponses. L'attitude des gens de mer peut témoigner de cette évolution. Comme ont pu le montrer des historiens comme Alain Corbin ou Alain Cabantous, ils acceptaient autrefois la fatalité des événements de mer, à l'image de ces nombreux ex-votos érigés sur le littoral. Désormais, les naufrages de mer sont l'occasion d'ouvrir plusieurs enquêtes : d'ordre pénal comme d'ordre technique avec la création récente du bureau enquêtes après accidents et événements de mer en 1997. Le droit doit apporter des explications – est-on dans la normalité sociale ou non ? -, une sanction – rappeler le besoin de la norme – et une indemnisation – protéger ceux qui respectent la norme.

Le droit devient même parfois un instrument contre l'Etat permettant aux individus de contester les figures de l'autorité. Le refus du silence consécutif à des actes répréhensibles en matière de mœurs commis par des personnes investies d'une autorité (parentale, religieuse,...) se traduit par un recours au droit. Devenu autonome, le droit peut apparaître aux yeux de certains comme une force idéologique. L'Ecole de Francfort voyait dans ce genre d'idéologie, semblable finalement à celle du Progrès un danger pour l'individu. En effet, les auteurs de La Dialectique de la Raison ont décelé dans ces

nouvelles idéologies un refus d'admettre d'autre alternative que la leur au motif qu'elles incarnent, seules, la Raison.

Le droit constitue donc une réponse mais cette réponse est-elle suffisante ou exclusive d'autres réponses ?

II – Le droit exacerbé ne peut pas répondre ou satisfaire de manière générale et absolue

A – Le droit exacerbé

Le droit peut paraître dépassé face à des sujets complexes. Le recours auprès de l'expert est de nature à empiéter sur le pouvoir du législateur ou du juge. C'est oublier que le droit constitue d'abord une technique. Conçu de plus en plus comme une idéologie, il se prête à de nouvelles formes de contestation voire de rejet.

Le droit en tant qu'instrument n'est pas toujours en mesure de répondre aux besoins d'une société de plus en plus complexe. Il s'agit d'abord d'un instrument procédural. Or, cette procédure semble parfois dépassée par l'évolution de la société à un tel point que certains observateurs viennent à s'interroger sur la pertinence de certaines formalités juridiques qui ne seraient plus de mise. Les reproches soulevés en matière de délais sont en effet croissants, correspondant à une société exigeante. Certaines réponses ont été apportées comme la mise en place de procédures de référé mais elles ne suffisent pas. Les tensions pesant sur certaines procédures notamment en matière pénale tranchent avec les exigences médiatiques. Mais le droit est également contesté par son manque d'adaptation à l'évolution de la société. Produit d'une société à un temps donné (le code Napoléon et sa vision étriquée de la femme par exemple), le droit ne correspond pas toujours aux mœurs.

Le droit peut également apparaître comme dépassé car manipulé : la critique marxiste a souligné la nature intrinsèque du droit. Il s'agit d'un rapport de production en contradiction avec les forces de production à l'image des droits de propriété. Le droit est utilisé par la classe dominante, la société bourgeoise, comme un instrument de domination qui permet à cette classe de rester au pouvoir. Le droit ne serait alors qu'un droit formel, une idéologie de classe. Cette manipulation est donc de nature à affaiblir le droit et à réduire sa portée dans une société en évolution. Lorsque cette contradiction est portée à son maximum, la révolution prolétarienne, prédite par Karl Marx et Frédéric Engels, est sur le point d'éclater.

Le droit serait alors l'expression de La loi du plus fort, titre de la contribution des intellectuels américains Noam Chomsky, Ramsey Clark et Edward W. Said qui ont analysé la mise au pas des Etats voyous (les « rogue states ») par les Etats-Unis comme une atteinte au droit international.

B – Le droit est une source d'insatisfaction.

Le droit en apportant une réponse ne satisfait pas forcément : le droit n'est pas une réponse infaillible et est naturellement contesté.

L'adoption du pacs a illustré les tensions autour d'une réponse du droit apportée à une demande sociale spécifique. Le vote de la loi est bien la preuve que le droit est issu d'un certain rapport de force. Ce rapport peut donc être à l'origine d'une faiblesse originelle de la norme juridique. A la différence de certaines règles morales, jugées gravées dans les Tables de la Loi, le droit peut se voir remis en cause. Certaines dispositions relatives aux 35 heures ont été ainsi abrogées. Le droit n'apporte donc pas la réponse à une question mais une réponse plus ou moins optimale à un moment donné.

Mais le droit est par ailleurs affaibli par son manque d'application qui est due à plusieurs raisons. Le droit peut avoir été promulgué à des fins d'affichage et ne pas offrir de possibilités d'application. En matière de déclaration générale, certains auteurs comme Bonald ou Joseph de Maistre ont pu ainsi critiquer les prétentions universalistes des

droits de l'homme. Le droit au travail, affirmé politiquement dès la II^e République puis juridiquement dans le préambule de la Constitution de la IV^e République est une illustration de cette ambiguïté du droit. Pierre Rosanvallon dans La question sociale a étudié les difficultés de la République à satisfaire une demande sociale conforme à une idéologie politique républicaine. La République a eu recours au langage du droit pour répondre à l'imaginaire politique du droit au travail en mettant en place la responsabilisation collective en matière de risques du travail (la loi de 1898 sur les accidents du travail) ou en créant l'Etat providence, chargé d'assurer cette solidarité républicaine. A l'image de l'Etat providence, le droit est alors une source d'insatisfaction permanente.

Le droit est ainsi contesté de deux manières : il peut ne pas être appliqué et peut faire l'objet d'une contestation:

Le droit est en effet confronté à son effectivité : la publication d'ouvrages interdits (comme Le Grand Secret du docteur Gubler) publiés sur Internet affaiblit la décision prise par la justice d'interdire sa parution. De même, le droit international a longtemps été fragilisé par l'absence d'effectivité des normes juridiques prises par des organisations internationales dotées d'une certaine légitimité. Les difficultés voire l'impuissance des forces de maintien de la paix de l'organisation des nations unies peuvent en témoigner. Ce droit-là émanant d'une institution contestée et politique (à l'image du conseil de sécurité) n'a pas toujours été en mesure de satisfaire les parties concernées (le conflit israélo-arabe) ou d'être appliquées.

Mais le droit est par ailleurs contestable. Le droit de recours en est la plus belle illustration témoignant finalement de cette incapacité du droit à apporter une réponse définitive et infaillible. Comme d'autres formes de normes, le droit n'échappe pas ainsi à un devoir de désobéissance qui reposerait sur des normes suprajuridiques. Le droit entretient en réalité des relations étroites avec d'autres normes, notamment philosophiques ou éthiques. L'apparition du principe de précaution a pu ainsi montrer le rôle des normes philosophiques dans l'édiction de règles répondant à une certaine attente sociale. Par principe, ce n'est pas la loi régissant un ensemble de phénomènes mais une règle générale de conduite qui est envisagée. Par « précaution », il faut entendre une forme affinée de la prudence (agir en fonction des données de l'expérience acquise du bon sens et de la raison) et plus philosophique, entendue comme l'astreinte à une action ou son refus en raison de l'incertitude au sujet du risque possible. Juridiquement, l'idée de précaution est apparue en droit allemand dans les années 70 pour être érigé en principe de droit international lors de la deuxième conférence internationale sur la protection de la mer du Nord en 1987. Ce principe a connu ensuite un développement en droit, notamment en matière d'environnement avec l'adoption du Traité de Maastricht et l'article 130r du Titre XVI consacré à l'environnement ou la loi Barnier du 2 février 1995 relative au renforcement de l'environnement. Au-delà de ce développement juridique, le principe de précaution est devenu (ou a été réaffirmé en tant que tel) un principe politique de bonne gouvernance des sociétés humaines.

Le droit seul n'a donc pu apporter une réponse à la société du risque. En tant qu'instrument, il a offert des solutions et des techniques. Mais le recours et la diffusion du principe de précaution renvoient à d'autres normes qui ne sont pas exclusives les unes et les autres.

Cette capacité d'adaptation confirme le caractère profond du droit : c'est une architecture de concepts portant la marque d'une certaine vision de l'homme, une vision par nature occidentale, et un ordre de représentation du lien social. Le droit d'un point de vue historique a été conçu comme un certain mode d'accès à la normativité.

Cette vision, fondée sur un rapport de force, correspond dans l'histoire humaine, à l'occidentalisation du monde, à l'instar de la construction étatique dont certains auteurs ont su montrer le caractère artificiel en Afrique par exemple (Bertrand Badie avec l'Etat importé).

Le droit est devenu la norme dont toute société a besoin se substituant plus ou moins bien aux autres normes existantes dans des sociétés non occidentales.

Mais au-delà de la critique du droit, il ne faut pas oublier qu'il a sa part dans l'édification et la survie des sociétés. Madison ne disait-il pas que « si les hommes étaient des anges, il ne serait pas besoin de gouvernement » (Fédéraliste) ? Cette leçon de réalisme peut alors être associée à une leçon d'optimisme qui verrait dans la construction du droit une réponse légitime à l'adage de Kant dans Doctrine du droit, « Agir comme si quelque chose qui peut-être ne sera pas devait être ». En matière de droit international, le rôle du « soft law » n'est il pas de préparer l'aboutissement au « hard law » ?

© Copyright ISP