

Revue Catholica

Revue de réflexion politique et religieuse

Numéro 123 : Le pouvoir, le droit, la loi

La Rédaction , le mardi 10 juin 2014

Le droit, dans l'esprit de la modernité, n'est pas d'abord ce qui est juste dans les rapports entre les hommes mais ce que le pouvoir impose souverainement par le moyen de la loi. Cette conception volontariste a longtemps transité par la prééminence absolue de la loi discutée et votée par les parlements, c'est-à-dire résultant d'un certain jeu entre les partis. Dans la modernité tardive que nous connaissons maintenant, un certain déplacement de souveraineté s'est opéré au profit des juges, tandis que simultanément beaucoup de textes législatifs sont votés pour donner satisfaction à la moindre expression minoritaire pourvu qu'elle soit politiquement rentable. Deux approches ont longtemps été opposées : l'une, dominante sur le continent européen, supposée donner la priorité à l'application de la règle écrite édictée par un législateur censé exprimer la volonté générale du peuple souverain, éventuellement tenu de respecter une norme dite fondamentale – un texte constitutionnel –, mais découlant tout autant de la même souveraineté populaire quoique selon une procédure plus complexe ; l'autre approche, d'inspiration anglo-saxonne, faisant de la réponse du juge à des situations concrètes, au cas par cas, la forme ordinaire de la production des règles juridiques. Sans contester la différence de méthode, l'écart entre les deux systèmes est loin d'être un fossé infranchissable, le volontarisme étant seulement plus sensible dans les mains du juge anglo-saxon. C'est à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, et malgré, ou peut-être même grâce à une inflation de la production législative dans les domaines les plus inattendus, que la suprématie des parlements a connu une perte de prestige, notamment avec l'introduction de ce qu'il est convenu d'appeler la justice constitutionnelle. Ce mouvement, dont les implications se sont réalisées par degrés dans la quasi-totalité des pays européens et au-delà, a fini par toucher une France qui restait fermement attachée à la mythologie de l'infailible expression de la volonté générale (Rousseau) telle qu'exprimée par la sacro-sainte représentation « nationale » (Sieyès). L'introduction, depuis 2008, de la « question prioritaire de constitutionnalité » achève de mettre à bas



le caractère sacré et intouchable de la loi parlementaire : toute personne qui est partie à un procès peut, en principe, soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Quels que soient ses véritables motifs et sa portée réelle, cette évolution de l'articulation entre les différents acteurs du jeu que constitue la « fabrique du droit », présente l'avantage apparent d'avoir mis un terme au positivisme parlementaire, au moins en pratique : le « droit » ne peut plus être considéré comme le pur produit de sa volonté, c'est-à-dire de l'expression majoritaire issue du jeu électoral des partis, quels qu'en soient l'objet et le contenu. La « souveraineté de la loi », entendue dans ce sens à la fois décisionniste et majoritaire, disparaît donc,

en France comme ailleurs. Mais est-ce un gain ?

Sans doute en raison de la traditionnelle défiance envers le système anglo-saxon, cette disparition ne s'est pas accompagnée d'une conversion à ce dernier modèle, qui a par ailleurs lui-même poursuivi ses propres évolutions. La volonté de réguler la production de la loi parlementaire a conduit – sous l'influence principale du « positivisme normatif » (Hans Kelsen) – à une simple transposition de l'omnipotence parlementaire vers la norme supérieure, qui est bien loin de se limiter à la seule constitution, puisque s'accumulent les règles supranationales, internationales, ainsi que celles qui émanent des nouvelles autonomies territoriales. Au dernier mot de la loi parlementaire nationale – le légicentrisme – succède ainsi un enchevêtrement de normes à interpréter. D'un point de vue formel les apparences sont sauvées : le travail du juriste – juge, cadre administratif – consiste toujours à appliquer la loi, pour autant qu'elle respecte la constitution ou les autres normes supérieures. Cela paraît pouvoir assurer au moins plus de stabilité, à première vue. La disparition de la supériorité exclusive de la loi parlementaire nationale ne s'est cependant pas traduite par le respect scrupuleux de ce nouvel ensemble de « lois » supérieures, mais donc bien par l'ouverture de nouvelles possibilités d'interprétation offertes au travail des acteurs du droit. Le juge n'est plus placé devant une loi qu'il devrait appliquer à la lettre, mais devant un choix à opérer entre les normes concurrentes qui s'offrent à lui, chacune dotée d'une pluralité de significations. Et si cette complexité des références normatives est réelle, elle est loin d'être un handicap : elle est un moyen nouveau aux mains des acteurs du droit et de leur promotion comme législateurs de fait. L'enchevêtrement normatif a pour effet, mais sans doute aussi pour objet, de rendre ouverte l'application de la règle : en fonction des circonstances, l'interprétation des rapports entre ces normes peut être suffisamment élastique pour permettre une adaptation aux exigences du moment. Le travail interprétatif, dans le cadre précédent (légicentrisme), consistait à considérer la loi dans le contexte qui avait amené à sa production, pour permettre son application selon « l'intention du législateur », c'est-à-dire le sens souhaité par la volonté générale qu'elle était censée exprimer. Le travail du juriste consistait à identifier la volonté « générale » à l'œuvre dans la loi, ce qui permettait la jonction entre sociologie politique et positivisme juridique : la loi moderne, réduite à une pure manifestation de volonté réalisée selon les procédures constitutionnelles, devait être interprétée en fonction de l'expression majoritaire, en principe manifestée par les organes désignés selon les rituels électoraux. Cette fonction – ou plutôt cette fiction – subsiste théoriquement, mais elle n'est désormais utilisée que par accessoire. La loi postmoderne, pour l'appeler ainsi, n'est plus, ou plus seulement, la manifestation de volonté souveraine d'une majorité parlementaire : elle devient le produit d'un nouveau travail interprétatif, réalisé sur un mode casuistique par les organes – juridictionnels, mais aussi et plus encore administratifs – qui ont toujours en principe charge de l'appliquer. Même si dans beaucoup de cas, l'espace laissé à l'interprétation contradictoire des normes reste très limité, la réalité a désormais rejoint, dans d'autres cas, souvent lourds de conséquences, ce que le positivisme le plus récent qualifie de « théorie réaliste de l'interprétation » (M. Troper) : ce qui a force contraignante, ce qui reçoit un contenu matériel effectif, ce n'est plus la forme vide qu'est le texte adopté par une majorité selon la procédure constitutionnellement prévue, c'est le produit de l'interprétation réalisée par les organes habilités à cette fin. Bien sûr, l'interprétation, précisément pour être acceptée par ses destinataires, doit respecter certains codes de rhétorique juridique, notamment une référence à ce qui est considéré comme l'intention de l'auteur du texte législatif ; mais elle ne constitue que l'une des ressources argumentaires au service de la volonté libre de l'interprète, qui « découvrira » par exemple que le « respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine » permet de faire échec à l'exercice de la liberté d'expression, alors même que celle-ci est définie, en vertu tant de la constitution que des lois qui sont chargées de l'appliquer, comme une « condition

de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés », pour reprendre la formulation d'une décision récente du Conseil d'Etat français.

La question se déplace ainsi : à partir du moment où la « loi » n'est plus le produit exclusif de la procédure législative, l'appareil politique de la démocratie formelle perd son monopole. Si c'est donc la volonté de l'interprète qui fait la loi, sur quels fondements le juge ou l'administrateur décident-ils de la création de ces « lois » ? Il serait un peu facile, quoique pas forcément faux, de répondre que c'est la seule subjectivité du juge ou de l'administrateur, considérés individuellement, qui, à un instant donné, en fonction de leurs affinités idéologiques ou de l'air du temps, décident du contenu de ce qui est « juste », c'est-à-dire du fondement de leurs décisions créatrices de « lois ». Ce serait là transposer au niveau de l'exécution de la loi le pouvoir de décision jusqu'alors considéré comme l'attribut de l'organe législatif. Or deux éléments au moins gênent encore cette transposition. L'administration comme le juge sont certes habilités à interpréter la loi, ils ne le sont pas officiellement à la créer : les contraintes rhétoriques les amènent donc à limiter l'usage de la liberté dont ils disposent – même si l'une comme l'autre ont toujours plus tendance à assumer cette liberté, sans doute plus encore à mesure que s'amenuise la croyance en la légitimité des institutions politiques dites démocratiques. Mais surtout la part de liberté de l'individu administrateur ou juge est en réalité très faible, au regard de la pression, diffuse sans doute mais totalement intégrée, de l'institution à laquelle il appartient. Autrement dit, l'interprétation qui crée le droit n'est pas le produit indépendant de la volonté souveraine d'un juge ou d'un administrateur ; elle est contrainte de refléter l'esprit du groupe fonctionnel auquel il appartient – juridiction suprême, corps bureaucratique, y compris la street level bureaucracy – le bas de l'échelle bureaucratique. La subjectivité y tient donc sa part, mais le plus souvent il s'agit en quelque sorte d'une subjectivité collective. Le juge, comme l'administrateur, est membre d'un ensemble social soudé par des règles écrites ou non, qui dictent en grande part sa démarche créatrice de normes.

Cette pression du groupe social s'exerce différemment selon les niveaux et les domaines dans lesquels les interprètes de ces normes se rencontrent. A cet égard, une place spécifique doit sans doute être dévolue, en France, aux « grand corps de l'Etat », et singulièrement à l'un d'entre eux qui cumule fonctions administrative et juridictionnelle : le Conseil d'Etat. Ce dernier a en effet toujours eu une conscience très aiguë, sans doute aujourd'hui plus encore qu'hier, d'assurer « l'exercice de l'Etat ». La mission du juge administratif, ou plutôt la mission qu'il s'assigne lui-même, est ainsi d'assurer la permanence de l'ordre étatique, indépendamment des vicissitudes de la vie et des changements politiques qu'il a toujours su sinon absorber du moins amortir : il éprouve donc bien peu de difficultés à revêtir aujourd'hui les habits du législateur, et l'assume d'ailleurs parfaitement, au point parfois d'assurer directement la réécriture, et non seulement l'interprétation, de lois qu'il estime, sans doute à juste titre, mal écrites et inapplicables.

Ce phénomène a quelque rapport avec la place prise, dans les situations de crise du système des partis, par la haute administration, l'armée, les experts, dans l'élaboration du droit, entre les deux guerres mondiales. La perte d'influence et de crédibilité des organes politiques théoriquement dotés de la capacité exclusive d'élaboration des règles de la vie collective aboutit alors à une forme de prise de pouvoir par les organes qui devaient en principe veiller à leur simple exécution. L'originalité de la situation actuelle des démocraties considérées comme « avancées » est que cette substitution, qui accentue encore le caractère fictif de la démocratie représentative, est de plus en plus assumée sans fard par les administrations ou les juges.

* * *

La question du rapport du juriste à la loi et son application n'a donc rien de nouveau. Il s'avère que vient d'être éditée en français la conférence d'un juriste italien, Piero Calamandrei, qui protestait, en 1940, contre la manière dont le régime fasciste en prenait à son aise avec l'interprétation des

lois (cf. *Eloge de la loi*, Editions de la revue Conférence, oct. 2013). Cette pratique se rattachait à la *Freirechtsbewegung* germanique, l'école du « droit libre », dans laquelle il percevait le règne de l'arbitraire, et à laquelle il opposait une conception apparemment étriquée du travail du juriste, tout entier dédié à la stricte application de la loi. La critique portait donc, dans un contexte où le fascisme affirmait son émancipation du formalisme légal, sur la suppression de la frontière entre la « loi » et la « politique », ce que récusait le juriste italien qui y voyait une ingérence de l'idéologie dans le droit et l'invasion de l'Etat dans le travail du juge et du juriste en général. Ce dernier devait pour lui être le gardien de la légalité.

Le propos semble bien mécaniste, mais mérite qu'on s'y arrête quelques instants. Comme d'autres en France ou en Allemagne à la même époque, Calamandrei refusait radicalement que le juriste se permette de prendre des libertés à l'égard de la loi, non parce que celle-ci serait comme telle l'expression d'une volonté souveraine à l'égard de laquelle il ne conviendrait jamais de s'interroger, mais par souci de protection contre l'arbitraire. « Le juriste, écrit-il, qui se considérait autrefois comme la voix vivante du juste, et que l'on qualifiait sans sourire de prêtre de la justice, est tombé dans l'opinion commune au niveau d'un équilibriste de la dialectique s'exerçant ingénieusement sur les trapèzes des formules pures, sans se mettre en peine du contenu, bon ou mauvais, qu'elles recouvrent. » C'est là l'un des paradoxes du « droit libre », qui est en fait le régime sous lequel nous vivons. Il arrive à cumuler le pire des travers du positivisme – l'interdiction de s'interroger sur la moralité ou la rationalité du contenu – et la mobilité des interprétations, par un travail d'interprétation combinatoire de normes contradictoires, propice à l'acceptation de tous les conformismes. Il se libère ainsi de sa soumission au législateur pour mieux s'assujettir volontairement à l'idéologie dont ce dernier est le reflet. Les effets se cumulent donc. C'est la force seule, ou plutôt la violence, détachée de l'appareil législatif officiel, qui est ainsi appropriée et intériorisée par les nouveaux producteurs du droit au gré des jeux d'influence, des désirs de promotion et d'autres motifs plus indiscernables encore que ceux qui règlent les surenchères entre partis. C'est seulement dans ce cadre que l'on peut comprendre la défense par Calamandrei de ce qu'il appelle la « certitude du droit », c'est-à-dire le principe de subordination scrupuleuse du juge à la loi.

Deux enseignements peuvent sans doute être tirés de cette défense anachronique de la légalité.

En premier lieu, et de façon circonstancielle, défendre la légalité signifie refuser une conception du droit qui ne voit dans l'instrument juridique que le moyen de mettre en œuvre la force politique, en acte de pure volonté. Autrement dit, pour Calamandrei, confronté à un mépris plus ou moins poussé des règles communes, il s'agit de défendre une continuité de la légalité, en tant que « valeur en soi à préserver, plus élevée que les vicissitudes politiques passagères, dans l'attente des temps futurs ». Par analogie, défendre ainsi la légalité serait garantir le maintien d'un ordre, ou plus exactement de ce qui reste d'ordre dans une institution où domine seule la volonté perpétuellement changeante des partis et coteries. La légalité, en ce sens, constitue le dernier paravent contre « le pur et simple déchaînement de forces pré-politiques, de nature tribale », auquel aboutit l'abandon dans les mains du juge ou de l'administrateur du pouvoir de faire ou modifier les lois. C'est donc la « valeur » du droit qui serait ainsi défendue. Mais de quel droit ? Il ne s'agirait, à tout prendre, que d'un moindre mal tant que l'empire de la loi, quel qu'en soit l'auteur final, reste délié de toute subordination envers le droit naturel.

Mais il y a une autre réalité que cette pathétique défense de la légalité face à un pouvoir insaisissable. Dans un autre texte récemment publié, Gustavo Zagrebelsky, ancien président de la Cour constitutionnelle italienne, qui a d'ailleurs préfacé l'opuscule de Calamandrei, décrit la démocratie comme « le régime de l'illusion ». « Le plus bénin des régimes politiques, en apparence, est en réalité, écrit-il, le plus maléfique. Le « principe majoritaire », qui est l'essence même de la démocratie, se retourne en fait en « principe minoritaire », qui est l'essence de

l'autocratie : une autocratie qui s'appuie sur le grand nombre, mais, néanmoins, toujours une autocratie, et, pour cette raison, plus dangereuse, ou, en tout cas, pas moins dangereuse que le pouvoir aux mains de petits cercles de personnes qui s'appuient seulement sur elles-mêmes » (« La démocratie difficile », Cahiers du CDPC, Toulon, 2013, pp. 14-15).

Le propos est d'un étonnant réalisme. Il oriente sur la question préalable, qui est de savoir ce qu'est la loi, avant même de savoir qui doit la faire. La légalité formelle dont parle Zagrebelsky suppose en effet qu'un jugement préalable soit porté par le juriste sur ce qui se présente à lui comme une loi. En affirmant que son rôle est de l'appliquer, et uniquement cela, il oblige à l'identifier au préalable comme telle. Plutôt que de collaborer à mettre en œuvre la volonté du législateur, cette démarche conduirait à faire ressortir le caractère purement formel du texte qui en résulte. Et par là-même, de revenir à l'essence de la loi, qui n'est pas seulement une manifestation de volonté, mais d'abord un ordonnancement de la droite raison en vue du bien commun.

Le mardi 10 juin 2014 à 21:32 . Classé dans [En librairie](#), Numéro 123,