





**« Le droit contre la loi »**



## Sommaire

Accueil par M. Jean-Pierre Chevènement, Président de la Fondation Res Publica.....	7
Introduction : « <i>Le droit contre la loi : démission politique, désarroi sociétal</i> » par Mme Marie-Françoise Bechtel, Conseiller d'État (h), ancienne directrice de l'ENA, ancienne députée de l'Aisne, vice-présidente de la Fondation Res Publica.....	11
« <i>De l'État légal à l'empire des droits : comment la hiérarchie s'est inversée</i> » par Mme Anne-Marie Le Pourhiet, Professeur de droit public à l'Université de Rennes-I, membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica. ....	26
« <i>La démocratie à l'épreuve de l'évolution du droit</i> » par M. Jean-Éric Schoettl, Conseiller d'État (h), ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica .....	36
« <i>La nouvelle police de la pensée et du langage</i> » Par M. Jean-Michel Quatrepoint, Journaliste économique, co-auteur de <i>Délivrez-nous du Bien ! Halte aux nouveaux inquisiteurs</i> (Éditions de l'Observatoire, 2018), membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica. ....	67
« <i>Les droits de l'homme avec la démocratie et contre la démocratie</i> » Par M. Marcel Gauchet, Philosophe et historien, rédacteur en chef de la revue <i>Le Débat</i> .....	72
Conclusion par Jean-Pierre Chevènement, président de la Fondation Res Publica, et débat final .....	82



Mesdames,  
Messieurs,  
Chers amis,

Je vous remercie tous d'être venus nombreux.

Je remercie surtout les intervenants : l'initiatrice et pilote de ce colloque est Marie-Françoise Bechtel, conseiller d'État, ancienne directrice de l'ENA, ancienne députée de l'Aisne, vice-présidente de la Fondation Res Publica. Jean-Michel Quatrepoint, journaliste économique, vient de nous gratifier d'un livre à l'excellent intitulé *Délivrez-nous du Bien ! Halte aux nouveaux inquisiteurs* (Éditions de l'Observatoire, 2018), co-écrit avec Natacha Polony. Je pourrais aussi vous conseiller le livre récemment paru *Robespierre, l'homme qui nous divise le plus* (Éditions Gallimard, collection L'esprit de la Cité, 2018) de Marcel Gauchet, rédacteur en chef de la revue *Le Débat*, philosophe qui est l'auteur d'une théorie de la sortie de la religion et nous a abondamment renseignés sur l'extension illimitée des « droits à ». Celle-ci aboutit à la crise de la démocratie à laquelle nous assistons aujourd'hui, ce qui est aussi notre sujet ce soir. Jean-Éric Schoettl est l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, conseiller d'État. Je suis persuadé que vous apprendrez beaucoup en l'écoutant. Enfin, Anne-Marie Le Pourhiet, constitutionnaliste réputée, est professeur de droit public à l'Université de Rennes-I. La plupart de nos intervenants sont membres du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica.

Lors d'un récent colloque, intitulé « *Le moment républicain en France ?* », nous avons mis en lumière la cohérence de l'idée républicaine. L'idéal de l'autogouvernement implique le lien entre la liberté, la souveraineté populaire et la citoyenneté. La liberté n'est pas seulement la liberté de faire ce qui ne nuit pas à autrui, selon une définition courante et très limitée. La liberté est aussi dans l'obéissance à la loi, dès lors que la loi exprime la volonté générale. Mais qu'est-ce que la volonté générale ? Comment se délibère une loi qui pourrait exprimer la volonté générale ? C'est une autre question.

---

<sup>1</sup> « *Le moment républicain en France ?* », colloque organisé par la Fondation Res Publica le 11 décembre 2017.

La République n'est pas réductible au marché. Elle implique l'État républicain (notion que beaucoup de gens, notamment au sein de l'ex-« deuxième gauche », n'ont jamais vraiment comprise). Or l'État républicain est seul à même de fixer les règles de la vie collective (« Face à *la liberté qui opprime la loi qui affranchit* »<sup>2</sup>).

C'est dire que, si la République ne se résume pas au suffrage universel, celui-ci, expression de la souveraineté populaire, n'en est pas moins à son fondement. Or ne voit-on pas aujourd'hui la prégnance croissante d'un droit déconnecté de ce qui était son fondement légitime, la souveraineté populaire s'exprimant par le canal du suffrage universel, au profit de normes fixées par de multiples instances hors-sol, un droit qui se construit en-dehors de la loi quand ce n'est pas contre elle ? Jean-Éric Schoettl, citant opportunément Montesquieu : « *Les juges ... ne sont que la bouche de la loi* »<sup>3</sup>, ajoute que c'est désormais la loi qui est la bouche du juge, que ce soit par la primauté du droit européen, par l'expansion des droits fondamentaux allégués par les cours de justice et parallèlement la montée en puissance du pouvoir juridictionnel par le canal de ces cours, qu'elles soient nationales (Cour de cassation, Conseil d'État) ou européennes (CJUE, CEDH). S'y ajoute aujourd'hui le Conseil constitutionnel lui-même qui, le 18 juillet dernier, a posé un principe de « fraternité » générateur de nouveaux droits. Jusqu'à présent il y avait une devise : « Liberté, égalité, fraternité ». La liberté et l'égalité étaient posées comme principes dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ») mais on n'avait pas songé à l'époque à ériger en principe la fraternité, qui ne s'est d'ailleurs greffée que tardivement (en 1848) sur la devise républicaine. C'est maintenant chose faite, il y a un principe de fraternité qu'il revient encore aux différentes cours d'explorer.

Notre colloque dont je salue encore une fois l'initiatrice, Marie-Françoise Bechtel, va essayer de répondre à trois questions :

---

<sup>2</sup> « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, ... c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* », extrait de la quarante-cinquième conférence de Notre-Dame de Henri Lacordaire (1802-1861).

<sup>3</sup> « *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* », extrait de *De l'esprit des lois*, Montesquieu (1748).



### *Comment en est-on arrivé là ?*

Je me souviens avoir fait en 2002 la critique d'un livre de Jean-Marie Colombani, *Les Infortunes de la République* (Grasset, 2000) dans lequel celui qui était alors le directeur du *Monde*, développait l'idée que l'avenir de la démocratie était dans l'assomption de trois nouveaux pouvoirs : le marché, les médias et le juge, voyant là le principe d'une régénérescence de la démocratie, au détriment des pouvoirs élus dont mieux valait précipiter charitablement le discrédit. Ce triple vœu de J.M. Colombani s'est plus ou moins réalisé aujourd'hui. Jean-Éric Schoettl et Anne-Marie Le Pourhiet nous diront comment tout cela s'est fait.

### *Qu'en résulte-t-il pour la démocratie ?*

Les citoyens s'en trouvent-ils mieux représentés ? Connaissons-nous un nouvel âge d'or de la démocratie ? Démocratie contentieuse, transparence des débats publics grâce aux nouveaux médias, fin des monopoles grâce aux progrès de la concurrence, triomphe du consommateur sur le producteur, prolifération des « autorités » administratives indépendantes au détriment de l'État. Nous allons nous interroger sur les « effets » ou les manifestations de cette véritable révolution juridique, cette émergence d'un « État de droit » déconnecté du suffrage universel. Quels en sont notamment les effets sur la cohésion nationale et sur la citoyenneté ?

### *Et désormais que faire ?*

Cette troisième question, vieille question léniniste, est la plus difficile. Un retour en arrière est-il possible ? La réponse est évidemment non, on ne peut jamais revenir en arrière, mais peut-on aller vers un nouvel équilibre et comment y parvenir ? Par quelles voies ? Comment rendre la parole au peuple sans être aussitôt accusé de « populisme » ?

Je suis certain que nous allons avoir un débat très argumenté, très sérieux, très fouillé, très éloigné des grilles de lecture préconçues à visée plus ou moins électoraliste, qui apportera beaucoup à tous ceux qui veulent comprendre ce qui se passe. Les élections européennes ne sont pas un enjeu si considérable qu'il faille y sacrifier l'authenticité du débat. Certes l'Europe connaît une crise de la démocratie mais avant de chercher des boucs émissaires faciles, ne faut-il pas s'interroger sur le fonctionnement des institutions, qu'elles soient européennes ou nationales, et sur les effets de ce qu'Alain Minc appelait « la mondialisation

heureuse » : le marché mondialisé sous l'égide du capitalisme financier ? Cette recherche serait plus éclairante que la diabolisation de l'adversaire, stigmatisé comme « populiste », concept peu clair utilisé à propos de catégories très diverses qu'une saine conception de la démocratie consisterait d'abord à ne pas confondre et à définir préalablement. Personne n'a envie de revoir les années trente. Les gens qui pensent sincèrement que nous sommes en train de glisser sur cette pente ne cèdent-ils pas à un catastrophisme excessif ? Et pour cela ne faut-il pas éviter ce que Pierre-André Taguieff appelait la *reductio ad hitlerum* ? Le PiS<sup>4</sup> n'est pas le NSDAP<sup>5</sup>, Victor Orban n'est pas Mussolini. Un peu de *realpolitik* ou plus exactement d'euro-réalisme ferait selon moi du bien à la démocratie. Est-il vrai que vouloir soustraire certains domaines régaliens à la compétence de la CJUE et de la CEDH serait un crime contre la démocratie ? La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe (*Bundesverfassungsgericht*), dans son arrêt « *So lange...* » (aussi longtemps que...), pose la règle que la primauté du droit européen ne peut s'exercer que tant qu'on ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de l'Allemagne. Cette jurisprudence propre à l'Allemagne, qui crée une situation tout à fait originale en Europe, n'est pas contestée, on attend que le tribunal de Karlsruhe se prononce... Ce qui paraît vrai de l'autre côté du Rhin cesserait-il de l'être de ce côté ? Il convient de donner la priorité au bon sens et à la mesure en traitant de toutes ces questions qui, comme vous allez le constater en écoutant nos orateurs hautement qualifiés, sont infiniment difficiles.

Je donne la parole à Marie-Françoise Bechtel.

---

<sup>4</sup> Droit et Justice (PiS) est un parti politique polonais, souvent qualifié de « populiste de droite ». Fondé en 2001, il a été à la tête de la Pologne entre 2005 et 2007 et l'est à nouveau depuis fin 2015.

<sup>5</sup> Parti national-socialiste des travailleurs allemands (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*) fondé par Adolf Hitler et Anton Drexler en 1920.

*Le droit contre la loi : démission politique, désarroi sociétal\**

*\*[Cette version intègre des développements qui n'avaient pu être prononcés, faute de temps, lors du colloque.]*

Le sujet que nous abordons ce soir touche de près aux fondamentaux de la Fondation Res Publica : nous l'avons déjà croisé lorsque, par exemple, nous nous sommes penchés sur les institutions, sur la question européenne ou même récemment encore lorsque, à propos des *fake news*<sup>6</sup>, nous avons interrogé les limites de la liberté d'expression.

Nous l'aborderons ici plus frontalement. L'objet de réflexion que nous nous donnons ce soir est en effet d'explorer *l'état actuel du triomphe des droits fondamentaux sur le principe de l'égalité républicaine*. Plus précisément, nous nous demanderons si le droit fondé sur les différences – devenu droit à la différence – démultiplié en droits de la personne ou des groupes avec leurs revendications subséquentes (victimisation, repentance, droits catégoriels de toute nature etc.), n'aboutit pas à un système de valeurs et de comportements sanctionné par des mécanismes nouveaux notamment institutionnels qui met en cause notre modèle républicain et peut-être – nous laisserons à Marcel Gauchet le soin de porter le diagnostic final – la démocratie elle-même.

*Le phénomène par lequel le droit qui était le traducteur de la loi en est largement devenu le maître est donc ce que nous cherchons à examiner ici, par ses effets mais aussi par ses causes.*

Le droit était – est toujours en principe – un *instrument* permettant par l'édiction de la règle législative de s'assurer que la volonté générale était respectée. La souveraineté, assurée d'être source exclusive de la légalité, était en outre confortée par un contrôle juridictionnel chargé de dire les effets légitimes de la loi et le disant d'ailleurs « au nom du peuple français ».

---

<sup>6</sup> « *Fake news, fabrique des opinions et démocratie* », colloque organisé par la Fondation Res Publica le 20 juin 2018.

Subordonné à la loi en ce sens qu'il en était l'oracle, le droit ne pouvait bien entendu s'en affranchir davantage par le *contenu*. C'est au contraire la loi qui lui donnait une sanction. Ainsi et de manière fondatrice, les droits proclamés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (droit à la liberté, égalité, sûreté, propriété, prohibition de la détention arbitraire etc.), n'ont pu acquérir de consistance que dans la définition que la loi en a donnée. C'est ainsi que les déchirements et conflits dans la société étaient tranchés par la seule instance fondamentalement légitime, qui est un Parlement démocratiquement élu, incarnant une volonté collective devenue *une et non fragmentée*. Pensons ainsi aux déchirements et débats qui ont précédé l'adoption de la laïcité par la loi de 1905. C'est précisément la clôture de ces déchirements par l'adoption d'un texte *débatu* qui fait de cette loi un quasi traité de paix sociale.

Or nous assistons depuis maintenant plusieurs décennies à un renversement de cet ordre qui est pourtant le canon de la démocratie : la loi est interpellée sur son contenu par des droits individuels ou catégoriels de plus en plus nombreux et pressants et c'est désormais l'intervention directe du juge qui de plus en plus souvent précède, encadre et le cas échéant disqualifie la loi. Ce ne sont pas les droits de l'homme qui sont ici en cause, bien évidemment, mais une idéologie qu'on a pu nommer « droits-de-l'hommeisme ». Cette poussée idéologique n'a pas eu pour effet ni la plupart du temps pour objet de les enrichir dans un débat sur leur contenu qui est en lui-même légitime : pensons aux interrogations sur *l'égalité réelle* par rapport à *l'égalité formelle*, confrontation certes non négligeable qui a même longtemps structuré le débat public et n'est d'ailleurs n'est pas terminée. Non, avec l'apparition du droit fondé sur la reconnaissance des différences, devenu ensuit droit(s) à la différence, c'est bien le fondement républicain du principe d'égalité qui a été interpellé car c'est à sa légitimité même qu'on s'attaque – plus ou moins consciemment.

Et de quelle façon ! Peut-on dire que le droit trouve toujours sa source dans la souveraineté populaire ? La réponse est non. Le droit est-il toujours le moyen par lequel le juge tranche de l'application d'une loi censée s'appliquer à tous ? La réponse est encore non. Enfin la loi a-t-elle gardé sa portée universelle ? La réponse est dans sa fragmentation de plus en plus accélérée en droits individuels ou catégoriels entrant en conflit avec la poursuite et l'appropriation collective de l'intérêt général.

Ainsi, ceux d'entre nous qui depuis quelque trente années au moins assistent impuissants à la démolition pierre à pierre d'un édifice républicain, conquête d'une histoire qui a arraché l'homme à l'ordre naturel des choses, en viennent-ils à se demander où nous en sommes aujourd'hui. S'il a fallu plusieurs siècles pour arriver à imposer le principe de l'égalité entre les hommes, cette émergence du droit naturel qui avait pour but de protéger les sujets contre les abus de l'arbitraire, puis les citoyens contre la domination de l'État ou du pouvoir économique n'est-elle pas devenue en peu de décennies la source d'un individualisme qui tend à s'imposer par la seule légitimité de la revendication ?

Que nos sociétés démocratiques se soient construites sur le fondement de la proclamation du droit naturel est non seulement un des plus grands acquis historiques de l'humanité mais aussi en soi un bien précieux. C'est lui qui a permis au travers de durs combats à une démocratie républicaine de s'installer dans notre pays, depuis les grandes lois de la III<sup>ème</sup> République protégeant les libertés publiques<sup>7</sup>. Il faut faire une place particulière à l'évolution vers un État contrôlé dans ses prérogatives envers le citoyen grâce à la construction audacieuse d'une justice administrative qui fut souvent à la pointe des progrès du droit – par l'extension du contrôle des pouvoirs de l'administration<sup>8</sup> et la théorie des principes généraux du droit. Mais, surplombant l'ensemble de l'édifice, c'est la volonté par définition souveraine du législateur qui donnait sa consistance à l'existence des droits ainsi construits et permettait bien sûr leur évolution. Certes l'édifice n'était pas parfait : du moins était-il lisible et les

---

<sup>7</sup> Très significatif est, pour le sujet qui nous occupe, le passage des « libertés publiques » aux « libertés fondamentales » puis finalement aux « droits fondamentaux » dans les programmes et manuels universitaires au cours des années 90. L'acclimatation des « droits fondamentaux » qui fut largement l'œuvre du doyen Favoreu a accompagné l'évolution de la référence à la démocratie vers la référence à l'« État de droit ». Il y aurait beaucoup à dire sur la façon dont ce dernier cadre conceptuel s'est imposé dans notre pays contrairement à sa tradition constitutionnelle : cf le chapitre que j'ai consacré à la Charte européenne des droits fondamentaux dans *Oser dire non à la politique du mensonge* (ouvr. coll., Editions du Rocher, 2005).

<sup>8</sup> C'est ainsi que de nombreux droits et libertés ont émergé grâce à la jurisprudence du Conseil d'État : équilibre entre libertés privées et ordre public, extension des droits des étrangers, prohibition de l'extradition dans un but politique etc..., tous droits qui ont été repris dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme mais hors de la prise en considération d'un contexte national.

possibilités de le mettre en cause par la voie électorale étaient-elles garanties – on l’a bien vu en 1981. La justice certes était perfectible aussi bien comme institution<sup>9</sup> que par le contenu de jugements que les mœurs et coutumes conservatrices, sans doute, imprégnaient trop (on songe à sa frilosité en matière de censure éditoriale ou cinématographique par exemple). De son côté, le passage du Parlement d’une instabilité extrême à une docilité sans limites était certainement reprochable mais du moins, sous la IV<sup>ème</sup> comme sous la V<sup>ème</sup> République avant les transferts de souveraineté, était-il infiniment plus comptable de ses choix devant le citoyen qu’il ne l’est aujourd’hui.

C’était donc là le schéma, certes améliorable dans le contenu, soumis au débat par les partis politiques dont c’était le rôle majeur, de notre démocratie républicaine telle que nous l’avons installée et vécue depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle.

Le cadre était donc perfectible : mais c’est un véritable renversement qui a eu lieu et il n’est pas tombé du ciel.

Un facteur fondamental en a été *l’émergence d’un droit hors sol*, le droit européen dont les deux interventions suivantes analyseront par des points de vue complémentaires la place et la manière dont il s’est imposé. J’en dirai seulement pour ma part que le ver était dans le fruit lorsque l’invocation à « l’État de droit » (voir note 7) a remplacé dans les années 80 la référence à la démocratie – je crois d’ailleurs que Marcel Gauchet a été l’un des tout premiers à s’en alarmer.

Mais ce n’est pas le seul facteur : j’en veux pour preuve l’évolution généralisée dans les démocraties développées de *la prise de pouvoir par le droit différentialiste*.

Même si notre pays est très atteint en raison, d’une part de la forme républicaine qui caractérise notre démocratie, d’autre part de son consentement à la suprématie du droit européen, il faut pourtant avoir conscience que le

---

<sup>9</sup> On ne saurait oublier la servitude dans laquelle les juges se sont tenus – ou ont été maintenus – sous la V<sup>ème</sup> République jusqu’à l’élection de F. Mitterrand. Aussi n’est-ce pas un hasard si, relevant soudainement la tête, ils ont lâché la bride à la revendication historique d’un « pouvoir judiciaire » que notre tradition républicaine devait en principe, depuis la loi des 16-24 août 1790 encadrer et pondérer.

mouvement va au-delà. Ainsi le communautarisme britannique est-il le fils direct du droit à la différence qui permet de tenir un certain nombre de populations à l'écart du cercle le plus étroit de la citoyenneté, fût-ce au prix de la tolérance de la charia dans les quartiers. Aux États-Unis, le règne du politiquement correct en matière de handicap ou de sexe fait régner une véritable terreur à l'université. On peut penser aussi à la dénaturation par l'assignation à la différence du combat pour les droits raciaux qui, pour Martin Luther King, avait une portée universaliste et devait reposer sur une alliance avec l'ensemble des mouvements sociaux dans le pays.

Mais faut-il s'étonner de ces rapprochements à l'heure de la mondialisation où ce sont les démocraties, par définition perméables à la revendication juridique, qui offrent le terrain le plus favorable à une fragmentation individualiste parfaitement adéquate aux besoins d'un marché de plus en plus ouvert ?

L'essayiste américain Christopher Lasch avait dès le début des années 80<sup>10</sup>, étudié le phénomène de ce qu'il nomme « l'invasion de la société par le moi ». Selon lui l'Américain de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle est dominé par la peur panique de sa propre fin. Christopher Lasch y voit la traduction des modifications culturelles et psychologiques qui ont accompagné la phase la plus modernisée du capitalisme. Il pense que la notion de « progrès » a conduit sur une fausse voie en créant – il parle des États-Unis – une culture de l'« individualisme compétitif » qui, poussée à l'extrême, conduit à l'impasse. La lutte contre l'autoritarisme typique des années 60 à 70 n'est plus du tout à l'ordre du jour dans les années 90. Ni l'autoritarisme familial ou entrepreneurial, ni la répression de la sexualité, ni davantage la censure littéraire, ni même les questions de supériorité raciale, en bref tous les piliers de l'ordre social ne sont plus en cause. C'est pourquoi l'individu narcissique contemporain, « libéré des superstitions du passé » est « hanté par l'anxiété » et la peur de sa propre fin<sup>11</sup>. On peut toutefois se demander si cette analyse, qui se situe avant l'extension à la planète de l'économie financière, avant l'apparition de nouvelles zones de déchirement dans le monde et avant les formes actuelles du terrorisme, ne fait

---

<sup>10</sup> *In La culture du narcissisme (The culture of narcissism)* (rééd., Flammarion, 2018).

<sup>11</sup> Cette analyse peut conduire à douter de l'effet de l'idéologie soixante-huitarde sur les déchaînements de l'individualisme contemporain ; elle s'ajoute à la constatation des contradictions internes de ce mouvement marquées par exemple par le rejet de la société de consommation.

pas bon marché des problèmes exprimés aujourd’hui par la société, qu’il s’agisse de l’égalité entre races, sexes, ou de la prise de conscience des handicaps ainsi que de la remontée des religions sensible, quoique sous des formes diverses, sur toute la planète. Mais on doit aussi constater que le déploiement du principe de précaution dans une part croissante de la sphère sociale exprime bien aujourd’hui cette forme de narcissisme individualiste marqué par la peur de notre propre destruction dont parle Christopher Lasch. Il est en tout cas visible que le marquage individualiste a remplacé les grandes espérances collectives dans les courants progressistes, tel celui de la « gauche identitaire » américaine que Mark Lilla<sup>12</sup> analyse comme rejetant l’universel.

Une autre approche, celle selon laquelle les droits de l’homme ont éclipsé la notion d’égalité, développée par Samuel Moyn<sup>13</sup> peut retenir l’attention. Selon elle, l’explication de l’évolution est assez simple : l’idéal abstrait des droits de l’homme, tel qu’il a fait son chemin dans les démocraties occidentales après la Deuxième Guerre mondiale, a suppléé en tant qu’aspiration morale la forte aspiration à l’État-providence reposant sur l’idée d’une meilleure égalité sociale. Pour deux raisons :

- l’une est que la Déclaration universelle des Droits de l’Homme (1948) reposait sur l’idée que chaque État devait se donner pour enjeu d’atteindre une vraie mise en place de la citoyenneté avec tous ses droits dans son espace propre et non de stigmatiser les déviations propres à certains États. Or tout autre a été la destinée de la Déclaration, devenue le critère d’un standard démocratique qui devait voir les libertés essentielles fondées sur les droits de l’individu s’imposer partout jusqu’à être en certains cas instrumentalisés dans le jeu de la lutte des puissances.

- l’autre est que, au lendemain des indépendances, le monde postcolonial s’était engagé dans l’idée de réaliser partout l’État-providence. C’était l’époque où les États du Sud avaient appelé au « Nouvel ordre économique international » (1974<sup>14</sup>). Or les États qui avaient mis en place les droits sociaux les plus avancés

---

<sup>12</sup> Essayiste et professeur de sciences humaines à l’Université de Columbia (New York), auteur de *La Gauche identitaire* (Stock 2018).

<sup>13</sup> Professeur à Yale, auteur de *Not enough, Human Rights in an unequal world* (voir l’interview dans *Libération* du 29 mars 2016).

<sup>14</sup> Cela avait notamment inspiré Valéry Giscard d’Estaing qui, en 1975, avait été l’initiateur des accords de Lomé, destinés à privilégier les exportations africaines et



étaient les États coloniaux chez qui ils avaient été chèrement acquis par des luttes internes et qui n'avaient de toute façon pas les moyens de les généraliser à la planète. Ainsi, après les années 70, « les droits de l'homme » ont été privés de leur association antérieure avec les droits sociaux.

Au total donc, on peut penser que le sentiment confus des profonds clivages dans le monde, le faible espoir mis dans leur résorption ainsi que le malaise créé par la panne de l'État-providence sont pour beaucoup dans la montée des « populismes » dans les pays occidentaux d'autant que la fin de la croyance dans le rééquilibrage pays riches/pays pauvres est à l'origine de migrations continues qui à leur tour renforcent ces mouvements en Europe comme aux États-Unis.

Le phénomène que nous étudions ce soir est donc bien un phénomène global. S'il n'est pas mondial, mais affecte quasiment les seules démocraties développées, il s'exprime de plus en plus nettement dans certaines tribunes de l'ONU, comme on l'a vu récemment avec la récente admonestation de la France dans l'affaire Babyloup<sup>15</sup>. Je note, en lien avec les interventions qui vont suivre, l'empressement avec lequel le Premier président de la Cour de cassation a indiqué son souhait de voir changer la jurisprudence française sur la question...

Voilà donc – à (trop) grands traits – la toile de fond. Essayons maintenant d'approcher du tableau lui-même. Je n'en traiterai pour ma part que deux aspects.

### *I. Démission du politique*

Si le juge triomphe aujourd'hui comme prescripteur des normes, ce triomphe, qui sera analysé dans l'intervention de Jean-Éric Schoettl, est à mes yeux plutôt un effet qu'une cause : le juge ne domine que sur fond de démission des politiques. Par démission des politiques j'entends aussi bien le renoncement des

---

caribéennes : une autre vision du monde que celle qui devait s'imposer sous la loi d'airain de la libération des échanges.

<sup>15</sup> Et plus récemment encore lorsque le même Comité des droits de l'homme des Nations Unies – composé d'experts indépendants – a condamné la prohibition en France du port de tenues religieuses ostentatoires dans l'espace public.

gouvernants que l'affaïssement idéologique et conceptuel des partis qui en sont normalement le support.

*La judiciarisation de la vie publique est un des principaux effets de cette démission*

Elle a plusieurs aspects. Je parlerai ici d'un seul d'entre eux, qui est la pénalisation des politiques publiques.

L'affaire dite du sang contaminé a ouvert le bal dans les années 90<sup>16</sup>. Dans cette affaire, je rappelle que le juge pénal saisi par des associations de victimes s'est reconnu compétent pour qualifier en délit pénal l'abstention de membres du gouvernement, en premier lieu le ministre de la Santé, puis du chef du gouvernement lui-même pour avoir tardé à mettre fin aux activités de l'établissement du sang qui avaient conduit à la contamination par le virus du sida de nombreuses personnes ayant reçu une transfusion. Au milieu du déchaînement des passions médiatiques déclenchées par cette affaire, j'ai en mémoire un remarquable et courageux article dans lequel P. Mazeaud, qui pourtant menait à l'époque une carrière active d'opposant, exposait son point de vue de pénaliste républicain selon lequel le Premier ministre de l'époque (des faits) n'avait pas failli. Cette voix est restée isolée d'autant que le principal intéressé s'était lui-même totalement abandonné à la machine judiciaire, allant jusqu'à proposer de modifier la Haute cour de Justice chargée de juger les ministres pour les actes commis dans l'exercice de leurs fonctions afin de donner au juge judiciaire lui-même le pouvoir de trancher sur ces affaires. Première et symbolique démission<sup>17</sup>.

Avec cette première dérive s'est ainsi acclimatée l'idée que c'est le contenu des politiques publiques lui-même qui peut être mis sous le regard du juge pénal. Et c'est ainsi que peu à peu, aux deux extrêmes, si je puis dire, de la vie publique, ni l'action internationale du gouvernement ni l'action locale n'ont été épargnées.

---

<sup>16</sup> Elle a d'ailleurs coïncidé dans le temps avec les premiers procès pénaux faits aux hommes politiques dans un contexte où le financement des partis et campagnes n'existait pas ; cette même époque est celle où l'habitude pour les juges de violer le secret de l'instruction au profit de la presse s'est imposée au point que tout le monde trouve aujourd'hui naturel de lire dans tel organe le compte rendu – quand ce n'est pas le *fac simile* - d'interrogatoires menés dans le secret du cabinet du juge...

<sup>17</sup> qui vient de trouver un écho dans les récents projets de révision constitutionnelle.

Je n'ai guère le temps de développer ici l'une ou l'autre. Je me bornerai à souligner que :

- le contrôle juridictionnel de l'action internationale reflète en moins accentué le passage – ou du moins le risque du passage – de la suprématie de juridictions issues de traité entre États – la cour de la Haye – à une juridiction pénale dont les cas de saisine et le mode de fonctionnement est entièrement conçu pour déposséder les États nationaux de leurs prérogatives – je pense à la Cour Pénale internationale, dont je note qu'elle est aussi une créature des années 90. Dotée d'un « Parquet indépendant », cette juridiction mène des procès contre les dirigeants ou autorités jugés responsables de crimes contre l'humanité soit dans leur pays soit dans d'autres pays. On est très loin du règlement des litiges entre États, loin aussi du véritable consensus international sur l'ordre du monde que les Nations Unies étaient censées garantir. On peut d'ailleurs relever la parenté idéologique de la CPI dont la création fut puissamment appuyée par les mouvements issus de la société civile, les ONG notamment, avec « l'ingérence humanitaire » qui permet des interventions à géométrie variable épargnant les puissants : la seule différence est que dans la théorie de l'ingérence humanitaire le tribunal est moral, constitué d'un appel aux opinions qui permet fort efficacement à tel intellectuel ou telle organisation humanitaire de suppléer la mise en œuvre du droit international qui justement est le droit des États.

- à l'autre bout de la chaîne de l'action publique, l'action locale a été sévèrement pénalisée depuis les mêmes années 90 ; la mise en jeu de la responsabilité des autorités publiques tels les élus locaux<sup>18</sup> – qui avait commencé avec la traduction en justice d'un maire à raison de l'effondrement d'un panneau de basket – a fait rage jusqu'à ce que la loi – l'amendement dit Fauchon, dont Jean-Pierre Chevènement se souvient – intervienne pour calmer cette frénésie judiciaire en exigeant une faute d'une particulière gravité. Ce qui montre bien que si la volonté politique est là, le législateur peut agir et, *a contrario*, révèle l'étendue de sa démission sur le plan général.

Il existe bien en effet un fond de passivité, c'est le moins que l'on puisse dire, dans la classe politique. Il est particulièrement sensible dans l'évolution du Parti socialiste chez lequel le renoncement au triangle d'or « peuple-souveraineté-

---

<sup>18</sup> Mais les préfets n'ont pas davantage été épargnés.

loi » a coïncidé dans le temps avec l'abandon par ce parti de ses positions républicaines, avec un consentement actif au rétrécissement de la souveraineté nationale rongée par les transferts de compétence et la résignation à sortir du cadre hexagonal pour adhérer à un système de droit supranational hors de la prise du législateur. C'est un consentement par avance à sa propre démission. On peut avancer aussi l'idée que la fuite en avant dans la multiplication des droits sociétaux, l'approche maximaliste et multipliée du droit à la différence – je pense au statut des langues régionales dans la République – ou encore l'invocation à la repentance ont beaucoup à voir avec la démission du parti de Jaurès face à un marché qui ne laisse plus de place aux fondamentaux qu'étaient les luttes sociales et le volontarisme économique. C'est une sorte de transfert de valeurs accompagnant la mue socialiste vers une Europe, fût-elle de pure concurrence, avec pour socle les classes moyennes et non plus populaires.

La mue d'un autre parti se réclamant lui aussi de Jaurès, le Parti communiste, est encore plus frappante dans la mesure où ce parti n'adhère pas quant à lui aux transferts de souveraineté et reste sur une position critique du marché. C'est pourtant ce parti qui, avec la loi Gayssot, a ouvert le cortège des lois mémorielles et substitué à l'idée d'égalité, qu'elle soit marxiste ou républicaine, la fuite en avant vers l'exaltation des différences. J'en ai vécu l'incarnation à l'Assemblée Nationale à propos des langues et cultures régionales, de l'immigration ou de la laïcité avec les suites législatives de l'affaire Babyloop.<sup>19</sup>

Quant à la « France insoumise », elle n'est guère en reste avec un programme constitutionnel défini par une déferlante de « droits à... » dans tous les domaines et qui oublie d'ailleurs la subordination au droit européen.

Il y aurait enfin beaucoup à dire, mais je me contente de l'évoquer ici, sur la façon dont les gouvernants démissionnent également en organisant le démembrement du pouvoir que leur a confié le peuple par la délégation à des experts et autorités indépendantes, autre manière de renoncer à exercer leur

---

<sup>19</sup> Sur le premier débat, le président du groupe Parti communiste disait à la tribune que « tout ce qui augmente le droit des gens » est « une bonne chose », inconscient manifestement que, en l'occurrence, le droit des uns – avec la co-officialité des langues régionales – se faisait nécessairement au détriment de l'égalité citoyenne. Sur l'affaire Babyloop, l'oratrice du Parti communiste voulait que la « liberté du travailleur » l'emporte sur la liberté de conscience de l'enfant...

pouvoir légitime<sup>20</sup>. *A contrario*, le débat surréaliste sur l'indépendance du Conseil des programmes de l'éducation nationale montre l'étendue du mal.

## *II. Désarroi sociétal : des causes aux effets*

*Comment saisir le résultat de ce renversement du modèle républicain sur la société elle-même ?* La question est complexe ne serait-ce qu'en raison de l'intrication voire de l'indépendance des acteurs : politiques, juges, experts, médias, réseaux sociaux, groupes de pression. Les interventions suivantes éclaireront cet aspect des choses qui relève des causes.

Je me demanderai ici jusqu'à quel point une société en désarroi, rejetant les politiques, s'interrogeant sur ses valeurs voire son identité, n'est pas le produit de l'édiction à jet continu de normes catégorielles qui finissent par remettre en cause le socle même de cette identité.

*Nous l'avons vu, le politiquement correct a tué la politique : n'est-il pas aussi en train de tuer largement la paix dans la société ?*

Marquée par l'abstentionnisme, le fossé culturel souvent révélé dans de très mauvaises conditions de débat démocratique (mariage pour tous), le désarroi identitaire, le désordre normatif, le renoncement des politiques, la substitution du contrôle associatif au contrôle citoyen, la désinformation par des réseaux sociaux ivres de leur absence de limites, la pression continue des groupes revendicatifs aujourd'hui dans le domaine de la bioéthique, demain n'en doutons pas sur d'autres sujets, et plus généralement la domination de la bien-pensance évoquée dès 1999 par Jean-Pierre Chevènement<sup>21</sup> – et devenue depuis lors la biendistance – telle se présente la société fracturée du XXI<sup>ème</sup> siècle. Si tout cela, je le disais, n'est certes pas tombé du ciel, peut-on essayer de mesurer

---

<sup>20</sup> Participe de la même démission le fait de remettre à la « commission nationale consultative des droits de l'homme » créée certes en 1947 mais érigée depuis 2007 en autorité indépendante siégeant auprès du Premier ministre la charge notamment de veiller au respect des engagements internationaux de la France dans le domaine des droits de l'homme : on ne saurait mieux définir le renoncement de l'exécutif à assurer sa charge propre.

<sup>21</sup> *La République contre les bien-pensants*, Jean-Pierre Chevènement (éd. Fayard, 1999).

l'ampleur des dégâts tout en pointant les contradictions internes qui minent le « tout droit » ?

L'étendue du désarroi tout d'abord.

Dans un monde de l'immédiateté numérique, il résulte de l'intrusion de plus en plus active d'un droit produit à jet continu, et ce dans des secteurs de plus en plus larges de la vie collective et même privée, et plus largement de l'effet spectacle du déploiement des différences sous les yeux du citoyen parfois médusé.

Faut-il en donner des exemples ? Triomphe de la biendistance (Jean-Michel Quatrepoint, je pense, y reviendra), repentance des autorités de l'État, excuses publiques des hommes ou femmes politiques, journalistes<sup>22</sup>, écrivains ou acteurs, en bref de tous ceux dont la parole dans une société *en principe* de libre expression est *en réalité* surveillée par de vigilants gardiens du politiquement correct dont la frontière est d'ailleurs extensive comme le montre le projet hallucinant de retirer le mot « race »<sup>23</sup> de la Constitution : voilà un bref résumé de ce que tous les jours nos concitoyens ont sous les yeux.

Plus généralement, le ruissellement du « bonisme » selon l'expression de Sami Naïr a pour effet de braquer dans leurs retranchements le parler populaire, pas toujours délicat, certes, ou le machisme, pas toujours bienvenu non plus, mais dont les formes ne sont pas toutes nocives.

Au total le « tous droits » mine la société civile dont il prétend être l'expression contre un État qui se fermerait aux revendications identitaires légitimes.

Mais le désarroi qui en résulte ne se limite pas au spectacle évoqué ci-dessus. Il se nourrit plus profondément des *contradictions internes du système du tout droit/tous droits*.

---

<sup>22</sup> Le périodique américain *The Nation* (gauche républicaine) a ainsi cru récemment utile de s'excuser pour avoir reproduit un poème contenant le mot « *cripple* » (handicapé).

<sup>23</sup> Ce qui risque d'entrer en conflit avec un des droits les plus fondamentaux, l'octroi de l'asile politique, la Convention de Genève qui le régit prévoyant que doit être regardé comme réfugié « tout homme persécuté à raison de sa race, sa religion, ses opinions politiques, syndicales ou religieuses... ».

Le droit des uns devient parfois le non droit des autres. Jean-Claude Michéa s'interroge ainsi dans *Le loup dans la bergerie*<sup>24</sup> sur la contradiction entre de multiples revendications en passe d'être satisfaites. Je renvoie au chapitre III de cet ouvrage qui met en scène la rivalité entre groupes sociaux porteurs de revendications marquées par une surenchère permanente.

Pour ma part, je soulignerai les limites que rencontre aujourd'hui la liberté d'expression.

Ainsi l'explosion des droits d'expression et d'opinion par la voie d'internet heurte-t-elle le droit à la protection des mineurs et le droit à la protection de la vie privée et à la sécurité qui ne sont en théorie pas moins universels (d'autres aspects ont été traités lors du colloque « *Fake news, fabrique des opinions et démocratie* »). La loi nationale peut-elle encore quelque chose contre une liberté d'expression invoquée à tout va par les défenseurs de la liberté numérique ? Les mêmes responsables politiques qui refusent les contrôles d'internet sont aussi ceux qui s'adonnent par ailleurs à la police de la pensée et sont perpétuellement tentés d'inscrire dans une loi devenue le greffier des bons sentiments l'interdiction de tel ou tel propos. On peut songer aussi à la question de la surveillance du langage par l'écriture inclusive, bel exemple de la biendistance puisque, à proprement parler, la forme l'emporte sur le fond.

Faut-il poursuivre ? En balayant plus largement le champ on peut songer aux « droits de l'enfant » souvent mis en exergue par le législateur ou le juge (prohibition de la fessée par exemple) et, en contrepoint, le « droit à l'enfant » qui fait bon marché des premiers en autorisant la marchandisation de la naissance. Autre exemple de contradiction, celle de la liberté de se réunir qui devrait être absolue sauf atteinte à l'ordre public, tradition particulièrement libérale du modèle républicain mais qui a trouvé des limites inattendues sans qu'aucune sanction ne semble envisagée lorsqu'un séminaire consacré aux minorités visibles refuse l'entrée aux personnes de race blanche. Ces mêmes minorités visibles que l'on ne saura bientôt plus comment nommer, qui donc en théorie sont invisibles comme telles mais dont on exige aussi qu'elles soient représentées sur les écrans<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> *Le loup dans la bergerie*, Jean-Claude Michéa (éd. Flammarion, 2018).

<sup>25</sup> Un sommet a récemment été atteint lorsque la précédente ministre de la Culture a souhaité augmenter de 15% les subventions aux projets cinématographiques comportant une stricte égalité entre hommes et femmes : bienvenue à la liberté artistique (et discrimination contre les films de guerre ?).

Si l'égalité est ainsi minée de l'intérieur, c'est aussi que la place est prise<sup>26</sup>. Nous voyons tous les jours se développer la mise à niveau des différences, toutes les différences dont la hiérarchie se posera inévitablement un jour. Déjà la promotion des minorités zappe l'égalité sociale. Mais les choses vont vite : ce qui se développe aujourd'hui est *l'essentialisation des différences*, très au-delà même du déploiement de la non-discrimination, et dont l'égalité entre hommes et femmes est d'ailleurs une victime collatérale. Les Français ne peuvent pas ne pas voir combien l'instrumentalisation des droits de l'homme par la promotion des différences est au contraire au modèle des droits du citoyen fait d'une indifférence aux différences : en d'autres termes la juste part donnée aux différences en leur permettant le dépassement vers un bien collectif.

Enfin la mise en cause de la cohésion nationale par la multiplication des droits identitaires : esclavagisme, critique de la négation des cultures autochtones, discriminations de toute nature, invoquant leur étouffement par le centralisme ou le colonialisme, forment un ensemble qui, tout hétéroclite qu'il soit, pèse aujourd'hui d'un poids très lourd dans le débat public et ne peut être sans conséquence sur la formation de la conscience citoyenne dans les jeunes générations. L'identité nationale comme identité citoyenne est aujourd'hui en position défensive face aux procès faits à l'histoire, à la langue française et jusqu'à la laïcité elle-même. Et la moindre question n'est pas de savoir comment sortir notre vision de la citoyenneté de cette posture menacée par le repli.

L'école qui était le relais essentiel de l'esprit citoyen, non seulement est devenue une des cibles principales de critique du modèle républicain<sup>27</sup>, mais se montre elle-même sensible à ces critiques au point parfois d'avoir perdu une boussole républicaine sans laquelle elle n'est plus qu'un simple service public. La formation des maîtres, très sensible à l'air du temps, la montée du pédagogisme contre la formation à l'esprit critique par des disciplines constituées, la définition de programmes d'histoire, de français ou de grammaire tout

---

<sup>26</sup> Je puis quasiment en dater l'origine : lorsque Jean-Pierre Chevènement alors ministre de l'Intérieur avait lancé les « commissions d'accès à la citoyenneté » dans les quartiers en mal d'intégration, la ministre en charge de cette dernière, Martine Aubry avait totalement dénaturé le projet en mettant en avant la lutte contre les discriminations en privilégiant les mesures victimisantes telle la méthode du « *testing* ».

<sup>27</sup> Notamment depuis le développement de l'école sociologique de Pierre Bourdieu.



imprégnés, les premiers de repentance, les seconds de rejet des fondamentaux, ont joué un rôle délétère depuis une trentaine d'années : le temps précisément du passage de relais entre les maîtres formés comme élèves par ces programmes et leur prise en mains du métier d'enseignant .

Et pourtant... Je pointerai pour finir quelques motifs ou pistes qui peuvent donner espoir.

Les Français, peuple de bon sens – populaire ou cartésien comme on le voudra – ont peut-être en eux le ressort suffisant pour rejeter tels excès, percevoir telles contradictions, mesurer ce que l'on prétend leur faire gagner à l'aune de ce qu'ils perdraient en cohésion. Leur mobilisation exemplaire après les attentats terroristes montre les ressorts de dignité et de sens du collectif qui sont les leurs. Mais si ce terrain demande à fructifier, quelles sont les initiatives qui pourraient y aider ?

Réveiller et surtout nourrir l'esprit citoyen – qui ne se confond pas avec le civisme de proximité – est chose difficile en des temps marqués par le triomphe des pulsions individualistes. Le manque flagrant de résistance politique aux dérives sociétales a été souligné plus haut. Sur quoi compter alors ? Une prise de conscience des partis politiques et un sursaut du législateur ? Peu probable. Une éducation citoyenne revue et renforcée ? Pas impossible, me semble-t-il : la mobilisation d'acteurs essentiels, en premier lieu l'Éducation nationale, est peut-être une idée qui fait son chemin. Difficile certes est la tâche d'enseignants en charge de la gestion des contradictions mêmes de la société, difficultés de l'intégration, repentance contre récit national, égalité contre revendication des différences, laïcité contre exaltation des minorités. Mais le sursaut ne semble pas impossible.

Je persiste pour ma part à penser qu'un véritable Service national obligatoire et universel serait un renversement essentiel de la vision dominante : mais comment les mêmes politiques dont la structure mentale est faite de renoncement voudraient-ils soudainement l'imposer ?

Autres pistes ? La suite du colloque nous le dira peut-être. Je note en tout cas pour finir que nos interrogations de ce soir ne sont pas isolées et que certains (autres) juristes – je pense à Bertrand Mathieu ou Pierre Avril – et surtout nombre d'intellectuels les mettent sur la scène publique. J'ai cité des auteurs américains, Jean-Claude Michéa, Régis Debray, il va sans dire ; on peut penser

aussi à Pierre Manent dans un tout récent ouvrage<sup>28</sup> et, bien sûr à celui qui avait le premier dénoncé les dérives du droit-de-l'hommeisme, Marcel Gauchet, qui sera le dernier intervenant avant la conclusion de Jean-Pierre Chevènement.

ANNE-MARIE LE POURHIET

### *De l'État légal à l'empire des droits : comment la hiérarchie s'est inversée*

La situation dans laquelle se trouve aujourd'hui le droit français résulte d'une « contre-révolution » qui s'est produite par étapes à partir de la disparition du général de Gaulle, laquelle coïncide elle-même avec la crise de mai 1968 qui révèle une mutation sociologique.

Bien qu'ils soient intimement liés, je vais ici distinguer, pour la clarté de la présentation, deux aspects de cette contre-révolution. Elle concerne d'abord les pouvoirs puisque les juges qui devaient être les serviteurs de la loi vont devenir ses censeurs, en compagnie d'ailleurs d'autres institutions, mais elle concerne aussi le fond du droit qui va être imposé par ces juges et qui est un droit privatisé où l'État et l'intérêt général se trouve minés par une avalanche de droits individuels et catégoriels. On assiste donc à une inversion non seulement de la pyramide des organes, mais aussi des intérêts juridiquement protégés.

#### *I. La contre-révolution des pouvoirs : comment est-on passé du pouvoir du peuple et de ses élus à celui des juges ?*

##### *A. La souveraineté du peuple*

La Révolution française, dans le sillage des Lumières, pose le principe d'un individu-citoyen libre, doué de conscience et de raison, qui s'auto-détermine. La réunion de tous ces citoyens forme une Nation également libre, donc souveraine, qui s'auto-détermine également. La conséquence de ce postulat est que les règles applicables dans la société doivent résulter d'un acte de volonté clair des citoyens réunis en corps et c'est donc la loi, votée par eux-mêmes, qui exprimera seule la volonté générale. Ce précepte révolutionnaire s'inscrit à

---

<sup>28</sup> *La loi naturelle et les droits de l'homme*, essai de philosophie pratique, Pierre Manent (PUF, mars 2018).

l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation* ».

La Révolution va ainsi bannir le droit coutumier, issu des usages traditionnels, ainsi que le droit jurisprudentiel d'origine aristocratique : tout le droit sera désormais contenu dans la loi. Les juges, comme Montesquieu l'avait lui-même posé, malgré son apologie des contre-pouvoirs, ne seront désormais que « *la bouche de la loi* ». La puissance de juger étant « nulle », ils devront se borner à appliquer scrupuleusement la loi dans les litiges qui leurs sont soumis.

Il s'ajoute à ce principe de philosophie politique des considérations sociologiques. Les révolutionnaires français ont, en effet, quelques très bons motifs de redouter les velléités réactionnaires de cours dont l'Ancien Régime avait déjà montré la capacité de nuisance au pouvoir royal. Avant la Révolution, c'est le roi qui était le souverain, mais il avait déjà dû faire face aux contre-pouvoirs des juges, en leur adressant de célèbres « remontrances aux remontrances ». Louis XIII, en particulier, dans l'édit de Saint-Germain en Laye de 1641, remet vertement les parlements, et notamment celui de Paris, à leur place, en leur faisant « expresses inhibitions et défenses » de prendre à l'avenir connaissance des affaires qui concernent l'État, l'administration et le gouvernement<sup>29</sup>.

C'est donc immédiatement et dans des termes similaires que la loi révolutionnaire des 16 et 24 août 1790 affirme, dans son article 10 : « *Les tribunaux ne pourront ni directement, ni indirectement, prendre part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* ». L'interdiction des arrêts de règlement, par lesquels les juges prétendraient statuer de façon générale, est posée à l'article 12 de la même loi et fut même étendue à l'interprétation de la loi qui devait faire l'objet d'un renvoi au législateur. Ce « référé législatif » impraticable a ensuite été abandonné, mais il en dit long sur la conception révolutionnaire de la séparation des pouvoirs.

La Constitution du 3 septembre 1791 (chapitre V, article 3) reprend le même principe en défendant aux tribunaux de « *s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois* » et la Constitution de l'an III (article 203) réitère en affirmant : « *Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du*

---

<sup>29</sup> Édit de Saint-Germain en février 1641 et arrêt du conseil du Roi du 8 juillet 1661.

*pouvoir législatif ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi* ».

C'est sur le fondement de ces textes très fermes que la chambre criminelle du Tribunal de cassation s'appuie, le 11 fructidor an V, dans un arrêt Guillaume, pour casser un jugement au motif que le tribunal de police qui l'a rendu « *au lieu d'appliquer la loi, seule fonction que la Constitution lui ait déléguée, s'est refusé à ce devoir en se livrant à une critique de la loi qu'il eût dû appliquer* »<sup>30</sup>.

Et lorsque le Code pénal de 1810 s'en mêle en décrétant que « *seront coupables de forfaiture et punis de la dégradation civique les juges 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 et exécutées* », il témoigne encore, par cette rédaction tendant à couvrir le maximum d'hypothèses, de la volonté de ne laisser aucun angle mort par lequel pourrait se faufiler un contre-pouvoir judiciaire.

La même loi de 1790 défendant également aux tribunaux de se mêler des actes d'administration et des affaires de l'État, ce sont les ministres qui, dans un premier temps, se chargeront de celui-ci par la voie du recours administratif ou hiérarchique, avant que n'apparaisse dans la Constitution de l'an VIII le Conseil d'État qui préparera d'abord les jugements « sous l'autorité » des Consuls puis de l'Empereur, avant de devenir le juge administratif suprême en 1872.

Mais ce juge administratif va s'estimer, dans son domaine de compétence, aussi lié que le juge judiciaire par l'interdiction de juger la loi et d'en suspendre à ce titre l'exécution. Bien que la doctrine publiciste française ait considérablement disserté, sous la III<sup>ème</sup> République, sur l'importation en France du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois pratiqué aux États-Unis et théorisé par les doctrines allemande et autrichienne, elle n'aura pas convaincu les juges de se lancer dans l'entreprise, alors même d'ailleurs que les lois constitutionnelles de 1875 ne contenaient que des dispositions de procédure sans aucune mention des droits et des libertés. Dans les fameux arrêts Arrighi et Dame Coudert rendus en 1936, le Conseil d'État rejette encore solennellement un argument tiré de la violation de la Constitution par la loi applicable<sup>31</sup>. Lors des discussions de l'assemblée constituante de 1946, Léon Blum exprimera

---

<sup>30</sup> Crim. 11 fructidor an V, Rép. Dalloz, v. Déni de justice, p.327.

<sup>31</sup> CE, 6 novembre 1936, Sirey, 1937, 3, p.33, concl. Latournerie et note A.Mestre ; D, 1938, 3, p.1, note Ch. Eisenmann.

également, dans *Le Populaire*, son profond scepticisme devant une telle éventualité.

Puis vinrent de Gaulle, la V<sup>ème</sup> République et le Conseil constitutionnel. Le nouveau régime est entièrement mis au service de l'autorité, de l'efficacité et du service de l'État, omniprésent dans les discours gaulliens. Michel Debré dans sa présentation du texte au Conseil d'État affirme : « *L'objet de la réforme constitutionnelle est donc clair. Il est d'abord et avant tout d'essayer de reconstruire un pouvoir sans lequel il n'est ni État, ni démocratie, c'est-à-dire en ce qui nous concerne, ni France, ni République* ».

Le Conseil constitutionnel est exclusivement conçu par les auteurs du texte comme un rouage du parlementarisme rationalisé, destiné à encadrer le parlement pour qu'il n'empiète pas sur les prérogatives d'un exécutif qui se veut stable et efficace. Les travaux préparatoires montrent qu'il n'est pas question de lui confier le contrôle du contenu des lois au regard des droits et des libertés mentionnés dans les textes auquel le préambule fait référence. Il doit seulement vérifier que les lois organiques sont conformes aux dispositions constitutionnelles d'encadrement du pouvoir parlementaire, puis contrôler que les règlements des assemblées sont bien conformes aux dispositions précédentes et enfin que les lois votées l'ont bien été en suivant toutes ces règles de compétence et de procédure. C'est un système hiérarchique d'écluses et de verrous successifs qui est ainsi mis en place, de la pure ingénierie procédurale exclusive de tout possible jugement de valeur sur le contenu des lois. Le Conseil ne peut d'ailleurs être saisi que par les quatre premiers personnages de l'État : le Président de la République, le Premier ministre, et les deux présidents de chambre.

La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 avait bien mentionné parmi les cinq principes qui devraient inspirer la nouvelle constitution que « *L'autorité judiciaire devra être indépendante pour assurer le respect des libertés essentielles définies par le préambule de 1946 et la Déclaration de 1789* ». Mais il s'agissait d'assurer ce respect en appliquant la loi, sûrement pas en la censurant ou en l'écartant. De ce point de vue Michel Debré est encore très clair dans son discours de présentation : « *Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire, ni dans la tradition française, de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi* ». C'est clair, on s'inscrit bien dans la tradition républicaine : aucun juge ne peut contrôler le contenu de la loi.

Quant à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée en 1950 dans le cadre du Conseil de l'Europe, de Gaulle en refuse sèchement la ratification lors d'un Conseil des ministres où Couve de Murville l'avait fait inscrire, en se disant convaincu par la note de Jean Foyer selon laquelle cette ratification aboutirait à placer la France sous la tutelle des juges européens. De Gaulle dira un jour à ce même Foyer : « *Souvenez-vous de ceci : il y a d'abord la France, ensuite l'État, enfin, autant que les intérêts majeurs des deux sont sauvegardés, le droit* ». Il ajoutera plus tard : « *En France, la Cour suprême c'est le peuple* ».

Mais vint alors mai 1968, c'est-à-dire la remise en cause de l'autorité et de la verticalité sous toutes leurs formes, provoquant la fin du règne du général de Gaulle et la revanche des juges.

### *B. La revanche des juges*

Ça ne va pas traîner. On avait déjà eu une tentative du président du Sénat en 1962 de faire censurer la loi constitutionnelle posant l'élection du président au suffrage direct mais le Conseil constitutionnel avait sagement refusé de contrôler les lois référendaires exprimant directement la souveraineté nationale. Cette fois c'est Alain Poher, la dépouille du général à peine refroidie, qui prend prétexte d'une loi dite « Marcellin » sur les associations pour offrir au Conseil constitutionnel l'occasion de son premier coup d'État. Le 16 juillet 1971, en effet, le Conseil s'empare du pouvoir de contrôler le contenu des lois qui lui sont déférées par rapport aux droits et libertés auxquels le préambule renvoie. C'est-à-dire qu'il se permet en réalité de changer complètement son office et de tourner désormais son canon contre le pouvoir exécutif puisque, en raison du fait majoritaire, les lois sont désormais l'expression de la volonté du Président exécutée par son gouvernement et votée par sa majorité. Mais il n'y avait cependant que le président du Sénat qui était susceptible de contester de temps à autre devant le Conseil les choix politiques ratifiés par les trois autres personnalités. La contre-révolution est donc plus qualitative que quantitative et il n'y aura pas beaucoup de saisines dans un premier temps.

Mais Alain Poher ne se contente pas de poignarder César de l'intérieur, il profite aussi de l'intérim du président Pompidou pour ratifier en 1974 la Convention européenne des droits de l'homme.

Puis c'est Valéry Giscard d'Estaing qui, en 1974 toujours, va donner sa bénédiction à la décision de 1971 en étendant le droit de saisine du Conseil

constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs, c'est-à-dire à l'opposition, lui permettant alors de déployer quantitativement le pouvoir conquis trois ans plus tôt.

En 1975, le Conseil sous-entend dans sa décision sur l'IVG que s'il n'est pas compétent, lui, pour contrôler la conformité des lois au droit européen et international, c'est en revanche aux juges ordinaires, judiciaire et administratif, de s'en charger dans les litiges qui leur sont soumis. La Cour de Cassation ne se fait pas prier et se lance immédiatement, dans l'arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975, dans ce que l'on appelle désormais le « contrôle de conventionnalité » des lois, écartant l'application d'une disposition législative contraire à une règle européenne y compris quand la loi est postérieure à cette règle. Le Conseil constitutionnel va faire de même en 1988 dans le cadre de son contentieux électoral et le Conseil d'État allait suivre en 1989 dans l'arrêt Nicolo.

Ajoutons qu'en juin 1980, la France ratifie aussi le pacte de New York sur les droits civils et politiques dont la rédaction aurait dû susciter quelques réserves du gouvernement français sur ses articles 18 (liberté de religion) et 27 (droits des minorités).

Encore un petit effort lorsque François Mitterrand ratifie en 1981 le protocole sur le droit de recours individuel à la Cour européenne des droits de l'homme qui permet à tout un chacun de saisir la Cour après épuisement des voies de recours internes et, en 1983, le protocole sur le droit de plainte individuelle devant le Comité des droits de l'homme de l'ONU qui n'est pas une juridiction mais ne va pas tarder à se comporter comme telle en rédigeant ses avis comme des arrêts. À partir de ce moment-là, tout est en place pour que le gouvernement des juges internationaux, prophétisé par Jean Foyer, circule dans l'appareil judiciaire national.

Enfin, cerise sur le gâteau, comme le Conseil constitutionnel risque d'être marginalisé par le contrôle de conventionnalité, Nicolas Sarkozy, en 2008, offre la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) aux justiciables pour contester eux-mêmes devant le Conseil une disposition législative dont ils prétendent qu'elle « *porte atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit* ». Précisons que le « P » de QPC signifie que la question de constitutionnalité soulevée dans un procès est prioritaire par rapport à celle de la conformité au droit européen et international, la rivalité entre les juges sous-tend cette procédure.

Ajoutons encore quelques ultimes péripéties. L'Union européenne se dote d'une Charte des droits fondamentaux annexée au traité de Lisbonne tandis

qu'elle adhère elle-même, en vertu de celui-ci, à la Convention du Conseil de l'Europe, déclenchant une rivalité entre les deux juges européens, sans que nul ne songe à dénoncer cette ridicule usine à gaz. Et, enfin, le protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme permet désormais au juge national de renvoyer à la CEDH les questions d'interprétation de la Convention, ce que la Cour de cassation s'est aussitôt empressée de faire pour la transcription à l'état-civil de la filiation des enfants issus d'une GPA frauduleuse réalisée à l'étranger.

La boucle est désormais bouclée : la loi, expression de la volonté générale est cernée de toutes parts par les juges, nationaux comme européens, auxquels s'ajoute toute une myriade d'autres officines nationales ou supranationales composées d'experts militants (Défenseur des droits, Commission consultative nationale des droits de l'homme, Commission de Venise dite « pour la démocratie par le droit », etc...).

Mais ce droit jurisprudentiel qui l'emporte n'est pas seulement contre-révolutionnaire dans sa source, il l'est aussi dans son contenu. Et c'est bien le but de la manœuvre : inverser les pouvoirs pour inverser les normes.

## *II. La privatisation des normes*

Comme la génération précédente d'étudiants en droit apprenait par cœur « Le président de la République est la clé de voûte de nos institutions », la génération post-soixante-huitarde apprend « Le juge est le protecteur de nos libertés », et bien sûr, on ne peut pas être contre les libertés ! C'est l'avènement de l'« Empire du Bien » : tous les juristes, universitaires, magistrats administratifs ou judiciaires, hauts fonctionnaires, tiennent depuis des décennies le même discours convenu, la même *doxa*. Les critiques sont rares et chacun s'est empressé d'ignorer la fameuse « *Opinion dissidente* » de René de la Charrière dans la revue *Pouvoirs* de 1980, qualifiant, au terme d'une analyse lucide et brillante, la décision du Conseil constitutionnel de 1971 et son accueil enthousiaste de « *page la plus ridicule de notre histoire* »<sup>32</sup>. Les « *droits fondamentaux* », selon la terminologie empruntée au droit allemand et reprise par l'Union européenne, sont devenus l'horizon indépassable et le fonds de commerce de la doctrine juridique française ainsi que le terrain d'affrontement des rivalités corporatistes entre tous les juges.

---

<sup>32</sup> *Pouvoirs*, n°13, 1980, réédité en 1991



Les dispositions constitutionnelles ou conventionnelles qui consacrent ces droits-libertés, sont, en effet, à l'inverse de celles qui régissent l'organisation politique, extrêmement vagues et générales. Elles mettent toujours en face des libertés qu'elles consacrent des limites relatives à l'ordre public au sens large. Par exemple, la Déclaration française de 1789 nous dit : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». De la même façon, la Convention européenne des droits de l'homme prévoit-elle, pour chaque liberté qu'elle énonce, de possibles restrictions « *prévues par la loi et constituant des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Autant dire que le juge qui s'arroge le droit de vérifier si le législateur national a correctement concilié l'ordre et la liberté, si les dispositions qu'il a édictées pour assurer l'intérêt général ne sont pas disproportionnées au regard des droits et des intérêts privés ou encore s'il a bien sauvegardé l'équilibre entre deux intérêts privés, va substituer son appréciation à celle du législateur pour effectuer un contrôle de pure opportunité. Il dispose, avec de tels textes, d'un pouvoir absolument discrétionnaire et se dote de méthodes d'interprétation qu'il forge tout seul, quand il n'invente pas carrément de nouvelles normes en donnant soudain valeur juridique à une notion qui n'en a jamais eu aucune.

Le juriste autrichien Hans Kelsen qui fut le promoteur du contrôle de constitutionnalité des lois en Europe avait pourtant prévenu sur la nécessité absolue, pour le pouvoir constituant, d'éviter la « phraséologie » consistant à « *écrire des valeurs et des principes vagues tels que liberté, égalité, justice ou équité qui pourraient conduire un tribunal constitutionnel à annuler une loi au motif qu'elle est simplement injuste ou inopportune* ». « *La puissance du tribunal serait alors telle – écrivait-il – qu'elle devrait être considérée comme simplement insupportable* »<sup>33</sup>. La vérité est que cette puissance est tout simplement illégitime. Qu'aurait dit Kelsen s'il avait vu le Conseil constitutionnel créer de toutes pièces des principes normatifs de dignité ou de fraternité dans lesquels il met absolument ce qu'il veut ? Qu'aurait-il dit des propos récents du premier président de la Cour de cassation exposant la nécessité d'adapter celle-ci aux « notions coutumières d'équité et de

---

<sup>33</sup> H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP, 1928, p.p. 240 et 241.

proportionnalité familiaires au juge anglo-saxon »<sup>34</sup> et imposées par la jurisprudence de la CEDH ?

Ce que l'on aperçoit très bien, dans l'examen de toutes ces jurisprudences, c'est que ces juges, saisis par des individus ou/et des groupes de pression, mettent de plus en plus le curseur vers les intérêts privés au détriment de l'intérêt général et consacrent ce que Jean Carbonnier appelait « la pulvérisation du droit objectif en droits subjectifs ». Toutes ces procédures sont évidemment instrumentalisées par des individus ou minorités pour tenter de faire contrarier la volonté majoritaire au bénéfice de ce qu'elles appellent leurs droits. Et de ce point de vue, le droit européen tel qu'interprété par ses juges et appliqué ensuite par les nôtres, n'a de cesse que d'importer sur le continent un multiculturalisme anglo-saxon distributeur de droits de toutes sortes. Chacun défend sa part dans le marché des droits et les *lobbies* se bousculent au self-service normatif pour faire « reconnaître » leur « ressenti » subjectif.

L'article 2 du traité de Lisbonne, auquel l'on n'a pas suffisamment prêté attention non plus sur ce point, stipule : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes* ». Avec un club-sandwich pareil, on fait ce que l'on veut et chacun des mots de la liste sera interprété dans un sens favorable aux individus et groupes. Même le sens de la démocratie est revisité puisque la CEDH n'hésite pas à affirmer, au détour d'une décision, « *la démocratie ne se ramène pas à la supériorité constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus de position dominante* »<sup>35</sup>. Le mot est lâché : la volonté générale serait un instrument de « domination ».

Prêtons l'oreille à la façon dont le terme « État de droit » est aujourd'hui brandi par les élites européennes. Loin de la neutralité de la théorie initiale allemande du *Staatsrecht*, il s'agit systématiquement de faire plier les volontés

---

<sup>34</sup> Cour de cassation, audience d'installation du 3 septembre 2018, discours de Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation et de Monsieur Philippe Ingall-Montagnier, doyen des premiers avocats généraux.

<sup>35</sup> CEDH, Young, James et Webster, 13 août 1981, série A, n°44.

démocratiques nationales devant les revendications de minorités de toutes sortes à la fois politiques et sociologiques. Pour reprendre le bon mot de Guy Carcassonne, l'État de droit se mue en « des tas de droits ».

Lors des débats précédant l'adoption de la QPC, s'est répandue une rhétorique langagière vantant une procédure permettant enfin aux citoyens de « s'approprier la Constitution » ! Nul n'a songé à s'arrêter sur cette expression et sur ce qu'elle dit exactement de la privatisation de la norme commune, de la captation féodale de la *Res Publica* et de la transformation du citoyen en ayant-droit.

Le Premier président de la Cour de cassation propose désormais de changer complètement l'office de son institution en instaurant un filtrage des pourvois dont le critère essentiel serait « la défense des droits et des libertés fondamentaux » sous l'égide de la jurisprudence européenne<sup>36</sup>. Il indique ouvertement qu'il s'agit de substituer un droit d'inspiration coutumière qui « monte de la société vers le juge » au modèle de « droit écrit qui descend du sommet de l'État centralisé vers le citoyen », c'est bien le constat d'une inversion contre-révolutionnaire à laquelle il propose de souscrire plutôt que de résister.

L'idée qui domine cette mutation est qu'il faudrait écarter la loi écrite lorsqu'elle est « trop dure » pour un individu ou un groupe dont elle contrarie l'identité, le désir ou la reconnaissance. Lorsque le parlement national, après un débat pluraliste, a posé une règle dans l'intérêt de la société en général, le juge va désormais vérifier qu'elle ne porte pas une atteinte « disproportionnée » à un intérêt individuel ou catégoriel. Ainsi, pour le Conseil d'État, l'interdiction de l'insémination *post-mortem* dans le Code de la santé publique, porte une atteinte disproportionnée au « droit au respect de la vie privée et familiale » d'une veuve, garanti par la Convention européenne. De même la Cour de cassation juge-t-elle que la sanction de nullité d'un mariage incestueux porte une atteinte disproportionnée à ce même droit. Inutile de débattre au parlement de lois sur la maîtrise de l'immigration ou la bioéthique puisque, de toutes façons, cela se réglera devant le juge sur la base du droit européen. L'isoloir ne sert plus à grand-chose puisque tout se passe en réalité dans le prétoire. Et l'on comprend bien le sentiment de dépossession des citoyens dont les votes sont ainsi annulés.

---

<sup>36</sup> Cour de cassation discours au dîner annuel des juristes franco-britanniques, 31 mars 2015.

Il convient cependant d'ajouter que la loi écrite elle-même épouse aussi désormais cette conception du droit, soit par recopiage servile du droit européen, soit sous l'influence du *lobbying* des intérêts privés qu'il est convenu d'appeler dans le mantra macronien « co-construction des politiques publiques avec la société civile ». Cette société civile se fait d'ailleurs attribuer une « chambre » dédiée dans le projet de révision constitutionnelle en cours qui fait ainsi rentrer les associations et groupes de pression au sein des institutions de la République.

Tout ceci a été voulu par le pouvoir politique, c'est lui qui a ratifié tous les textes, constitutionnels et conventionnels, organisant sa propre dépossession et donc celle du peuple. Comme le disait Maupeou : « *Si le roi veut perdre sa couronne, il en est le maître* ». S'il veut la récupérer, c'est à lui d'œuvrer.

JEAN-ÉRIC SCHOETTL
--------------------

### *La démocratie à l'épreuve de l'évolution du droit \**

*\*[Cette version intègre des développements qui n'avaient pu être prononcés, faute de temps, lors du colloque.]*

Une fissure s'est ouverte en France (comme d'ailleurs dans la plupart des pays occidentaux), depuis une quarantaine d'années, entre l'évolution du droit et les fondements de la démocratie représentative.

C'est cette fissure, demain peut-être cette fracture, que nous tentons aujourd'hui de caractériser. Quelles sont les causes du désordre ? Menace-t-il la solidité de l'édifice ? Si oui, comment réparer ?

#### *I. État des lieux*

Le phénomène revêt deux aspects distincts, quoique non étrangers l'un à l'autre :

- Un droit qui se construit désormais en dehors de la loi, voire contre elle ;
- Une pénalisation croissante de la vie publique.

Ces deux aspects me paraissent liés car conduisant tous deux à la dégradation de la figure du Représentant : le premier en restreignant toujours davantage son champ d'action ; le second en en faisant un perpétuel suspect.

De ce point de vue, notre époque – tout en réinventant la Terreur, sous la forme intellectuelle – n'a jamais été si peu robespierriste, pour reprendre un thème cher à Marcel Gauchet.

Le mal qui ronge aujourd'hui la démocratie me paraît se situer beaucoup plus là, c'est-à-dire dans l'abaissement du Représentant, que dans les réactions allergiques que provoque cette désacralisation : populismes, démocratures, illibéralisme ou, plus anecdotiquement (mais symptomatiquement) protestation d'un Jean-Luc Mélenchon contre une perquisition ressentie par lui comme une profanation. Voir dans Orban, Salvini ou Mélenchon le péril premier pour la démocratie serait prendre les conséquences pour les causes.

#### *A. Un droit qui se construit désormais en dehors de la loi, voire contre elle*

Il fut un temps, pas si lointain (Marie-Françoise Bechtel et moi-même l'avons connu en qualité d'auditeurs lorsque nous sommes entrés au Conseil d'État en 1979), où la loi trônait au sommet de l'édifice juridique.

La loi fixait les règles ou les principes fondamentaux, selon les cas prévus à l'article 34 de la Constitution de 1958 ; le décret en déterminait les modalités d'application ; le juge interprétait la loi dans le strict respect de l'intention du législateur, telle qu'elle se dégageait des travaux parlementaires ; la loi postérieure au traité faisait écran à ce dernier, du moins aux yeux du juge administratif.

Tout cet édifice s'est retrouvé cul par-dessus tête au terme d'une évolution insidieuse, mais irrésistible, couvrant une quarantaine d'années.

Cette évolution (qui n'est pas propre à la France) conjugue divers phénomènes :

- La primauté du droit international et européen ;
- L'expansion des droits fondamentaux ;
- La montée en puissance du pouvoir juridictionnel ;

- Des révisions constitutionnelles restreignant toujours davantage le pouvoir de l'Exécutif et du Parlement.

### *1. La primauté du droit international et européen*

La grande révolution juridique survenue en France depuis un demi-siècle est que tout juge national, quel que soit son ordre et son ressort, doit faire prévaloir le traité sur la loi, même postérieure.

La Cour de cassation l'a admis dès 1975 avec sa décision Société Cafés Jacques Vabre. Le Conseil d'État français a « fait de la résistance » jusqu'à capituler par l'arrêt Nicolo en 1989.

Cette primauté du traité vaut particulièrement pour le droit de l'Union européenne.

La primauté du droit issu des traités européens sur la loi nationale est tout aussi manifeste s'agissant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le droit de l'Union prévaut sur tous les textes de droit interne, y compris législatifs, y compris constitutionnels. Dès 1964, un arrêt Costa c/ Enel fait la théorie de cette primauté du droit européen (alors « communautaire ») sur le droit interne. Pour en mesurer pleinement la portée, il faut citer intégralement son considérant central : *« A la différence des traités internationaux ordinaires, le traité [alors de Rome] a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres [...] et qui s'impose à leur juridiction. En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes. [...] Le droit du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même [...] Le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, entraîne donc*

*une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté».*

Cette primauté du droit européen concourt de plusieurs façons à l'expansion des droits fondamentaux : elle en est tout à la fois le précurseur, le véhicule et un facteur puissant de propagation.

La primauté du droit européen sur le droit national (fût-il constitutionnel) est plus qu'une « nécessité fonctionnelle » pour une Union qui se construit exclusivement par le droit. Elle traduit, au-delà du droit, l'aversion des élites européennes contemporaines pour l'idée même de Nation, regardée comme un marécage de passions destructrices, qu'il faudrait assécher dans l'intérêt de la paix et de la prospérité.

Font problème, en définitive, non pas tant la construction européenne en soi, ni même l'existence d'un droit européen, mais le fait que celui-ci prétende faire régner la Morale et le Marché en faisant fi des intérêts et sentiments nationaux.

C'est le logiciel abstrait ainsi « chargé » dans le droit européen (charte européenne des droits fondamentaux, droit européen de la concurrence...) qui bride (et brime) les souverainetés nationales. Et non seulement les souverainetés nationales, mais encore ce qui pourrait constituer, pour reprendre un concept cher à Emmanuel Macron, une esquisse de volonté souveraine européenne. On le voit en matière migratoire, comme en matière de lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée. On le voit aussi dans le domaine des relations économiques internationales, où l'Union, pour des raisons de principe, a toujours voulu jouer l'élève modèle du libre-échange et n'a jamais tenté de favoriser la constitution de champions industriels européens. Au fond, ce que les peuples reprochent le plus à l'Europe c'est moins d'être l'Europe, que de ne pas être, comme les États nationaux, une puissance protectrice.

Un certain nombre de colloques de la fondation Res publica ayant été consacrés à ce thème, je ne m'y attarde pas davantage, mais vous renvoie aux actes correspondants.

## 2. L'expansion des droits fondamentaux

L'expansion des droits fondamentaux, et plus précisément des droits subjectifs, opposables par un particulier à une personne publique, caractérise l'évolution du droit, en France comme partout en Occident, depuis un demi-siècle. Elle déborde, notamment du côté sociétal, ce que l'on nommait pompeusement dans les années 80 « la troisième génération des Droits de l'Homme » (percée pourtant encore bien timide, puisque consacrant seulement la transparence administrative et la protection des données personnelles)

L'origine de la déferlante des droits fondamentaux se trouve cependant ailleurs que dans le droit.

Elle a sa source dans la société, à la confluence de divers phénomènes : le « *Vagabondage d'idées chrétiennes devenues folles* » (Gilbert Keith Chesterton) ; l'épanchement d'un État-providence, assureur universel, devenu « *État nounou* » (Michel Schneider) ; l'individualisme exacerbé induit par les formes actuelles de la mondialisation et l'extension illimitée du domaine du marché ; le délitement du sens de la transmission, de la civilité, de la solidarité, de la discipline, de l'autorité et (*last but not least*) de la Nation ; la *political correctness* communautariste importée des campus américains ; enfin un gauchisme découvrant dans le droits-de-l'hommeisme contentieux un substitut aux luttes révolutionnaires de naguère....

Le droit (textuel et jurisprudentiel) cautionne dans un second temps cette éruption de l'individualisme philosophique. Le droit devient en effet, pour les militants de la transformation radicale de la société, le champ de bataille principal, alors qu'il n'était, pour leurs prédécesseurs marxistes, qu'une superstructure bourgeoise dont il fallait dénoncer les faux-semblants.

Qui plus est, les revendications victimaires et catégorielles qui alimentent cette déferlante, médias et sensiblerie générale aidant, exaltent un droit des minorités, qu'elles soient ethniques, religieuses ou sexuelles. Les droits individuels deviennent ainsi le cheval de Troie de revendications minoritaires. Le droit de se vêtir comme on l'entend légitime la burka et le burkini des islamistes, comme le droit à un traitement égal du désir d'enfant justifie la PMA pour les couples de femmes et, demain, la GPA pour les couples d'hommes.

L'État est sommé non seulement de venir au secours de celui qui a personnellement et directement subi une injustice en raison des préjugés, mais encore de réparer matériellement et moralement les torts passés, actuels ou potentiels causés par la Nation à toute sa catégorie. Un « droit de ne pas être



offensé » (en raison de son appartenance – réelle, supposée ou revendiquée – à une catégorie historiquement maltraitée) met une muselière à la liberté d'expression.

Ainsi interpellée, notamment au travers des lois mémorielles et des dispositions anti-discriminatoires, la collectivité, vouée à une perpétuelle contrition, doit sans cesse compenser, sanctionner et dédommager les mauvais traitements que sa majorité dominante a causés à ses composantes dominées.

Les droits fondamentaux ont des fondements multiples :

- Les uns ont leur siège dans des textes constitutionnels ou conventionnels anciens (comme le droit de propriété, le respect de la vie privée ou la liberté religieuse), mais la jurisprudence les décline dans des contextes nouveaux ou leur donne une portée inédite ;

- D'autres sont ajoutés à l'ordonnement juridique par la révision constitutionnelle (droit du public à participer aux décisions ayant une incidence sur l'environnement), le traité (recours individuels devant la Cour de Strasbourg) ou la loi (droit au logement opposable de la loi du 5 mars 2007 ; ou, pour donner un exemple plus anecdotique, droit de tous les enfants scolarisés à l'inscription à la cantine des écoles primaires, institué par l'article 186 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté) ;

- D'autres enfin sont « découverts » par le juge, sans ancrage textuel véritable (principe de confiance légitime, droit à une vie familiale normale, principe de fraternité...).

Selon leur nature, les droits fondamentaux contraignent différemment le législateur.

Les droits-libertés limitent toujours plus strictement les marges de manœuvre de l'État régalien, lorsque celui-ci entend faire prévaloir l'intérêt général ou sauvegarder l'ordre public.

Les droits-créances assujettissent les pouvoirs publics en général et le législateur en particulier à une obligation de résultat, les transformant en simples courroies de transmission d'un logiciel supra-législatif qui dénie aux élus de la Nation leurs prérogatives d'arbitrage.

Or là où un droit est proclamé, surtout si c'est un droit créance, le pouvoir politique et son bras administratif sont sommés d'exaucer. Ils ne peuvent plus arbitrer, ce qui est pourtant au coeur du politique.

Qui plus est, les droits fondamentaux sont devenus l'arme fatale de ces nouveaux inquisiteurs que décrivent Natacha Polony et Jean-Michel Quatrepoint, avec une implacable drôlerie, dans leur ouvrage *Délivrez-nous du Bien* (Editions de l'Observatoire, 2018).

Les droits fondamentaux sont en effet opposables par les associations militantes à la société au nom de l'individu ; à la majorité au nom de la minorité ; et, plus généralement, au dominant au nom du dominé.

Ils permettent de mobiliser toute la panoplie des actions en justice : mise en cause de la responsabilité civile, plaintes pénales, recours en annulation, demandes en référé, questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), saisines de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Mobiliser contre qui ? Contre la partie réputée abusive de ces dipôles manichéens auxquels la police de la pensée réduit les rapports sociaux et, plus largement, civilisationnels : hommes contre femmes, hétéros contre homos, Français de souche contre personnes « racisées », petits blancs contre migrants, bien portants contre handicapés, producteurs contre consommateurs, policiers contre jeunes des quartiers, parents contre enfants, entreprises contre salariés, bailleurs contre locataires, automobilistes contre cyclistes, administrations contre usagers, humains contre animaux etc.

Les procès intentés par les associations militantes permettent sinon toujours d'obtenir des condamnations, des réparations ou des rééducations (sous la forme de ces stages de sensibilisation qui fleurissent depuis une quinzaine d'années dans notre arsenal répressif), du moins de clouer le dominant au pilori le temps de la procédure, de tétaniser ses semblables pour l'avenir, de médiatiser une cause et même de tirer parti de l'échec de l'action en justice. Comment ? En expliquant que cet échec est imputable à l'insuffisante reconnaissance juridique du droit dont on se prévaut et qu'il faut donc en revendiquer la pleine affirmation. C'est bien le diable si pareille revendication n'arrache pas, tôt ou tard, une nouvelle avancée de la protection juridique, par la grâce du traité, de la révision constitutionnelle, de la loi ou de la jurisprudence. Les associations militantes s'en empareront avec délectation.

Le maniement contentieux des droits fondamentaux permet de faire de la partie réputée dominante l'éternel débiteur de la partie réputée dominée. Elle parachève l'oeuvre rédemptrice des activistes du camp du Bien en apportant le

renfort du droit à leurs autres techniques d'intimidation : déconstruction des convictions communes, criminalisation des coutumes, culpabilisation du plus grand nombre, exaltation de l'altérité, effacement des frontières géographiques et anthropologiques, devoir de repentance, *reductio ad hitlerum* du contradictoire, écrasement des nuances, réfection du langage, réécriture du passé.

Qu'on nous comprenne. Nous ne remettons ici en cause ni les droits et libertés individuels, ni la nécessité de mettre fin aux injustices que tel ou tel groupe a pu subir dans le passé. Nous disons seulement que, tout en mettant un point d'honneur à respecter les droits et libertés individuels, notre système juridique ne doit ni les laisser confisquer par les groupes de pression, ni tout leur sacrifier, notamment pas la solidarité et la cohésion sociales.

Pensons aux vaccinations obligatoires, aux sujétions de la défense nationale (et demain, peut-être, du service national), aux servitudes d'urbanisme, à la sécurité routière, à l'ordre public économique et social, aux multiples sacrifices que supposerait une politique écologique ambitieuse pour nos libertés personnelles. Il faut bien construire les centres de traitement d'ordures ménagères, les établissements pénitentiaires et les hôpitaux psychiatriques quelque part (*in someone's backyard*). Paralysera-t-on demain le don d'organes, l'enseignement de la médecine et la recherche médicale, parce que, au nom de la liberté religieuse ou d'une conception subjective de la dignité de la personne humaine, on aura subordonné au consentement explicite et solennel de l'intéressé, donné de son vivant, l'utilisation de son corps après sa mort ?

La gestion de la Cité ne peut se réduire à l'agrégation de *desideratas* individuels. Comme dirait Jean-Claude Michéa, l'addition algorithmique d'une multitude de « C'est mon choix » ne dessinera jamais les contours du Bien commun.

Autre chose : nous aussi, démocraties humanistes, libérales et « post modernes », avons besoin d'un ordre symbolique. Pourquoi nous interdirions-nous de le protéger légalement ? C'est bien la tendance aujourd'hui, puisque même le délit d'outrage au drapeau se trouve remis en cause au nom de la liberté d'expression ... alors que, dans le même temps, ladite liberté d'expression

se voit restreinte au nom du droit de chacun à ne pas être offensé à raison de son origine, de sa religion, de ses inclinations sexuelles etc.

Contradiction ? Non, si on comprend que la nouvelle axiologie déprécie le commun pour mieux exalter l'Autre. La liberté d'expression sera hautement invoquée pour un rap haineux contre la police ou les blancs, mais mise en sourdine pour tout propos risquant de désobliger une minorité. Nous assistons ainsi à un chassé-croisé des égards : toujours plus pour ce qui différencie, toujours moins pour ce qui unit.

Le politiquement correct inverse en effet la hiérarchie des ordres voulue par l'universalisme républicain :

- Celui-ci faisait régner l'égalité des droits (et proscrivait donc toute autre distinction que celle des vertus et des talents) dans la sphère publique et laissait les particularités héritées (sexe, religion, langue et culture) s'exprimer librement dans la sphère privée ;

- Les nouveaux progressistes exacerbent au contraire la prise en compte des singularités natives (sexe, origine, religion, handicap etc) dans la sphère publique et les nient dans la sphère privée (pour le sexe avec la théorie du genre, mais aussi pour les autres « singularités natives », qu'ils tiennent pour contingentes et reconfigurables selon les désirs et ressentis individuels).

L'engouement pour les droits fondamentaux, pavé des meilleures intentions humanistes, évince toujours davantage l'intérêt général, les valeurs collectives et les devoirs de chacun au profit de prétentions individuelles et catégorielles. Il produit une société contentieuse où chacun est en guerre contre tous. Il fait naître des créances et suscite des doléances dont seul le juge, national ou supranational, fixera effectivement la portée.

### *3. La montée en puissance du pouvoir juridictionnel*

Les dispositions supra-législatives dans lesquelles le juge va chercher l'énoncé d'un droit font l'objet de formulations le plus souvent vagues. Le juge en est l'ultime exégète. Sa jurisprudence déterminera donc à la fois les implications véritables et la force contraignante de l'énoncé constitutionnel ou conventionnel en cause. Les intentions du constituant ou celles des négociateurs du traité ne feront plus entendre, à ce stade, qu'un écho lointain.

Il en résulte que c'est le juge, dûment actionné par les gardiens des colonnes du temple (autorités administratives indépendantes comme le Défenseur des droits, le CSA ou la CNIL, organismes européens, associations militantes dotées de la capacité de se porter partie civile, doctrine juridique acquise à l'expansion indéfinie des droits de l'homme), qui prescrira *in fine* le contenu des politiques publiques.

Qui plus est, le droit nouvellement proclamé entre tôt ou tard en conflit avec des droits concurrents ou avec l'intérêt général. Seul le juge saura dire (toujours trop tard pour que la sécurité juridique y trouve son compte) comment il convient de les concilier.

S'opère ainsi un déplacement du centre de gravité de la vie publique des deux premiers pouvoirs vers le troisième et vers d'autres, dépouillant les représentants directs de la souveraineté populaire (Exécutif et Parlement) au bénéfice d'un pouvoir juridictionnel polycéphale (non moins de cinq cours suprêmes, dont trois nationales et deux européennes) et d'autres instances non élues, nationales ou supranationales (comité des droits de l'homme de l'ONU par exemple), chargées de veiller à la suprématie des droits et au respect des traités.

Même les politiques régaliennes se voient « préformatées » par une jurisprudence poussant toujours plus loin le contrôle de proportionnalité et par un droit humanitaire toujours plus invasif.

La religion des droits fondamentaux et, plus généralement, ce que Marcel Gauchet a appelé l'« *abouchement du droit des juristes et du droit des philosophes* » ont fait émerger un juge démiurge, à l'image de la Cour suprême des Etats-Unis, du *Verfassungsgericht* et des cours de Strasbourg et de Luxembourg.

Ce juge démiurge, non content d'imposer la prépondérance des droits individuels sur l'intérêt général, en énonce de nouveaux en produisant, par-dessus la tête du Représentant, un droit supra-législatif ineffable et arborescent, élaboré sans garde-fou à partir des formulations très générales qui abondent dans nos textes constitutionnels et conventionnels.

Dernier exemple, qui mérite qu'on s'y arrête un instant pour sa valeur symptomatique : la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018 qui, conférant pour la première fois une portée normative au troisième élément de la devise républicaine, dépénalise l'aide désintéressée aux migrants en situation irrégulière.

Le bloc de constitutionnalité ne dessinant pas les contours de la fraternité (comme il le fait pour la liberté et l'égalité), le juge ne peut lui conférer une valeur juridique que par pure construction prétorienne. Au risque d'en fausser le sens.

Et au prix d'un double saut périlleux sémantique :

- D'abord, la fraternité de la période révolutionnaire s'appliquait aux nationaux et, par extension, aux amis de la liberté venus se battre pour la République, non à l'humanité tout entière ;

- Ensuite, le triptyque républicain n'est pas, comme dans la Constitution de 1848, le « principe de la République », mais simplement sa devise. Dans la Constitution de 1958, comme dans celle de 1946, le principe de la République est « le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple », autrement dit la souveraineté populaire, que la devise de la République ne saurait inhiber.

Ces considérations n'ont pas fait reculer le juge de la rue de Montpensier.

Du seul point de vue du « jeu de rôles institutionnel », l'audace créatrice du Conseil lui est doublement profitable :

- Dans l'immédiat, il accomplit un coup d'éclat en donnant une leçon d'humanisme devant laquelle chacun applaudit ou s'incline ;

- Pour l'avenir, le Conseil se dote d'une arme polyvalente qu'il maniera d'autant plus à sa guise qu'aucun texte de valeur constitutionnelle n'en précise, même vaguement, l'encadrement.

Cette apothéose du juge est saluée par la nouvelle doxa juridique, avec des accents eschatologiques, comme l'accomplissement de l'État de droit.

Un républicain y voit au contraire une régression : le retour des parlements d'ancien régime, contre lesquels la Révolution française s'est en partie faite.

La souveraineté populaire, c'est la démocratie représentative avant la jurisprudence, l'élection avant le pouvoir juridictionnel. La recherche du Bien commun par les représentants de la Nation, au travers du vote de la loi, est l'expression de la volonté générale. La règle commune ne peut résulter de l'exécution contrainte d'un catalogue de droits et principes pré-institués par des chartes et grossis sans contrepoids démocratique par la jurisprudence des cours.

La mission du juge est d'appliquer la loi. Il est aussi de l'interpréter, certes, mais sans la dénaturer, ni la compléter indûment. Le juge constitutionnel ou conventionnel ne devrait s'autoriser à censurer que les dérapages manifestes du législateur dans l'exercice de la conciliation qui lui incombe entre droits et libertés (des uns et des autres) et intérêts généraux. Et toujours compte tenu de la culture et de l'histoire nationales.

En France, Conseil d'État et Conseil constitutionnel ont d'abord résisté sur le terrain de l'intérêt général, de la conception française universaliste de l'égalité (notamment en matière de discriminations positives) et à l'encontre d'une conception illimitée de la liberté individuelle.

Mais la digue est rompue, y compris au Conseil d'État, par exemple avec une subjectivisation du droit des étrangers qui fait prévaloir sur toute autre considération les conséquences de l'application de la loi sur la situation personnelle de l'intéressé ; ou encore avec la technique de la neutralisation de la loi « *dans les circonstances de l'espèce* », sur la base de l'empathie du juge à l'égard d'une situation individuelle concrète, comme dans une affaire d'insémination *post mortem* jugée en mai 2016<sup>37</sup>.

Des notions vagues comme le « *respect de la vie privée et familiale* » (convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme) ou « *l'importance primordiale devant être accordée à l'intérêt supérieur de*

---

<sup>37</sup> Dans cette affaire, comme la Cour de cassation l'avait fait peu avant dans une affaire d'action en nullité contre un mariage entre un beau-père et sa belle-fille (4 décembre 2013), le Conseil d'État apprécie « concrètement » la frustration de la requérante au regard de son droit à la vie privée et familiale, voit une ingérence injustifiée dans l'application de la loi à sa situation et paralyse en l'espèce l'arbitrage sciemment et objectivement opéré par le législateur entre intérêts collectifs et individuels en présence. Le juge produit ainsi, comme l'avait pressenti Jean Carbonnier, « *un droit affranchi de règles, rejetant toute aspiration à l'universel, un droit où le juge cherche une solution particulière pour chaque espèce* ».

*l'enfant* » (convention de New York sur les droits de l'enfant) fondent, en France comme ailleurs, ce pouvoir juridictionnel (conventionnel, judiciaire ou administratif) impressionniste, désinvolte envers le législateur, plus souvent bienveillant pour le requérant que soucieux des enjeux collectifs.

Même empressement du côté du Conseil constitutionnel qui pourtant n'a pas à appliquer les traités et dont le contentieux normatif, même *a posteriori* (QPC), est objectif. Illustrent cet empressement sa jurisprudence très restrictive sur les traitements de données personnelles ou l'intensité de son contrôle de proportionnalité en matière de procédure pénale et de police administrative.

Les deux ailes du Palais-Royal jouent aujourd'hui les bons élèves de Luxembourg et de Strasbourg, rejoignant ainsi les juges judiciaires, depuis longtemps émules des cours supranationales. Tous les juges de France, de Navarre et de Lotharingie, communient désormais dans la suprématie des droits subjectifs.

Ce ralliement trouve un moteur supplémentaire dans la griserie du juge à devenir le grand prêtre de la nouvelle religion, accueillant sous son aile les doléances des victimes du système et soumettant celui-ci à ses censures et injonctions, sous les applaudissements médiatiques.

L'intervention du juge, surtout si c'est un juge constitutionnel ou conventionnel, est lourde de conséquences car il traduit en exigences supra-législatives les doléances sociétales.

Les causes en sont diverses : pression d'officines militantes usant et abusant de leur capacité à se porter parties civiles ; concession à l'air du temps ; crainte d'être taxé de réactionnaire ; souci de jouer le jeu européen ; panurgisme jurisprudentiel (puisque c'est à la seule aune de « l'audace » dans la défense des droits fondamentaux que les organes d'opinion jaugent les juges).

Du coup, le prétoire, plus encore que l'hémicycle, devient l'enjeu des groupes de pression et de leurs juristes (promus experts par les médias et par Bruxelles).

Cercle vicieux car cet engouement pour le juge renforce l'*hubris* juridictionnelle et marginalise toujours plus les élus et gouvernants, réduits au rôle d'exécutants des arrêts ou à la fonction de souffre-douleur d'ailleurs consentant (masochisme attesté par la récurrence des lois de moralisation de la vie publique).

Ainsi, la procédure pénale, la législation fiscale, les règles relatives aux traitements de données personnelles, la politique migratoire sont en grande partie dictées depuis une quarantaine d'années par la jurisprudence des cours suprêmes.



Dans tous les pays occidentaux, le pouvoir juridictionnel (ou para-juridictionnel) décide désormais des politiques publiques sans en avoir ni la base légale, ni l'expertise, ni surtout la légitimité démocratique (qui – faut-il le rappeler ? – repose sur la responsabilité devant les électeurs).

Veut-on des exemples récents ? En voici quatre pour le seul mois d'octobre 2018 :

- Le 9, la Cour d'appel de La Haye ordonne au gouvernement des Pays-Bas de réduire les émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25% d'ici 2020 (base 1990), afin de « *protéger la vie et la vie familiale des citoyens* » ;

- Le 19, la Cour de justice de l'Union européenne ordonne à la Pologne de suspendre immédiatement l'application des dispositions nationales relatives à l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges de la Cour suprême, que la Commission estime contraires au droit au procès équitable ;

- Demain 23 octobre, le comité des droits de l'homme de l'ONU (qui n'est pas une juridiction, mais qui entend éclairer les tribunaux de la planète entière sur la bonne application du Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques) va désavouer la France s'agissant de la prohibition par la loi de la dissimulation du visage dans l'espace public, qu'il estime contraire à la liberté religieuse (il l'avait fait deux mois plus tôt dans l'affaire Baby Loup) ;

- Cette même déférence envers une sensibilité religieuse particulière (et particulièrement chatouilleuse) va conduire, avant la fin de la semaine, la Cour de Strasbourg à admettre l'eurocompatibilité du délit de blasphème en jugeant non contraire à l'article 10 (liberté d'expression) de la Convention européenne des droits de l'homme la condamnation de la requérante pour « dénigrement de doctrines religieuses », l'intéressée ayant fait des déclarations insinuant que Mahomet avait des tendances pédophiles. Nous sommes loin de l'arrêt Handyside (CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n°5493/72, §48), qui juge que la liberté d'expression vaut même pour les idées qui « *heurtent, choquent ou inquiètent une partie de la population* ».

Face à ces outrances et à ces inconséquences, les politiques observent le silence des agneaux, tremblant d'être accusés d'irrespect pour l'État de droit. Les seuls à en parler, marqués du sceau ignominieux du populisme et du nationalisme, prennent des engagements que seul pourrait tenir un État intérieurement et extérieurement souverain.

Le juge était la bouche de la loi pour Montesquieu ; c'est désormais la loi qui est la bouche du juge.

Les gens ordinaires, quant à eux, sont bien loin de se douter de tout ça. Ils ont bien sûr des doléances contre l'impuissance de l'État et la faiblesse de la justice, mais ils attribuent celles-ci à des causes subalternes (corruption ou indifférence des élus, insuffisance des dotations budgétaires, erreurs matérielles commises par l'administration ou par les tribunaux). Ils pensent encore naïvement que l'État de droit c'est d'abord un État qui les protège contre les prédateurs et veille souverainement à leur sécurité. La majorité de la doctrine vit sur une autre planète. Ne s'est-elle pas longtemps et farouchement opposée au fichier national automatisé des empreintes génétiques et à la vidéosurveillance, devenus pourtant indispensables à notre sécurité ? Pour la doxa, ce qui menace l'État de droit c'est l'état d'urgence plutôt que le terrorisme.

La loi promulguée n'est plus une valeur sûre. Elle est devenue un énoncé précaire et révoquant, grevé de la double hypothèque du droit européen et (surtout avec la QPC) du droit constitutionnel.

Elle n'exprime plus une volonté générale durable, mais une règle du jeu provisoire, perpétuellement discutable, continuellement à la merci d'une habileté contentieuse placée au service d'intérêts ou de passions privés.

La QPC comme le contrôle de l'eurocompatibilité des lois mettent en relief, dans le cas français, la considérable contraction de la marge décisionnelle des représentations nationales en Occident, au cours des quarante dernières années, du fait de l'emprise des cours suprêmes nationales et supranationales.

La surenchère de leurs jurisprudences « constructives », faisant produire des effets toujours plus contraignants aux énoncés généraux figurant dans nos chartes des droits, marque un effacement de la démocratie représentative et, partant, de la souveraineté populaire, face à une « *démocratie des droits* » qui a le juge, et non plus l'élu de la Nation, comme acteur majeur et les associations militantes comme directeurs de conscience et comme procureurs.

#### *4. Les révisions constitutionnelles*

En dehors de l'institution de nouveaux droits et de la ratification de traités affectant les conditions essentielles de notre souveraineté nationale, une façon radicale, pour une révision constitutionnelle, d'assujettir le législateur est

encore de le soumettre à une tutelle juridictionnelle nouvelle, telle la QPC en 2008.

Avec les dispositions relatives à la « question prioritaire de constitutionnalité », c'est-à-dire avec la fin de l'immunité constitutionnelle des lois promulguées, le juge constitutionnel acquiert un pouvoir considérable sur le législateur, c'est-à-dire à la fois sur l'Exécutif et le Parlement.

Le contrôle de constitutionnalité exclusivement *a priori* avait deux caractéristiques :

- La première était de mettre à l'abri de la chicane les dispositions promulguées, en limitant le contrôle du Conseil constitutionnel au flux et en préservant le stock. La loi existante n'était certes pas à l'abri des foudres des cours supra nationales de Strasbourg (CEDH) et de Luxembourg (CJUE), ni même du juge national ordinaire lorsqu'il faisait prévaloir le traité sur la loi contraire, mais (sauf cas exceptionnel de loi nouvelle affectant le champ d'application de la loi antérieure) elle l'était du juge de la rue de Montpensier ;

- La seconde était de réserver la saisine aux plus hautes autorités de la République et aux parlementaires (soixante signataires au moins par assemblée). Jusqu'en 2010, le Conseil constitutionnel arbitrait donc des conflits politiques au sein de la Représentation nationale autant qu'il tranchait des questions de fond relatives au fonctionnement des institutions ou aux droits et libertés. Il était, ce faisant, régulateur des pouvoirs publics autant que juge. À l'exception des lois organiques (qu'il examinait *ex officio*), les lois consensuelles échappaient à sa censure.

Il n'en est plus ainsi dès lors qu'au contrôle *a priori* (qui demeure), s'ajoute un contrôle *a posteriori* que peut déclencher toute personne estimant que la loi qui lui est appliquée porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution lui garantit.

Contrairement à ce qui avait été prévu, le nombre de QPC jugées par le Conseil constitutionnel se maintient à un niveau assez élevé. Est ainsi contredit par les faits le pronostic initial selon lequel, le stock normatif une fois purgé des inconstitutionnalités flagrantes entachant des textes votés avant le contrôle de constitutionnalité (on citait l'internement psychiatrique d'office), le flot des QPC se tarirait, car « il n'y aurait plus de cadavres dans les placards ». Il n'en a

rien été. Huit ans après l'ouverture de la QPC, le nombre d'affaires jugées se maintient à deux en moyenne par semaine, malgré le filtrage opéré par les deux cours suprêmes.

Du fait de la QPC, le Conseil constitutionnel juge (affaires électorales comprises) près de trois fois plus d'affaires par an qu'avant la révision.

Le changement est également qualitatif : avec le contradictoire, les audiences publiques et les plaidoiries d'avocats, le Conseil constitutionnel est devenu une juridiction, ce qui se marque dans sa procédure comme dans son *decorum*.

Le taux de censure n'est pas négligeable (un sur trois) et porte tant sur des dispositions anciennes que sur des textes récents, parfois très récents, conduisant le législateur soit à repenser une législation depuis longtemps en vigueur, soit à revoir son ultime copie.

Des pans entiers de la législation, y compris dans des domaines sensibles – droit pénal, fiscalité, sécurité sociale, droit commercial, droit civil, droit du travail... – doivent être ainsi remis en chantier. Pour m'en tenir au droit pénal, je citerai la garde à vue, la détention provisoire, les perquisitions, les saisies, la transaction pénale, le régime pénitentiaire, l'exécution des peines, les sanctions tombant sous le coup de la règle « *ne bis in idem* » etc.

La jurisprudence s'étoffant avec le nombre de QPC formées sur un même sujet et l'imagination des avocats étant sans bornes, cette jurisprudence se fait plus sophistiquée, plus casuistique et donc aussi moins lisible.

Elle conduit à des allers et retours entre le Parlement et le juge de la loi. La censure *a posteriori* devient ainsi, comme la transposition des directives, une source importante de « législation contrainte », s'imputant sur un temps parlementaire déjà chargé et alimentant l'inflation normative.

La marge de manœuvre du législateur n'est pas plus grande que pour la transcription du droit européen dérivé, car, le plus souvent, la censure comporte « en creux » des consignes impérieuses quant au contenu à donner au nouveau texte.

## B. La pénalisation de la vie publique

Qu'ont en commun les « affaires » touchant François Fillon, Richard Ferrand, les ministres Modem du premier gouvernement Philippe et les élus FN et FI au Parlement européen ? ou l'éviction de Michel Mercier (ancien garde des sceaux qui devait être nommé au Conseil constitutionnel par le président du Sénat) ? ou plus récemment les mises en examen auxquelles il a été procédé dans l'affaire Benalla ? ou l'expertise psychiatrique ordonnée à l'égard de Marine Le Pen pour diffusion d'images de propagande de Daech ? ou les perquisitions au domicile de Jean-Luc Mélenchon et dans les locaux de la France insoumise ? ou, depuis des années, le feuilleton judiciaire dont fait l'objet M. Sarkozy pour des chefs de poursuite aussi divers que déconcertants et n'aboutissant jamais à rien ?

Ils ont en commun d'illustrer, à côté d'autres phénomènes (comme ceux dont je viens de parler), un conflit contemporain entre justice et démocratie.

Dans les premières affaires mentionnées, tout se passe comme si c'était le couple presse/juge judiciaire (par exemple le binôme *Canard enchaîné*/parquet financier), qui décidait, dans l'urgence et sans autre forme de procès, de qui est digne d'être président de la République, ministre, parlementaire, dirigeant de parti politique ou membre du Conseil constitutionnel.

L'immolation des responsables publics (immolation symbolique certes, mais non sans graves conséquences pour leur réputation, comme pour la sérénité et la continuité de la vie publique) suit un scénario désormais répétitif :

- une délation (dont l'auteur, s'il venait à être connu, serait le plus souvent paré du noble statut de lanceur d'alerte),
- un article de presse faisant le buzz, immédiatement suivi d'une ouverture d'enquête préliminaire focalisant l'attention des médias,
- un concert d'interpellations en boucle sur les plateaux de radio et de télévision, par la voix d'indignés patentés, en résonance avec une tempête d'invectives sur les réseaux sociaux,
- le tout aboutissant, mises en examen aidant, à l'éviction ou à l'exfiltration de l'intéressé par découragement personnel ou sous l'amicale pression de ses autorités de rattachement ou alliés affolés d'être éclaboussés par l'affaire.

Cette répétition est préoccupante sur le plan des droits de la défense et de la présomption d'innocence, car ni un article de presse, ni l'ouverture consécutive

d'une enquête préliminaire, ni l'ouverture postérieure d'une information judiciaire, ni une mise en examen subséquente ne sont des procès aboutis.

Elle est également préoccupante du point de vue de la séparation des pouvoirs. Ainsi, dans l'affaire des assistants parlementaires, en quoi l'office du juge judiciaire est-il d'apprécier la pertinence du concours d'un assistant parlementaire au travail parlementaire ? N'est-ce pas se faire juge du travail parlementaire lui-même ? Et comment se résoudre à la banalisation de perquisitions dans les locaux parlementaires (affaire Fillon) ou présidentiels (affaire Benalla) ?

Le pouvoir de révocation des responsables publics, comme le pouvoir de veto à leur désignation, résultant *de facto* de l'action combinée de la presse et des organes judiciaires d'enquête et d'instruction est enfin (et peut-être surtout) préoccupant pour une troisième raison : le feuilleton médiatico-judiciaire réduit tout à une critique de moralité qui, même si elle se trouvait avérée (ce qui est loin d'être toujours le cas), ne saurait épuiser les composantes d'un choix collectif crucial. En 2017, les affaires ont oblitéré, dans le débat public, les enjeux de la présidentielle.

Dira-t-on que la sanction des abus commis par les élus et responsables publics dans l'exercice de leurs mandats incombe naturellement – ou subsidiairement – au juge pénal ?

Ce serait doublement inexact :

- Conformément au principe de légalité des délits et des peines, le juge pénal ne peut poursuivre et condamner que des infractions précisément définies. Or, pour prendre l'exemple des affaires relatives aux assistants parlementaires, les dispositions du code pénal relatives au détournement de fonds publics (art 432-15), qualification encore retenue par le parquet financier dans le cas de M. Mercier, imposent que l'auteur du détournement soit un comptable ou dépositaire de fonds publics ou une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. Mais un parlementaire n'est rien de cela. Lorsque le code pénal veut englober les titulaires de mandats électifs, il le dit expressément (art 433-1).

- En outre, il existe d'autres mécanismes que les poursuites pénales pour sanctionner les fautes des titulaires de fonctions publiques : demande de

remboursement d'indemnités allouées à un assistant parlementaire ; démission d'office au Conseil constitutionnel ; déchéance d'un mandat parlementaire pour motif fiscal ; renvoi d'un ministre ; et surtout : désaveu des électeurs.

Mais, bien sûr, il s'agit là de sanctions non judiciaires. Le « désir du pénal » n'y trouve pas son compte.

### *Le désir du pénal*

De cette dérive, nous sommes en effet tous un peu responsables. Nous nous complaisons souvent à l'idée que nos élus sont indignes de nos suffrages, que nos ministres ne sont pas intègres. La petite musique du « tous pourris » nous console de nos frustrations de citoyens, de notre rêve déçu de gouvernance efficace, de l'insignifiance de notre poids politique personnel.

En ce sens, l'importance donnée à la chronique médiatico-judiciaire des affaires impliquant la classe politique traduit moins une exigence d'intégrité qu'une délectation morose dans la mise au pilori récurrente des responsables publics. Presse et justice sont tout autant les instruments que les déclencheurs de cette propension collective, jamais complètement assouvie, au lynchage de ceux qui nous gouvernent.

La traque judiciaire des responsables publics forme un cercle vicieux avec l'obsession de vertu qui s'est emparée de nos us et coutumes politiques au cours des années récentes (la France ayant importé sur ce point le modèle puritain de l'Europe protestante).

L'aspiration à la probité absolue, comme tous les intégrismes, conduit à la chasse aux sorcières. La quête de la perfection, lois de moralisation et lanceurs d'alerte à l'appui, instaure une veille permanente et distille partout le soupçon.

Impliquant la traque du pécheur, la prétention de faire régner le Bien sur terre entretient, comme un prurit, le besoin de débusquer le Mal. Un manquement fait d'autant plus scandale qu'il souille le drap immaculé de l'intégrité proclamée.

Le pécheur est particulièrement abominé lorsqu'il paraissait jusque-là au-

dessus de tout soupçon. Il est diabolisé par les bigots (un pur trouve toujours plus pur que lui qui l'épure), par les cabots (qui ont un intérêt personnel ou professionnel à son immolation) et par les gogos (qui trouvent là une sourde revanche contre le pharisaïsme). Il devient alors le traître dont la décapitation en place publique lavera l'outrage fait au credo officiel et renforcera la valeur impérative de ce dernier en galvanisant les fervents et en intimidant les tièdes. Une liturgie sacrificielle est à l'œuvre, suscitant un entraînement mimétique, aurait diagnostiqué René Girard. Du pain béni, en tout cas, pour la société du spectacle.

C'est ainsi que la Terreur refait son nid au sein des mœurs délicates d'une démocratie post moderne.

### *Le masochisme législatif*

Mais le désir collectif inconscient de mise au pilori des responsables publics n'explique pas tout.

Le législateur, par masochisme expiatoire, et le juge, par l'ardeur rédemptrice de ses pratiques et de sa jurisprudence, y contribuent aussi activement.

La loi – y compris la loi constitutionnelle – participe à la judiciarisation de la vie politique en :

- Multipliant les contraintes pénalement sanctionnées pesant sur élus et agents publics (ce qui accroîtra mécaniquement les interventions judiciaires dans la vie publique et alimentera le sentiment du « tous pourris ») ;
- Prévoyant des peines d'inéligibilité voire des inéligibilités automatiques pour un nombre croissant d'infractions parfois sans lien avec les affaires publiques ;
- Démantelant les clauses d'immunité, d'atténuation de responsabilité ou de régime procédural spécial qui tendaient jusque-là à prendre en compte la difficulté spécifique des missions publiques.

Il en est ainsi des lois « pour la confiance de la vie politique », entrées en vigueur voici un an.

Elles prennent la suite de toute une série de textes qui, depuis trente ans, après chaque scandale, entendent juguler définitivement les mauvaises tentations.



Pas moins de deux textes pour la seule année 2016 : la loi du 20 avril relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires ; et la loi du 9 décembre relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Sapin 2 (car il y eut une première loi Sapin en 1993 : celle du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques – qui avait déjà l’ambition d’assainir la vie publique).

Le législateur a empilé les ambitions vertueuses, sans avoir les moyens de faire régner la vertu. Ainsi, la Haute autorité de la transparence de la vie publique, débordée par l’ampleur du contrôle dont elle est chargée, peine à discerner l’essentiel de l’accessoire.

Ni nécessaires, ni suffisants, ces corsets font perdre un temps précieux à nos responsables publics (élus et fonctionnaires) et à ceux qui les surveillent, ne serait-ce qu’en remplissage et contrôle de déclarations de patrimoine et de déclarations d’intérêts.

Le public s’est-il seulement aperçu de la superposition de ces ceintures de chasteté qu’on boucle depuis trente ans pour lui rendre confiance dans la chose publique ?

D’autant moins, peut-on penser, qu’on lui présente la nouvelle cure comme une désintoxication jamais tentée à ce jour.

La loi peut-elle faire advenir la morale ? Celle-ci n’est-elle pas question de mœurs plutôt que de normes ? Peut-on mêler sans encombre le pénal et le moral ? Que cherchons-nous à la fin des fins : à humilier les politiques ou à sélectionner les meilleurs gouvernants possibles ?

Un bon exemple de masochisme parlementaire réside dans cette idée, à laquelle la loi sur la confiance dans la vie politique de 2017 a voulu donner corps, selon laquelle l’inscription sur la liste des candidats à une élection devait être subordonnée à la virginité du casier judiciaire.

Idée contraire aux principes fondamentaux de la démocratie représentative. Une règle d’inéligibilité est de droit strict. Elle ne doit pas permettre d’écarter

du suffrage des personnes dont les torts passés ne seraient ni assez récents, ni assez graves, ni assez liés à la gestion publique, pour justifier leur bannissement.

La tentation d'instituer des peines automatiques d'inéligibilité se heurte également à des objections constitutionnelles au regard des principes de nécessité et d'individualisation de la peine.

Ces principes impliquent que l'incapacité d'exercer une fonction publique élective ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée et s'il conserve la faculté de ne pas la prononcer au vu des circonstances propres à l'espèce (n° 2010-40 QPC et n° 2010-41 QPC du 29 septembre 2010). En septembre 2017, le Conseil constitutionnel n'a accepté l'obligation faite au juge de prononcer l'inéligibilité d'une personne condamnée pour certains types d'infractions que dès lors qu'il pouvait écarter cette inéligibilité en motivant sa décision.

L'inéligibilité automatique est particulièrement pernicieuse, pour la démocratie et le pluralisme, lorsqu'elle sanctionne des délits d'expression. Le Conseil constitutionnel (n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, cons 13) a heureusement censuré, comme portant une atteinte non proportionnée à la liberté de communication, la disposition de la loi de moralisation de la vie publique qui rendait automatiquement inéligible le parlementaire condamné pour les délits de presse punis d'une peine d'emprisonnement par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, notamment la provocation à la discrimination ou l'injure à l'égard d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, ou à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, infractions qu'on sait invoquées à tort et à travers par les associations militantes (comme dans l'affaire Bensoussan).

S'agissant de la responsabilité pénale des ministres pour les faits commis dans l'exercice de leurs fonctions, la bien-pensance exige un traitement de droit commun, ce qui signifie la suppression de la Cour de justice de la République.

Cette mise au droit commun, qui rend un son magnifiquement égalitaire, et qui est donc populaire, est prévue par le projet de loi constitutionnelle en instance. Elle est dangereuse pour de multiples raisons.

Rappelons tout d'abord que la responsabilité pénale des ministres est d'ores et déjà mise en cause dans les conditions de droit commun lorsque l'infraction est détachable des fonctions (par exemple si le ministre écrase un passant au volant de sa voiture officielle). Il s'agirait donc désormais de faire juger un ministre par une juridiction de droit commun pour des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions.

Ce serait méconnaître le caractère spécifique des actes accomplis dans l'exercice de fonctions gouvernementales, qui s'inscrivent dans des processus complexes de choix de politiques publiques susceptibles d'être constitutifs d'infractions involontaires.

Beaucoup plus souvent qu'à un citoyen ordinaire, on pourra imputer en effet à un ministre des infractions non intentionnelles (négligences, imprudences, défaut d'accomplissement des diligences normales compte tenu de la nature des fonctions). Or ces infractions dérogent au grand principe d'intentionnalité, qui veut que la faute pénale soit par nature volontaire.

Aussi le projet de loi constitutionnelle déposé à l'Assemblée tente-t-il de limiter les dégâts en disposant, conformément à la suggestion du Conseil d'État, que la responsabilité pénale des ministres « ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable ».

Mais cette précaution ne résout pas tout, loin de là. Certains actes ministériels tomberaient sous le coup de la loi pénale ordinaire alors pourtant qu'ils sont inspirés par un intérêt supérieur.

Ainsi, un ministre de la Défense confronté à l'action de groupes djihadistes sur un terrain extérieur peut décider de s'opposer systématiquement à tout versement de rançon en cas de prise d'otages de nos ressortissants, faisant dès lors échec à leur libération rapide. Il le ferait pour des motifs éminents : ne pas financer le terrorisme, ne pas inciter les terroristes à se livrer à de nouvelles prises d'otages à l'avenir, réduire à terme le nombre d'enlèvements. Pour le juge judiciaire, le ministre n'en aurait pas moins, *hic et nunc*, « mis en danger délibérément la vie d'autrui » en empêchant qu'il soit porté secours à une personne en danger de mort. S'appliqueraient en effet des dispositions pénales de droit commun qui ne connaissent pas de cause exonératoire tirée d'une « raison d'État » légitime.

Le jugement d'un ministre, pour des actes indétachables de ses fonctions, par une juridiction judiciaire de droit commun amène, qu'on le veuille ou non, l'autorité judiciaire à se faire juge d'une politique publique.

Accepte-t-on d'exposer l'action ministérielle au harcèlement de plaignants et parties civiles de tous poils, sans un filtre approprié et une composition juridictionnelle *ad hoc* et équilibrée ? Assume-t-on les inévitables empiètements des juges judiciaires ordinaires sur une gestion administrative qui ne leur est pas familière ? Est-on prêt à abandonner les principes républicains fondateurs qui soustrayaient les opérations de l'Exécutif à la tutelle des anciens parlements ?

Bien sûr, la Constitution pourrait spécialiser une juridiction (la Cour d'appel de Paris par exemple) et instaurer une commission de filtrage, ayant le pouvoir de différer une investigation si la plausibilité et la gravité d'une plainte ne justifient pas que soit perturbée une gestion ministérielle. Mais, dans le climat actuel, et faute d'être habilitée expressément par la Constitution à faire prévaloir l'intérêt supérieur de la Nation, la commission de filtrage oserait-elle classer une plainte très médiatisée ? On peut en douter.

A quoi bon alors supprimer la Cour de Justice de la République, qui n'a pas démérité par laxisme et qui fournit tous ces garde-fous mieux que ne saurait le faire un organe purement judiciaire ?

S'il fallait modifier le dispositif actuel, ce serait plutôt pour en atténuer le caractère judiciaire, car il lie exagérément les mains de la Cour de justice de la République quant aux qualifications pénales et à la procédure.

### *Torquemada au Palais de justice*

De son côté, l'autorité judiciaire, même à législation inchangée, attire dans le champ pénal des manquements moraux non constitutifs d'infractions :

- soit en faisant un usage excessif des moyens d'enquête et d'instruction ;
- soit en interprétant de façon large les dispositions définissant les délits et les crimes (ainsi, dans l'affaire des assistants parlementaires, les termes de l'article 432-15 du Code pénal sont interprétés extensivement, alors que les dispositions d'incrimination sont de droit strict) ;
- soit en négligeant les questions de compétence et de séparation des pouvoirs (même exemple) ;
- soit en surqualifiant les faits.

L'emploi excessif des mesures d'enquête et d'instruction me paraît manifeste dans la mise sous écoutes téléphoniques pendant des mois de Nicolas Sarkozy et de son avocat.

L'excès de mobilisation de l'autorité judiciaire dans une affaire mettant en cause les pouvoirs publics ou les hommes politiques m'apparaît également dans l'affaire Benalla.

C'est une violence « en réunion » qui est retenue à l'encontre d'Alexandre Benalla sur la place de la Contrescarpe, car, en l'absence d'interruption de travail temporaire des « victimes », une « violence simple » ne constituait pas un délit (art 222-11 et suivants du code pénal) et rendait inutilisable l'arsenal pré-répressif (garde à vue, perquisition...).

Le délit de violence sur personne physique, sans circonstance particulière du type « violence en réunion », ne serait constitué qu'au-delà de huit jours d'interruption temporaire de travail. Ce n'est le cas ni du manifestant (lanceur de projectiles) vigoureusement immobilisé par M. Benalla, ni de sa compagne éloignée sportivement par ses soins. Qui plus est, la qualification de violence « en réunion » suggère une participation policière aux brutalités reprochées à M. Benalla. De fait, sur les cinq mises en examen, trois touchent de hauts gradés ... L'Elysée et la police sont englobés dans l'opprobre.

Surqualification aussi, de mon point de vue, dans l'affaire de la diffusion sur le compte Twitter de Marine Le Pen d'une vidéo de Daech représentant une exécution.

L'infraction retenue est celle définie à l'article 227-24 du Code pénal (« *Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* »).

La poursuite de tels faits conduit mécaniquement, en vertu des articles 706-47 (11°) et 706-47-1 combinés du Code de procédure pénale, à une expertise psychiatrique. Application des textes, mais résultat absurde.

La cause de cette aberration (qui embarrasse la justice plus encore que l'intéressée) se trouve dans la qualification pénale excessive retenue au départ par le parquet. Il faut en effet rappeler que l'article 227-24 du Code pénal figure dans une séquence d'articles (227-15 à 227-28-3) intitulée « *Mise en péril des*

*mineurs* » et définissant les faits constitutifs d'atteintes aux mineurs, tous plus abjects les uns que les autres, commis par les prédateurs et abuseurs. Il faut faire un effort d'imagination pour rattacher aux faits réprimés par l'article 227-24 du Code pénal un simple tweet ne s'adressant pas aux mineurs et se voulant une dénonciation des atrocités de Daech ainsi qu'une réplique à ceux qui les minimisent.

Contrairement à ce que soutient Marine Le Pen (dans le cadre du jeu de rôles habituel), la surqualification des faits qui lui sont reprochés en l'espèce ne correspond à aucune « commande politique » au sens vulgaire. Elle traduit en revanche le biais idéologique qui affecte certaines procédures judiciaires.

Il est également permis de douter que les soupçons de surfacturation signalés au parquet à propos du compte de campagne de Jean-Luc Mélenchon justifiaient des opérations de perquisition d'une ampleur que l'on ne rencontre guère que dans les affaires de grand banditisme. Mais, là aussi, le principal intéressé se méprend en y voyant la main du pouvoir politique.

Dans un cas comme dans l'autre, la question est plus grave encore que s'il s'agissait de représailles gouvernementales instrumentalisant un parquet complaisant. Elle est celle du rapport entre magistrats (pas seulement ceux du parquet) et responsables politiques (pas seulement ceux de l'opposition). L'indépendance du parquet (d'ores et déjà acquise dans les dossiers individuels) ne changerait rien à l'affaire. Le parquet est si peu aux ordres du pouvoir politique que c'est l'enquête préliminaire ouverte par le procureur de Brest qui, dans l'affaire Richard Ferrand, a provoqué le départ de celui-ci du Gouvernement.

Comme dit Me Lehman, ancien juge d'instruction, dans le *Figarovox* du 20 octobre, les partis politiques devraient être traités par la justice avec plus d'égards dès lors que, en vertu de l'article 4 de la Constitution, ils « *concourent à l'expression du suffrage* » et « *se forment et exercent leur activité librement* ».

Or c'est plus souvent la brutalité que les égards que l'on observe en pratique, par exemple avec cette saisie (avant toute condamnation) de la subvention publique allouée au Rassemblement national, décidée par un juge d'instruction, qui met en péril le fonctionnement de ce parti.

En faisant un usage aussi massif des procédures d'enquête et d'instruction, les juges s'arrogent un pouvoir de vie ou de mort sur les partis politiques.

La jurisprudence peut également attirer dans le champ de la répression des actes que le législateur n'avait pas eu l'intention d'incriminer.

Par exemple, un arrêt du 22 octobre 2008 de la Cour de cassation voit une

prise illégale d'intérêts dans la participation de quatre élus municipaux aux délibérations de la commune attribuant des subventions à diverses associations, parmi lesquelles les associations municipales ou intercommunales qu'ils président en qualité d'élus, en vertu des statuts des associations en question. La Chambre criminelle estime l'infraction constituée, alors même qu'il n'est résulté de leur participation à la délibération litigieuse ni profit pour eux, ni préjudice pour la collectivité.

Cette participation à la délibération paraît pourtant bien étrangère aux comportements qu'entend réprimer l'article 432-12 du Code pénal (« *prendre, recevoir, conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont [l' élu] a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation* »). Le délit de prise illégale d'intérêts figure parmi les infractions de la section intitulée « *Des manquements au devoir de probité* ». Cet intitulé ne saurait renvoyer qu'à une prise d'intérêt personnelle et étrangère au mandat de l' élu.

Pourquoi cet activisme judiciaire ?

- Les préjugés hostiles au monde politico-administratif, les passions (comme celles qui s'affichent sur le « mur des cons »), le narcissisme, la tentation du vedettariat y ont leur part ;
- Mais aussi, une certaine revanche sociologique contre les conditions (souvent en effet déplorables) d'exercice de la justice et contre une perte de statut dont les magistrats rendent responsable le « système » dans son ensemble ;
- Plus inconsciemment, on peut y voir l'acceptation du rôle purificateur qu'une partie de l'opinion, échauffée par les associations militantes, les médias et les réseaux sociaux, veut voir endosser par le juge judiciaire.

## *II. Que faire ?*

Que faire (la seule question qui compte en politique) ?

*a. Comment, d'abord, rétablir la prééminence de la loi dans le droit ?*

S'agissant en premier lieu de l'Union européenne, il faut que celle-ci réapprenne à aimer les nations qui la composent et à respecter les sensibilités nationales. La moindre des choses est évidemment de sortir de l'opposition

stérilement clivante entre progressistes fédéralistes et nationalistes régressifs, qui, à force de désobliger une opinion populaire eurosceptique, risque de la rendre franchement euro-allergique.

L'Europe doit réapprendre à vivre avec les identités nationales. Elle doit répudier l'idée selon laquelle la fin des nations serait son horizon et le prix à payer pour la paix continentale. Il est notamment impérieux que le droit dérivé, comme les jurisprudences de Luxembourg ou de Strasbourg, prennent beaucoup mieux en compte les identités constitutionnelles des pays membres.

Toutes les fois que possible (et une modification des traités devrait élargir ces possibilités), il faut préférer aux normes contraignantes du droit dérivé la coopération entre États-Nations. L'Europe ne doit-elle pas d'ailleurs à celle-ci, plutôt qu'à ses institutions « fédérales », ses principaux succès ? Songeons à Airbus ou à Erasmus. L'acquis de celui-ci illustre bien la supériorité de la coopération sur les mécanismes institutionnels

Les traités européens pourraient être modifiés pour restituer des compétences aux États Nations, ceux-ci les exerçant dans le cadre de coopérations intergouvernementales à géométrie variable.

Pour donner au projet européen la chair et le sang qui lui ont tant manqué jusqu'ici, l'Union doit se reposer sur les patriotismes nationaux et chérir non seulement les valeurs universelles, mais encore les racines culturelles, distinctes ou communes, des nations qui la composent. L'Europe des nations offre le cadre le plus approprié à cette mutation du regard que l'Union porte sur elle-même. L'« auberge espagnole » des étudiants d'Erasmus est tout sauf l'évanouissement des cultures nationales : c'est leur chatoiement, leur épanouissement par contraste. La singularité de chaque fleur fait la beauté du bouquet.

Une telle réconciliation entre l'Europe et les nations dépasse par nature le droit, mais passe inévitablement par celui-ci. Elle doit trouver sa traduction dans le logiciel institutionnel : traité, droit dérivé, jurisprudence européenne. S'étant faite par le droit, l'Union doit se refaire par le droit. Nous abordons peut-être, dans cet esprit, un nouveau moment européen.

S'agissant de la CEDH, la France pourrait rétablir la réserve qu'elle avait initialement faite (et levée en 1981) au recours individuel devant la Cour de Strasbourg.

Dans le même esprit, il convient de priver de valeur contraignante la Charte européenne des droits fondamentaux.



Plus généralement, il faut libérer le législateur des principales entraves auxquelles il a été progressivement soumis depuis un demi-siècle : un traité se renégocie ; une Constitution se révisé.

Au plan national, un remède peut être recherché dans le pouvoir donné au Représentant de « reprendre la main » à tout moment, selon une règle de majorité qualifiée, mais sans avoir ni à toucher à chaque fois à la Constitution, ni à réunir le Congrès.

Ainsi, pourquoi ne pas faire dire à la Constitution qu'«*Une disposition législative déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel, ou ayant fait l'objet de réserves d'interprétation par ce dernier, ou jugée contraire à un traité par une juridiction française ou européenne statuant en dernier recours, est maintenue en vigueur si, dans les six mois suivant cette décision ou ce jugement, elle est confirmée par une loi adoptée dans les mêmes termes par la majorité des députés et la majorité des sénateurs* » ?

L'instauration d'un dernier mot parlementaire révolterait les esprits orthodoxes et susciterait un psychodrame à l'intérieur comme en dehors de nos frontières. L'idée m'aurait choqué aussi il y a quelques années.

Si je soutiens aujourd'hui un tel changement de paradigme, c'est parce que j'ai acquis la conviction qu'il faut mettre un terme à l'érosion de la souveraineté populaire à l'œuvre depuis une quarantaine d'années. Parce que je pense qu'en laissant cette érosion se poursuivre, la confiance citoyenne ira en se désagréant et qu'un pilier essentiel de la démocratie finira par s'effondrer.

### *b. Comment limiter les excès de la pénalisation de la vie publique ?*

Au moins ne pas aggraver la situation. Il convient à cet effet de mettre fin au masochisme législatif pour l'avenir, en commençant par renoncer à la suppression de la Cour de justice de la République.

A terme, il me paraît nécessaire d'alléger le risque répressif pesant actuellement sur les responsables publics :

- en simplifiant ou en clarifiant les obligations (notamment déclaratives) pénalement sanctionnées ;
- en définissant de façon moins floue les infractions (conflits d'intérêt notamment) ;

- et en ouvrant, auprès des hautes autorités de déontologie et de transparence créées au fil des ans, des possibilités de « rescrit » excluant les poursuites (en matière de pantouflage par exemple).

Cette campagne de « dépenalisation » pourrait s'inscrire dans le sillage de la loi « Fauchon » du 13 mai 1996 (complétée par une loi du 10 juillet 2000) qui a défini de façon plus restrictive les délits non intentionnels mentionnés à l'article 121-3 du Code pénal, contrecarrant ainsi le flot de mises en cause et de condamnations ayant touché les élus locaux au titre de l'imprudence ou de la négligence.

Il conviendrait aussi que le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) puisse sanctionner certains excès dans la manière d'instruire et de juger, question aujourd'hui taboue.

Plus profondément, c'est l'isolement socio-culturel de la magistrature, et plus particulièrement la coupure entre la magistrature judiciaire et le reste de l'État, qu'il faut résorber. La magistrature doit s'ouvrir aux expériences extérieures en recrutant hors Ecole nationale de la magistrature (ENM) dans une proportion sensiblement supérieure à l'actuelle. Quant aux magistrats issus de l'ENM, ils doivent sortir de leur tour d'ivoire en accomplissant des périodes de mobilité au sein de l'administration et de la société civile.

C'est à ce prix que la justice intériorisera, mieux qu'aujourd'hui, les attentes que la société place en elle.

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT
-------------------------

Merci, M. Schoettl, pour cet exposé magistral qui décortique les progressions de cette terrible machine.

D'où vient cette impulsion ? C'est très simple : les marchés, la cupidité, la volonté d'abaisser les États qui pourraient réglementer, orienter... Il faut que les marchés prennent tout le pouvoir, de la même manière que l'autorité judiciaire veut devenir « le pouvoir judiciaire », tout le pouvoir... et que les médias eux aussi tendent au même objectif : tout le pouvoir ! C'est en réalité la fin du pouvoir de l'État régulateur et orienteur qui est derrière tout cela.

Ces puissances qui s'avancent sans même être masquées ont conduit au résultat que nous voyons et que va particulièrement nous décrire, avec le talent que vous lui connaissez, Jean-Michel Quatrepoint.

JEAN-MICHEL QUATREPOINT

*La nouvelle police de la pensée et du langage*

Je n'ai plus grand-chose à dire tant les trois exposés précédents ont été parfaits.

J'essaierai donc de vous faire sourire un instant. Car il faut rire de temps en temps.

Un matin de l'hiver dernier, à 8h, constatant les abondantes chutes de neige de la nuit, je décide de faire un bonhomme de neige tandis que les gens du quartier commencent à sortir.

À 8h10, une voisine féministe me demande pourquoi je n'ai pas fait une bonne-femme de neige. Je m'exécute et entreprends de faire aussi une bonne-femme de neige.

À 8h17, la nounou des voisins me reproche d'avoir agrémenté ma bonne-femme de neige d'une poitrine trop voluptueuse.

À 8h20, le couple « gay » du quartier grommelle que j'aurais pu faire deux bonshommes de neige !

À 8h25, les végétariens du n° 12 protestent en voyant la carotte qui sert de nez au bonhomme : « Les légumes sont de la nourriture et ne doivent pas servir à ça ! ».

8h28, on me traite de raciste car le couple est blanc.

8h31, les musulmans d'en face me demandent de mettre un foulard à ma bonne-femme de neige.

8h40, quelqu'un appelle la police qui vient voir ce qui se passe.

À 8h42, on m'enjoint de retirer le manche à balai que tient le bonhomme de neige car il pourrait être utilisé comme une arme létale.

8h45, arrivée de l'équipe de TV locale qui me demande si je connais la différence entre un bonhomme et une bonne-femme de neige. « Oui, les boules ... », leur réponds-je, ce qui me vaut d'être traité de sexiste.

8h52, mon téléphone portable est saisi, contrôlé, et je suis embarqué au commissariat.

9h, je parais au journal TV. On me suspecte d'être un terroriste profitant du mauvais temps pour troubler l'ordre public.

À 9h10 on me demande si j'ai des complices.

9h29, un groupe djihadiste inconnu revendique l'action.

La morale ? Il n'y a pas de morale à cette histoire, c'est juste la France dans laquelle nous vivons aujourd'hui. Une caricature ? A peine ! Tant il est vrai que sous la pression des réseaux sociaux, des médias... et des politiques qui leur emboîtent le pas, le citoyen moyen, le Français moyen, l'Européen moyen a l'impression de basculer dans un monde qui n'est plus le sien. Un monde où il faut tourner sept fois la langue dans sa bouche avant de prononcer certains mots. Un monde où on réécrit l'écriture, la grammaire, où on refait l'histoire et même la simple géographie. Un monde où on se sent désormais coupable de tout, d'aimer le vin, la viande, de conduire une voiture, de regarder une femme et, pis encore, de lui faire un compliment. Un monde sans désir, sans plaisir, un monde normé où chacun de nos gestes est désormais surveillé par les caméras, les réseaux sociaux et soumis à une police de la pensée qui ressemblera bientôt à la police religieuse, chère aux Saoudiens ou aux mollahs. Un monde de bigots où la nouvelle religion du Bien et le culte des minorités vous rééduquera si vous n'avez pas le bon comportement.

Voilà pour le coup de gueule, voyons maintenant d'où vient ce mouvement. Quels sont les tenants et les aboutissants de cette évolution ?

Nous avons débattu ici même il y a quelques semaines de l'extraterritorialité du droit américain<sup>38</sup>, examinant comment grâce au dollar, à leur puissance militaire, à leur monopole technologique, les États-Unis cherchent – et réussissent de plus en plus – à imposer leur droit, leur vision du droit, la *common law*, au reste du monde, du moins au monde occidental. Les sanctions contre l'Iran n'étant que le point d'orgue de cette domination juridique, de cet *imperium* juridique.

---

<sup>38</sup> « *L'Europe face à l'extraterritorialité du droit américain* », colloque organisé par la Fondation Res Publica le 24 septembre 2018.

J'aborderai aujourd'hui un autre aspect de cet impérialisme d'outre-Atlantique, il s'agit de l'impérialisme sociétal. Avec ce concept de l'extension infinie des droits individuels, avec ce culte des minorités qui tourne à la tyrannie des minorités. Avec cette volonté d'imposer le modèle communautariste, de préférence à la vision universaliste dont la France est le fer de lance avec en particulier sa laïcité et sa loi de 1905 sur la séparation de l'Eglise et de l'État.

Dans notre modèle européen, français, le juge est là pour faire respecter la loi écrite par les représentants du peuple, garants de la souveraineté populaire. La souveraineté populaire est donc pour nous la base de la démocratie. Or, sous l'influence anglo-saxonne on assiste à une évolution qui vise à transférer cette souveraineté. Vers les tribunaux anciens où le juge entend dire le droit à travers la jurisprudence ou l'arbitrage. Mais aussi vers ces nouveaux tribunaux que sont les médias et surtout les réseaux sociaux. Tribunaux, faut-il le répéter, sans aucune légitimité démocratique. Mais qui sont censés représenter les individus et les opinions des individus.

Pour comprendre l'enjeu de cette bataille sociétale il faut faire un peu d'histoire. Les États-Unis se sont constitués autour des idées de Tocqueville et de sa dénonciation de la tyrannie de la majorité. Pour éviter cette dérive il convient donc de favoriser l'émergence de groupes organisés par les citoyens, ces groupes ayant pour objectif de représenter différents intérêts sociaux, économiques, intellectuels, ethniques, religieux. C'est la vision d'une société civile toute puissante, où les influences de ces groupes s'équilibreront pour faire émerger un modèle social et favoriser le développement économique. À l'origine, ces groupes, que l'on peut appeler des *lobbies*, étaient essentiellement d'ordre économique (syndicats et patronat) ou religieux et représentatifs des migrants blancs, je pense aux Irlandais et aux Italiens.

Après avoir vaincu le communisme, les Américains vont chercher à imposer ce modèle communautariste au reste du monde. Logique ! Leur modèle a triomphé et ils agissent pour le bien, le bien des individus, le bien de la planète. Cela à travers un seul monde uniformisé, globalisé.

Dans les années quatre-vingt-dix, on va assister à une sorte d'alliance contre nature entre le néo-libéralisme qui est, pour simplifier, une révolution conservatrice, une réaction de la droite parfois la plus extrême, avec le mouvement libéral au sens américain du terme. Ce mouvement libéral s'inspirant d'ailleurs des intellectuels français (Althusser, Foucault, Bourdieu,

Lacan). Et dans les universités américaines, la « *french theory* » sera adaptée pour déconstruire les grands récits et les grands systèmes philosophiques hérités des Lumières. Le monde se serait divisé entre victimes et bourreaux, dominants et dominés. La lutte des classes est évacuée au profit de la lutte des races, des sexes et même des genres. Il faut donc défendre et promouvoir ces minorités « victimes ».

Ceux qui vont faire cette synthèse, impensable hier, entre le néo-libéralisme, le tout marché et le gauchisme déconstructeur seront Bill Clinton et les démocrates américains. Ils vont déréguler l'économie américaine à tout va et, en même temps, se voulant fidèles aux idées émancipatrices, anticolonialistes, féministes, anti-racistes qui se sont développées dans les facs américaines, ils vont multiplier les réformes sociétales. Les démocrates voient en plus dans ces minorités autant d'électeurs potentiels et aussi autant des marchés potentiels. Et la sainte alliance s'opère. C'est du gagnant-gagnant. On promeut les « minorités », on se donne bonne conscience mais en même temps les femmes, les noirs, les homosexuels, les musulmans... qui aspirent à la reconnaissance de leur « fierté », à la conquête de nouveaux droits, sont autant de nouveaux marchés pour de nouveaux profits.

Cette vague va gagner notre pays au début du millénaire. Nos minoritaristes ne faisant que copier ce qui se développe aux États-Unis depuis les années quatre-vingt-dix.

La force de ce mouvement minoritariste est qu'il s'appuie au départ sur des revendications justes. La lutte des noirs américains pour l'obtention de leurs droits civiques était exemplaire. Tout comme il fallait en finir avec l'ostracisme, l'opprobre à l'égard des homosexuels. L'esclavage était une monstruosité mais il s'inscrivait dans un moment de l'Histoire et la responsabilité de ce trafic n'incombe pas exclusivement à l'homme blanc. Et ce qui se passe dans certaines régions du Golfe persique avec les travailleurs étrangers ressemble fort à de l'esclavage. J'ajouterai que l'esclavage est pratiqué aux États-Unis : le 13<sup>ème</sup> amendement oblige les détenus à travailler. Or les prisons américaines sont privatisées et les détenus sont rémunérés... 12 cents de l'heure ! La condition des handicapés a été trop longtemps ignorée et trop peu était fait. Fort heureusement d'énormes progrès ont été accomplis. Quant aux femmes, elles n'ont obtenu le droit de vote qu'en 1945, grâce au général de Gaulle et je me souviens que ma grand-mère ne savait pas faire un chèque car elle n'avait pas le

droit d'avoir de chéquier. Le combat pour l'égalité des droits entre les hommes et les femmes était et est toujours un juste combat. Hommes et femmes sont égaux en droit mais ils sont différents et complémentaires. Vouloir les uniformiser dans je ne sais quel rêve androgyne ou transhumaniste ou les opposer comme le font certaines hystéro-féministes est une hérésie.

En fait ce qui s'est passé est à la fois simple et humain. Toutes ces associations qui militent pour avoir toujours plus de droits travaillent pour leur compte. C'est aussi un petit *business*! On vit de ces combats et des actions en justice qui nourrissent des *pools* d'avocats. Aux États-Unis, mais aussi chez nous, tout commence en mystique et finit en produits dérivés. Il y a aussi les subventions, les dons, provenant en particulier de prestigieuses ONG anglo-saxonnes. Je pense aux nébuleuses de Georges Soros, notamment à l'*Open Society Justice Initiative*. C'est en effet à partir de son rapport, intitulé « *Restriction sur la tenue vestimentaire des femmes musulmanes dans les 28 États de l'Union* » qu'ont été dénoncées devant la commission des droits de la femme et de l'égalité entre les genres du Parlement européen (le « genre » appartenant à la novlangue actuelle) les restrictions vestimentaires imposées aux femmes musulmanes dans certains pays européens à commencer par la France.

Je signale que Mike Pompeo, ministre des Affaires étrangères américain, a réuni fin juillet aux États-Unis quatre-vingts ministres des Affaires étrangères pour une réunion sur la défense des libertés religieuses. Mais cette louable intention débouchera sur une action pour lutter contre les lois qui, en France, en Belgique et ailleurs, interdisent le port de la burqa, du voile dans les lieux publics. C'est donc bien le modèle communautariste qui va s'appliquer. Et cette offensive qui vient des États-Unis est idéologique. Il ne faut pas s'y tromper.

Donc nous avons au départ un juste combat, des justes causes, qui sont peu à peu dévoyés par des extrémistes qui se nourrissent intellectuellement, affectivement, financièrement de ce combat sans fin et qui surtout y sont poussés par les zéloteurs d'une idéologie communautariste directement importée des États-Unis.

Oui le problème que la gauche a eu – et qu'elle a encore et toujours plus – est bien cette alliance entre néo-libéraux et néo gauchistes. Et en France, tous ceux qui se font les thuriféraires de ce minoritarisme et de sa police de la pensée sont bien les idiots utiles du néo-libéralisme... suivez mon regard.

Merci, Jean-Michel, pour cet exposé qui a donné une place au sourire sans déroger à la lucidité et à la pugnacité de l'analyse.

Marcel Gauchet a décrit depuis longtemps « l'évidement » de la démocratie sous l'effet de cette revendication illimitée de nouveaux droits, les « droits à ». Nous connaissons bien cette thèse. Il y a, me semble-t-il, une certaine convergence entre ce qui vient d'être dit sur un plan juridique et sociétal et les thèses que Marcel Gauchet développe déjà depuis quelques années.

*Les droits de l'homme avec la démocratie et contre la démocratie*

Je reviendrai sur l'origine du phénomène auquel nous avons affaire, car c'est la question-clé. Pour y répondre avec efficacité nous devons en identifier les racines et les attendus. Or ils viennent de loin et de profond.

À cet égard, nous retrouvons un problème tout à fait classique qui se pose régulièrement devant les tribunaux et dans les commissariats de police : le bénéficiaire du crime en est-il *ipso facto* l'auteur ? Non ! Cela arrive, heureusement pour les policiers et les juges... Mais une fois qu'on a opéré cette démarche consistant à identifier les bénéficiaires d'une situation, on n'en a pas nécessairement la clé. Jean-Pierre Chevènement a parfaitement désigné les gens qui profitent du phénomène : les marchés, les juges, les médias. En sont-ils pour autant les auteurs ? Sont-ils à la source de ce fait ? Je ne le crois pas. Ils en recueillent les fruits, ils exploitent une situation qu'à mon sens ils ont très peu contribué à créer. Il en va de même avec l'influence des États-Unis. Tout ce qu'a dit Jean-Michel Quatrepoint est parfaitement exact. Mais il faut se demander ce qui a permis l'exercice de cette influence. La nouveauté de la situation est que la transformation interne des démocraties européennes a favorisé la pénétration massive d'un modèle de civilisation américain auquel l'Europe avait résisté jusqu'alors. C'est le changement de leur propre modèle qui a rendu nos démocraties continentales perméables à une logique sociale qui leur était demeurée largement étrangère, en dépit du prestige de la puissance américaine.



Je commencerai par souligner ce qu'il y a d'extraordinaire dans la situation que les précédents intervenants ont décrite en des termes auxquels je ne puis que souscrire. Sur le constat, nos analyses convergent. Qui aurait pensé il y a quelques décennies encore que le droit pouvait devenir un problème pour la démocratie ? Et pourtant c'est ce qu'il nous faut penser. Ce qui est au fondement de la démocratie, les droits de l'homme, la liberté et l'égalité des personnes, en vient à jouer comme un empêchement majeur de la démocratie, si ce n'est comme un facteur de dissolution, en douceur. C'est ce qui fait la force irrésistible de cette montée du droit : elle ne se présente pas comme une rupture insurrectionnelle, elle avance insensiblement au quotidien par des microdécisions. Mais elle n'en possède pas moins une puissance extraordinaire qui sape la démocratie tout en la laissant parfaitement intacte dans la lettre de ses principes et, pour l'essentiel, dans l'organisation institutionnelle qui est la sienne.

C'est une transformation invisible dont les effets sont prodigieux puisqu'elle en vient à rendre la réalité de la démocratie, sa nature-même, impensable pour la plupart de ses acteurs. Il ne faut pas s'y tromper : aujourd'hui une grande partie des citoyens des démocraties occidentales ne savent plus ce que veut dire « démocratie ». Ils sont en peine pour la concevoir d'une manière un peu sophistiquée au-delà de la réponse basique des écoliers. La démocratie ? C'est « chacun fait ce qu'il veut » ! Ce n'est pas qu'il n'y ait un noyau de vérité dans cette proposition. Elle est toutefois un peu courte par rapport à ce que réclame le gouvernement des collectifs.

Mais précisément le collectif est-il encore pensable à l'heure du triomphe des droits fondamentaux ? C'est probablement le point sur lequel nous devons réfléchir. En effet, comme Jean-Pierre Chevènement le pointait dans son introduction, nous touchons là la vraie racine des phénomènes dits « populistes » qui sont tout simplement une réaction à une frustration ressentie confusément contre une impuissance ou une paralysie de nos régimes. D'où l'appel à des régimes de force mais parfaitement oniriques puisque, en même temps, les ressorts de ce que serait un véritable pouvoir collectif sont strictement inimaginables, y compris pour les militants de ces mouvements populistes quand on va les voir de près.

## *Que se passe-t-il ?*

Nous avons affaire à un phénomène profond, majeur, qui ne se réduit pas aux dérives circonstancielles – qui nous font quelquefois rire, quelquefois pleurer – dont nous sommes témoins. Nous sommes devant une métamorphose de la démocratie dans son devenir historique à l'échelle du monde occidental et singulièrement au sein de l'espace européen. Autant il faut souligner l'extraordinaire influence acquise par le système américain à la faveur de cette évolution, autant il faut insister sur la profonde différence qui continue de séparer la démocratie à l'américaine de la démocratie à l'européenne. S'il y a une crise de la démocratie aujourd'hui partout dans le monde occidental, c'est en Europe qu'elle a son point d'application le plus prononcé.

Cette métamorphose représente une étape du développement historique de la démocratie. Et les faits que nous avons à évoquer et à combattre sont une pathologie de ce développement de la démocratie. Une métamorphose dont il faut admettre qu'elle représente, à certains égards, un authentique approfondissement de l'effectivité démocratique. Toute la difficulté de notre problème est de savoir reconnaître la manière dont la dénaturation de la démocratie se greffe sur son progrès, indiscutable sur un certain nombre de plans. Les deux phénomènes se tiennent d'une manière qui rend extrêmement difficile de combattre cette pathologie. L'ambiguïté foncière de ces évolutions explique la relative popularité dont elles bénéficient. Leur face éclairée fait aisément oublier leur face sombre. Il n'est pas simple de soutenir devant un auditoire moyen de citoyens d'aujourd'hui (et je ne parle pas de la jeunesse étudiante, c'est bien pis !) les idées que nous plaçons ici, qui passent pour incroyablement réactionnaires ! Ce progrès démocratique mêlé de régression exerce un attrait idéologique tout puissant. C'est pourquoi je crois qu'il ne faut pas se tromper sur la signification du consentement des politiques que relevait Mme Bechtel. Le constat est très juste, mais il importe de bien comprendre ce qu'il recouvre. Ce consentement est fait du sentiment de la popularité d'idées devant lesquelles on s'incline quoi qu'on en pense par ailleurs. C'est là que sont les électeurs et c'est là que se joue la recherche naturelle d'audience du politique.

Tout au long de l'examen de ces questions, il faut tenir les deux idées à la fois : il y a, en même temps, un progrès et une dénaturation, voire une pathologie, de la démocratie. Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que pareille équivoque se produit, mais je laisse cette dimension historique de côté.

Nous avons affaire à une troisième étape de l'idée et du fait démocratique.

La première étape, fondatrice, tourne autour d'une idée *politique* très simple : la souveraineté du peuple.

La deuxième étape correspond à une idée *sociale* de la démocratie. Le fait qu'on l'oublie presque constamment aujourd'hui est un symptôme des plus frappants. Le grand problème de la démocratie, de la démocratie européenne en particulier, de 1848 aux années 1970, a été la question sociale. La démocratie est-elle étrangère à la question sociale qui ne serait pas de son ressort ? Doit-elle mettre la question sociale en son centre ? C'est la question que, dans le cadre européen, de manière sans doute très imparfaite mais fondamentale sur le plan des principes, les États-providence sont venus, sinon résoudre ultimement, du moins pacifier. Ils l'ont mise dans une forme politique qui en permet la discussion et le traitement d'une manière qui a apaisé les tensions qu'elle suscitait. Cet apaisement est le facteur qui a rendu possible, en grande partie, le passage à une troisième phase de l'idée démocratique.

Cette troisième étape a pour caractéristique une idée *juridique* de la démocratie qui met en son centre les droits de l'homme, pris dans une acception très spécifique. Une acception qui fait partie de leur définition mais qui en privilégie une dimension aux dépens d'autres pour des raisons dans lesquelles je ne puis entrer, faute de temps. Résumons-là en disant que, d'un côté, elle reconnaît aux droits de l'homme une valeur de droit positif, tandis que, de l'autre, elle les pense prioritairement comme des droits individuels, hors de leur expression politique primordiale.

Si l'on veut un acte de naissance de cette nouvelle phase, on peut le situer dans l'adoption quasi universelle aujourd'hui par la théorie juridique de la notion de « droits fondamentaux », substituée à celle de « droits de l'homme » (que l'on avait tenté d'améliorer en les appelant « droits humains », pour des raisons qui appartiennent typiquement à la sensibilité contemporaine). « Droits fondamentaux » veut dire élévation de ces droits au rôle mal déterminé qu'étaient les « droits de l'homme » au statut de droits positifs des individus.

Cette promotion trouve son prolongement conceptuel dans la substitution désormais courante de la notion d'« État de droit » à la notion de « démocratie ». C'est une transformation tout à fait cruciale. Le mot « démocratie » lui-même reste toujours en usage pour sa valeur historique de fondation mais, techniquement, il est remplacé par la notion d'« État de droit ».

Ce troisième moment du développement démocratique correspond par ailleurs à un nouveau modèle idéal du pouvoir.

Car il y a une histoire du pouvoir à l'intérieur de l'univers démocratique :

Dans son premier moment politique, Ce modèle idéal réside dans le pouvoir législatif. La loi comme expression de la volonté générale est la modalité par excellence de la concrétisation du pouvoir démocratique.

L'âge de l'idée sociale de la démocratie va correspondre au phénomène, à l'époque bien identifié, de l'ascension du pouvoir exécutif. Pour les Français, la constitution gaullienne de 1958-62 est la traduction parfaite de ce phénomène : le vrai pouvoir est le pouvoir exécutif, moteur et organisateur de la dynamique historique qui transforme la vie collective.

Avec l'idée juridique de la démocratie nous arrivons à un nouveau modèle idéal du pouvoir : le pouvoir judiciaire, paré de toutes les vertus en tant que pouvoir. La bonne manière d'exercer le pouvoir est de se conduire en juge, quand bien même on ne l'est pas. C'est au nom de cette idée, ainsi, parmi bien d'autres manifestations, que les administrations ont été complètement recomposées dans le monde occidental. L'expression typique en est fournie par ce que l'on appelle les « autorités administratives indépendantes ». Le mouvement a été théorisé, en particulier par la « théorie de l'agence ». L'agence est conçue comme un quasi pouvoir judiciaire mêlé à de l'exécutif et du législatif (puisqu'elle fabrique des normes). Ce n'est pas rien d'observer que, dans la période qui nous intéresse, tous les appareils d'État ont été « reconstruits », d'une certaine manière, en fonction de cet idéal judiciaire du pouvoir.

On ne peut évidemment séparer cette évolution des transformations globales de nos sociétés depuis quarante ans. Transformations dont on retient en général l'aspect essentiellement économique : globalisation et poids accru de la dynamique matérielle dans la vie des sociétés. Mais il faut aller au-delà et en considérer l'aspect idéologique. Les sociétés se font aussi en fonction de l'idée qu'elles se font d'elles-mêmes. En l'occurrence, il y a une consonance intime entre le changement idéologique et la révolution économique que résume le terme de « mondialisation ».

Sur le plan du contenu, le changement a consisté dans un retour en force du libéralisme sous un nouveau visage : le néo-libéralisme. Celui-ci est tout simplement le libéralisme à l'âge de la globalisation.

Ses principes sont les mêmes que ceux du libéralisme classique. La différence, c'est que les principes libéraux de limitation du pouvoir s'appliquaient à l'intérieur du cadre national et étaient donc contraints par lui dans une alliance entre le politique et le droit, qui faisait l'objet de tensions permanentes mais qui

maintenait un équilibre forcé entre eux. La nouveauté néo-libérale réside dans l'application des principes libéraux à une échelle globale, en les sortant des espaces nationaux. Cela en change complètement l'impact dans la vie des sociétés et sur la manière dont les individus se représentent leur liberté à l'intérieur des espaces collectifs. La démarche basique du « citoyen post-moderne éclairé » d'aujourd'hui consiste à mettre en question les libertés qui lui sont attribuées dans l'espace national qui est le sien au nom de l'idéal global de ce que serait une communauté universelle à l'intérieur de laquelle les frontières, forcément limitatives, auraient disparu. C'est un changement mentalitaire dont l'effet de levier dans la durée est gigantesque.

En lien avec lui, il faut évoquer la transformation corrélative des sociétés en général dans le monde occidental que résume le mot, dangereux parce que vague, d'« individualisation » ou « individualisme ». Il serait nécessaire d'entrer dans toute une analyse pour montrer quelle portée de changement cet individualisme récent revêt par rapport aux expressions antérieures de l'individualisme. L'individualisme n'est pas né en 1968. Il a une longue histoire. Mais il a pris une nouvelle couleur dans la période récente (depuis quarante ou cinquante ans) en devenant une individualisation par le droit. J'ai essayé de montrer par ailleurs que la différence spécifique de cette nouvelle forme d'individualisme explique une grande partie de la dynamique contentieuse, revendicative, indéfinie, dont nous sommes témoins. Cet individualisme est intimement associé, en effet, à la conscience juridique nouvelle des acteurs. Le droit était un instrument extérieur aux individus, un outil à leur disposition dans l'espace social et auquel ils faisaient appel en cas de besoin. Il est entré dans la représentation que les individus se font d'eux-mêmes : ils se définissent d'abord en droit. La problématique du genre, qui, *a priori*, paraît n'avoir aucun rapport avec ce sujet, dit tout : « Je suis d'abord un individu, accessoirement je suis un homme ou une femme mais c'est secondaire, puisque précisément j'ai le droit de définir moi-même le genre que je sens correspondre à mon identité ». On voit l'espace d'action que cette perception que les personnes ont d'elles-mêmes peut ouvrir. Elle n'a pas besoin d'être théorisée pour être active.

Derrière tout cela, nous avons affaire à une révolution de la légitimité dont les juristes – si je puis me permettre de leur adresser ce modeste avertissement – ont bien tort de se réjouir car, s'il leur bénéficie aujourd'hui, il leur posera de sérieux problèmes demain. Une révolution de la légitimité qui donne sa pleine effectivité au principe fondateur de notre univers démocratique, inventé au XVII<sup>ème</sup> siècle, entré en politique au XVIII<sup>ème</sup> siècle avec les révolutions et

devenu aujourd'hui la pierre de touche du fonctionnement collectif dans ses aspects publics et privés : les droits de l'homme. Les droits de l'homme, c'est-à-dire en réalité un axiome relatif à la composition des collectivités : il n'y a en droit que des individus également libres. Cet axiome définit à la fois une communauté, les rapports entre les êtres qui la composent, leur statut personnel et le mode d'exercice des pouvoirs. Ces principes étaient présents dans l'imaginaire constituant de nos sociétés mais ils gardaient une réserve d'application au regard de ce qu'étaient les conditions sociales concrètes. D'où la critique marxiste bien connue : « Vous venez nous parler d'individus libres et égaux... Où les avez-vous vus ? ». Effectivement, ils n'existaient pas, car ils subissaient la priorité de l'appartenance collective, la force des liens, les divisions de classes... La réalité sociale et la conscience juridique coexistaient tant bien que mal. On pourrait montrer que la conflictualité sociale depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle s'enracinait dans ce hiatus. Il y avait en permanence une dialectique entre les deux côtés. Cette dialectique s'est évanouie. Les individus se représentent la société qui les entoure comme une collectivité oppressive qui entrave une collection d'individus libres dans leurs droits fondamentaux.

La fortune extraordinaire du concept de « domination », employé aujourd'hui à tort et à travers par les sociologues, n'a pas d'autre origine. La domination est partout. En un certain sens, c'est vrai : je prends le pari métaphysique que nous ne serons jamais une collection d'individus également libres ! Nous serons toujours aussi autre chose, des êtres sociaux vivant dans des communautés politiques et pour lesquels le problème est de s'auto-gouverner.

J'ai prononcé le mot fatal : « gouvernement ». Dans une collection d'individus également libres, il n'y a pas de gouvernement. La pointe extrême du mouvement est le rêve, sur le point de se réaliser, de ces libertariens milliardaires californiens qui veulent non pas faire la révolution – c'est dépassé – mais créer une île artificielle sur laquelle ils pourront créer pour de bon une collectivité d'individus également libres, sans gouvernement.

Cette aspiration est à prendre au sérieux, car c'est bel et bien à la dissolution de l'idée même de société et de l'idée de gouvernement qui en est inséparable, que nous sommes en train d'assister. Des idées devenues incompréhensibles pour beaucoup d'acteurs de nos sociétés, en particulier du côté de leurs élites. Le temps me manque pour développer tous les aspects de cette révolution de la légitimité. Je dois me borner à souligner qu'elle est le phénomène clé de la métamorphose dont nous subissons les retombées. Son inspiration la plus

fondamentale est que la légitimité doit désormais trouver sa traduction immédiate dans l'effectivité des rapports sociaux et politiques.

*Quelles en sont les conséquences pour le fait démocratique ?*

Il s'est installé une nouvelle idée de la démocratie. Le « chacun fait ce qu'il veut » infantile que j'évoquais tout à l'heure est d'une certaine façon la pente de nos démocraties dites libérales, devenues très libérales et très peu démocratiques parce qu'elles sont des démocraties antipolitiques où le pouvoir est suspect par définition.

Là gît le secret de la pénalisation des gouvernants, soit dit au passage. L'image du dévouement civique à la chose commune était communément associée à l'exercice du pouvoir. Aujourd'hui seuls des intérêts privés honteux, éventuellement masqués, parfois avoués, et même légitimement avoués, sont supposés pouvoir vous conduire à une pareille fonction. Si vous n'êtes pas démontré coupable, vous l'êtes potentiellement.

La formule de cette nouvelle démocratie peut se résumer ainsi : le plus de liberté possible pour les individus, le moins de pouvoir social possible. Cela donne une démocratie minimale, donc, soucieuse d'élargir la marge de manœuvre de chacun bien plus que d'accroître le pouvoir de tous. Cette démocratie libertaire devient volontiers antipolitique. En plus de sa suspicion spontanée à l'égard de tout pouvoir, elle se montre hostile au cadre dans lequel elle est enfermée : l'État-nation. État-nation qui demeure le lieu d'exercice – provisoire, nous dit-on – du suffrage démocratique, mais dont la structure arrive inévitablement sur la sellette. L'État n'est-il pas oppressif par nature, comme la nation est limitative par nature ? Puisque les droits sont universels, comment pourrait-on leur opposer des barrières géographiques plus ou moins contingentes qui n'ont rien à voir avec leur essence ? C'est le procès que véhicule implicitement la notion d'État de droit.

Aujourd'hui, dans la communauté académique des spécialistes de science politique, il est communément entendu qu'il faut en finir avec toutes ces idées métaphysiques de la démocratie comme souveraineté du peuple. Ne parlons pas d'autogouvernement, coquecigrue sans intérêt sinon pour des politiciens en campagne. La bonne idée de la démocratie, c'est l'État de droit, c'est-à-dire le régime qui garantit à chacun l'exercice de ses droits fondamentaux. Or il faut mesurer où nous mène cette définition de la démocratie. Elle garantit les droits des individus et des citoyens pour leur retirer simultanément leur expression

politique. Au bout de l'idée de l'État de droit, il y a une contradiction dans les termes : vous avez des droits mais vous ne pouvez pas les utiliser politiquement. En ce sens-là, quand on va au bout de l'idée telle qu'elle est exploitée dans le contexte mentalitaire actuel, l'État de droit en arrive à s'opposer à l'idée même de démocratie.

Il faut y regarder de plus près et prêter attention à l'équivoque du mot « droit » dans l'acception qu'il en est venu à prendre (c'est pourquoi je me permettais d'adresser mon modeste avertissement aux juristes). Pour les juristes, le droit est un concept très clair, mais pour les citoyens moyens d'aujourd'hui il n'est pas clair du tout. Il renvoie très accessoirement à la transcription de leurs droits fondamentaux dans des textes législatifs ou même des décisions jurisprudentielles. À la limite de la conscience juridique contemporaine, il y a l'abolition de l'idée même d'une loi, c'est-à-dire d'une traduction de droits individuels dans une règle collective. Très pratiquement, nous pouvons le constater tous les jours, cela signifie le renversement d'une maxime chère aux juristes : « Nul n'est censé ignorer la loi », devenue « Nul n'est censé connaître la loi » (puisque la loi n'a de sens que par rapport à mes droits). « Moi, on ne m'a pas demandé mon avis, donc la loi je m'en moque, elle ne me concerne pas ! » entendent les enseignants qui, en cours d'instruction civique, présentent la loi comme l'expression de la volonté générale par les représentants élus des citoyens. « Où sont mes droits dans votre loi ? » entendent les magistrats stupéfiés par la bonne conscience juridique des pires délinquants. Ils sont convaincus d'être dans leur droit !

Dans cette acception nouvelle du droit, l'idée de société et l'idée de politique deviennent inconcevables ou n'apparaissent que comme des survivances d'un passé destiné à disparaître peu à peu. Car l'effacement de la politique comme action collective a au moins pour vertu de consacrer le principe d'évolutions très progressives, procédant moins de réformes que de micro-décisions d'ordre jurisprudentiel. Ce n'est plus la violence incontrôlable des révolutions qu'il y a lieu de redouter, c'est la lenteur et la douceur d'évolutions qui anesthésient les esprits en rendant leurs enjeux insensibles.

### *Que faire ?*

Le problème philosophique des droits de l'homme, qui est le problème citoyen d'aujourd'hui, c'est qu'ils sont conçus pour s'appliquer à une réalité qui leur est hétérogène, qui a nom « société », qui a nom « pouvoir ». Une réalité qui n'est



pas au programme dans la notion même des droits fondamentaux des individus, mais avec laquelle ils doivent néanmoins composer. Leur rôle est de la modeler dans une tâche infinie, mais ils ne peuvent en aucun cas s'y substituer.

Un exemple : les droits de l'homme, les droits fondamentaux du citoyen nous disent certainement que la souveraineté appartient au peuple formé de citoyens libres et égaux mais ils ne nous disent pas quel est le bon système électoral. Un système électoral, pierre angulaire de la réalité de l'exercice du pouvoir dans les démocraties, est une composition entre les nécessités du pouvoir collectif et les libertés des citoyens qui s'expriment par le suffrage universel. La manière dont on canalise ces droits fondamentaux pour leur faire donner un résultat politique est tout l'art de la démocratie. Il n'y a probablement pas de bon système électoral mais il y en a de bien moins mauvais que les autres et il y en a de catastrophiques. C'est de cet impératif de compromis qu'il faut partir. En s'en tenant à la seule exigence de respect droits fondamentaux, on se met dans l'incapacité d'y répondre.

J'en dirai autant de ce sujet très cher à la Cour européenne des droits de l'homme qu'est la procédure pénale. Concevoir une procédure pénale qui serait idéalement conforme aux droits fondamentaux des individus est extrêmement difficile car, là aussi, il s'agit de composer deux exigences non seulement hétérogènes mais éventuellement antagonistes : la dignité personnelle et la sécurité collective.

Chacun connaît les effets catastrophiques de cette même hétérogénéité des ordres de nécessité en matière de politique étrangère. On les a évoqués tout à l'heure à propos du droit d'ingérence humanitaire dont les résultats sont désormais sous les yeux de tout le monde. Les plus nobles motivations peuvent se retourner en désastres, à l'épreuve d'une réalité qui n'a rien à voir avec cette inspiration juridique. Celle-ci peut être un guide mais ne saurait fournir de solutions.

La réponse à la question « que faire ? » réside uniquement, je le crains, dans un travail critique à l'égard de cette évolution des démocraties qui peut les mener à leur perte au nom même de ce qui est leur seul fondement solide. Je ne vois d'autre manière de procéder que ce que nous essayons de faire ici : une analyse qui ne peut compter que sur la raison et le sens commun des citoyens. En démocratie, le rapport de force intellectuel finit toujours par avoir le dernier mot, même s'il met du temps à se faire entendre. Il s'agit de le créer. Il n'y a aucune autre issue à mon sens pour échapper à ce piège diabolique, d'autant plus diabolique que le diable a le visage du bon Dieu.

Merci Marcel Gauchet, de cet exposé très suggestif pour nous tous.

En sommes-nous réduits à un travail intellectuel critique sur la notion de démocratie ? Cela limiterait le champ d'extension de la riposte à ceux qui peuvent exercer ce travail critique.

Je vous ai écouté : la troisième étape de la démocratie, dites-vous, se définit à travers un individu disposant de droits quasiment illimités, qui peut se construire ou se reconstruire lui-même, qui n'est plus ni homme ni femme, qui est ce qu'il décide d'être.

Mais comment sommes-nous passés de la deuxième à la troisième étape, de l'époque du *Welfare State*, de l'exécutif surpuissant, à cet univers où, comme vous l'avez dit, le libéralisme s'exerce à l'échelle mondiale en dehors des cadres nationaux ? Si, en Europe, on pense un État de droit en dehors des cadres nationaux, voyez-vous que les États-Unis, voyez-vous que la Chine aient suivi le même chemin et disparu en tant que nations ? Pas plus que l'Inde et combien d'autres grandes et même moyennes puissances qui émergent à l'horizon. N'est-ce pas un mal proprement européen que cette illusion selon laquelle le collectif national, cadre historique dans lequel la démocratie s'est développée et s'exerce encore, aurait disparu ou serait en voie de disparition ?

Nous parlons de la rencontre de l'impérialisme des juges, des marchés qui occupent tout l'espace, des médias qui prétendent tout régenter. Mais derrière tout cela il y a la globalisation, la mutation formidable du capitalisme entre le fordisme et le capitalisme financier mondialisé. Entre 1975, quand chute Saïgon, et 1990-91, quand, au moment de la guerre du Golfe, le président Bush père déclare que « le syndrome du Vietnam est définitivement enfoui dans les sables de l'Arabie », la mutation a été complète. Le principe directeur de la concurrence a été posé. La libération des mouvements de capitaux est intervenue le 1<sup>er</sup> juillet 1990. Pour couronner le tout, survient l'implosion de l'URSS en décembre 1991. C'est un moment de l'Histoire, c'est le triomphe du libéralisme au sens extensif où vous l'avez défini.

J'observe qu'en Europe ceux qui se sont battus pour éviter tout cela n'étaient pas très nombreux. Parmi ceux qui ne se sont pas battus, la « deuxième gauche » a complètement épousé le mouvement du néolibéralisme. L'Acte unique (1<sup>er</sup> janvier 1990), « traité favori » de Jacques Delors, qui donne à la Commission

européenne le pouvoir d'émettre des centaines de directives fondées sur le principe de la concurrence parfaite et sans limites et va aboutir à la dérégulation des mouvements de capitaux, a été selon moi absolument déterminant. Je l'ai compris quand j'ai vu comment il a été appliqué et comment, en Conseil des ministres, il a été décidé de renoncer à l'exigence d'une harmonisation préalable des fiscalités sur le capital pour libérer les capitaux, non seulement à l'échelle de l'Europe mais à l'échelle mondiale. C'est Jacques Delors qui a donné le branle de cette libéralisation globale qui allait créer une inégalité fondamentale entre le capital circulant partout à la vitesse de la lumière et le travail assigné au local, comme jadis le serf à la glèbe. Cela a satisfait la plupart des dirigeants politiques qui n'ont pas mesuré les conséquences que cela entraînerait (François Mitterrand avait une immense culture littéraire et historique mais une culture économique plus limitée).

Le triomphe de l'« État de droit » contre la loi est aussi la conséquence de cette énorme mutation. On peut parler d'américanisation de l'Europe, Régis Debray a parlé de civilisation américaine<sup>39</sup>. Mais l'Europe n'aurait-elle pas pu être le cadre d'une riposte pensée, organisée, en tout cas d'une évolution autre que le ralliement à peine déguisé au modèle néolibéral ?

Que faire aujourd'hui ?

Je retiens la suggestion de Jean-Éric Schoettl d'introduire une réforme constitutionnelle par référendum disposant qu'«*Une disposition législative déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel, ou ayant fait l'objet de réserves d'interprétation par ce dernier, ou jugée contraire à un traité par une juridiction française ou européenne statuant en dernier recours, est maintenue en vigueur si, dans les six mois suivant cette décision ou ce jugement, elle est confirmée par une loi adoptée dans les mêmes termes par la majorité des députés et la majorité des sénateurs*».

Rappeler au citoyen ce que sont ses droits en dernier ressort aurait, me semble-t-il, une certaine portée. Cela ne ferait qu'aligner la France sur l'Allemagne où le Tribunal Constitutionnel de Karlsruhe défend efficacement les prérogatives du Bundestag.

---

<sup>39</sup> *Civilisation. Comment nous sommes devenus américains*, Régis Debray (éd. Gallimard, mai 2017).

Invité à débattre au Conseil d'État sur la citoyenneté<sup>40</sup>, j'ai regretté que ce débat ait évacué la question de la crise de la citoyenneté. Pourquoi n'y a-t-il plus de citoyens ? Pourquoi l'espace de la loi s'est-il réduit comme peau de chagrin ? On y a parlé des nouvelles formes de citoyenneté, de la « participation des citoyens » (la « démocratie participative » de Ségolène Royal), on nous a parlé de l'éco-citoyenneté, comme si trier ses déchets était un substitut à la délibération démocratique sanctionnée par le vote des citoyens ! Nous sommes quand même tombés très bas. La nécessaire réaction ne peut venir que d'une secousse très forte... et en même temps d'un discours raisonnable.

Je rejoins Marcel Gauchet sur ce point : il faut continuer ce travail d'élaboration intellectuelle que nous faisons ici patiemment, avec d'éminents juristes, d'éminents philosophes. Il faut accomplir ce travail de la raison qui peut sinon rencontrer l'Histoire – cela s'est rarement produit – du moins éviter le pire, c'est-à-dire des dérives qui ne seraient plus rattrapables.

Et je propose que soit réintroduite par la voie du référendum la possibilité offerte aux citoyens de marquer un certain nombre de limites par rapport à des pouvoirs complètement déconnectés de toute réalité démocratique, qui nous entraînent vers le gouffre, comme le joueur de flûte de Hamelin les rats qui le suivent, et nous privent de toute possibilité de nous défendre et de nous sauver.

Jean-Éric Schoettl nous propose aussi de limiter les excès de la pénalisation de la vie publique. En effet, au moment de l'affaire Cahuzac, la manière dont on a mis tous les élus, les responsables politiques et les hauts fonctionnaires sur le banc des accusés a offert le spectacle désolant d'une démocratie qui se suicidait.

Je trouve excellente l'idée de sortir les gens de l'École nationale de la magistrature (ENM) de l'univers où ils sont actuellement confinés. Il serait bon de créer des mobilités, des dispositifs qui ramèneraient les juges dans la vie réelle. Jean-Éric Schoettl a évoqué l'amendement Fauchon (1996) adopté suite à l'affaire de Belfort qui avait vu Christian Proust emprisonné dans des conditions iniques et s'est en définitive terminée par un non-lieu, mais dix ans après ! Heureusement cela avait suscité des réactions.

---

<sup>40</sup> Jean-Pierre Chevènement participait le 1<sup>er</sup> octobre 2018 au débat organisé au Conseil d'État par le magazine Acteurs Publics sur le thème « *L'éducation nationale forme-t-elle des citoyens ?* ». Il débattait avec Florence Robine, rectrice de l'académie de Nancy Metz et de la région académique Grand Est, et François Weil, conseiller d'État, historien et ancien recteur d'académie. Une intervention à retrouver sur le blog de Jean-Pierre Chevènement, [www.chevenement.fr/](http://www.chevenement.fr/).

Enfin une réponse peut venir de l'éducation. Je dirai à Marcel Gauchet que la déclaration des droits de l'homme était aussi celle du citoyen. L'individu était déjà une valeur montante au XVIII<sup>ème</sup> siècle. La Révolution prônait les libertés individuelles. Mais les droits du citoyen et les libertés des individus étaient garantis par des lois votées par des citoyens. Ces règles permettaient qu'il y ait un équilibre. On pouvait peut-être parler d'une démocratie bourgeoise mais c'était une République. Plus tard, la phase sociale, le *Welfare State*, c'était encore une République, et même améliorée. À la fin des années 70, quand vous êtes entrés au Conseil d'État [s'adressant à Marie-Françoise Bechtel et Jean-Éric Schoettl], on pouvait penser qu'il y avait encore une République et des citoyens. Ensuite nous avons été happés par ce mouvement de la globalisation. Jean-Michel Blanquer, au ministère de l'Éducation nationale, fait un travail méritoire pour restaurer les valeurs de la transmission des connaissances qui sont la base de tout. On ne fait pas des citoyens avec des ignares. Il faut transmettre d'abord des connaissances puis une certaine exigence civique puisée dans notre histoire. On sait à quelles difficultés la réécriture des programmes d'histoire se heurte, venant de tous les déconstructeurs de l'histoire de France... et de la France parce que cela va de pair. Je n'ai pas le temps de développer ce point. Tout cela est parfaitement cohérent et procède du même mouvement. Pour avoir rétabli l'éducation civique en 1985, je peux dire que cela ne suffit pas parce qu'il faut former les professeurs. Qui formera les professeurs dans une société marquée de tous les stigmates de l'hyper-individualisme ? Cela ne marche pas comme ça. Il faut une reprise de conscience collective, un travail des consciences.

À l'horizon, je discerne un orage que je souhaite bref où la raison permettrait quand même de reprendre le dessus.

Marie-Françoise Bechtel a parlé du service national. Je suis pour un service national obligatoire qui mêlerait tous les Français, même pour une courte durée (un ou deux mois) et n'intégrerait pas à ce stade l'apprentissage des armes. Mais s'y ajouteraient des formules de volontariat pour un service long afin de donner à nos armées les ressources dont elles ont besoin.

Enfin on pourrait penser que c'est à la parole publique de se manifester.

## *Débat final*

JEAN-MICHEL QUATREPOINT

Le « Que faire ? » tient en deux mots : résister et ne pas avoir peur de dire ce que l'on pense. Or je constate que les gens n'osent plus parler. Ils ont peur, notamment les jeunes générations. Dites ce que vous pensez, n'ayez pas peur du jugement de l'autre, de l'opinion ambiante. Ne vous laissez pas imposer les vues de minorités qui se veulent dominantes. Ou alors, devenez vous-mêmes une minorité pour exiger d'avoir les droits des minorités.

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

J'ai été frappée dans les débats par la convergence d'analyse, à savoir que la démolition du cadre national, quelle qu'en soit l'origine, est à la fois l'effet et la cause de tout ce qui se produit. C'est quand même le point d'ancrage central.

Anne-Marie Le Pourhiet l'a expliquée par l'effet du ressentiment historique des juges qui remonte aux anciens Parlements. Je l'ai moi-même constaté de manière évidente dans les années 90, époque où les juges se sont mis à violer le secret de l'instruction avec la complicité ravie de la presse sans que personne jamais ne s'en émeuve. C'est encore plus vrai aujourd'hui : le juge peut violer de façon constante le secret de l'instruction, on n'en parle même plus !

Jean-Éric Schoettl a retracé l'enchaînement des mécanismes institutionnels extrêmement complexes et évolutifs qui ont conduit à cette démolition du cadre national.

Marcel Gauchet l'a attribuée à la force de l'individualisme, compris de manière ambivalente, qui a traversé l'existence de ce cadre national.

Tout cela est assez convergent.

La seule divergence que j'aie perçue est peut-être dans l'analyse de Jean-Michel Quatrepoint. Il attribue cette évolution à l'empire américain qui assied sa domination. Nous pourrions toutefois nous retrouver avec lui car la globalisation économique, dont cette hyperpuissance (qui n'est peut-être plus une hyperpuissance, si l'on en croit Hubert Védrine, mais qui a de beau restes)

est le fer de lance (on pense à l'extraterritorialité de son droit) est quand même ce qui donne sa force à la mondialisation. Par conséquent il n'est pas surprenant qu'on puisse y voir également la cause.

Sur les solutions proposées, je suis très favorable depuis de longues années au lit de justice, puisque c'est cela qu'a proposé Jean-Éric Schoettl, mais quel politique aura le courage de faire cette réforme ? Je renvoie à ce que j'ai dit sur la démission du politique. Là est le problème. La question n'est pas celle des solutions techniques.

Il y a peut-être plus de chances de faire une réforme à l'École nationale de la magistrature. En effet, l'ENM est un « bantoustan » où les jeunes juges trempotent entre eux dans la détestation de l'État qu'ils confondent avec l'exécutif (où l'on retrouve cette vieille tendance historique analysée par Anne-Marie Le Pourhiet).

J'ai déjà parlé du service national.

Les programmes de l'Éducation nationale sont un point extrêmement important. Un débat surréaliste est actuellement soulevé par le souhait de rendre le Conseil supérieur des programmes (CSP) « vraiment indépendant »<sup>41</sup> ! Mais indépendant de qui ? On élit une majorité à laquelle appartient un ministre de l'Éducation nationale qui est évidemment responsable devant les Français de programmes qu'il choisit pour l'École. Jean-Pierre Chevènement l'a vécu en 1985. À l'époque, 80 % des Français disaient leur accord avec l'objectif primordial du « lire-écrire-compter ». Pour quelle raison faudrait-il qu'un conseil des programmes soit indépendant si ce n'est pour le mettre sous le contrôle de la société civile ? En ce sens, certes, nous comprenons bien pourquoi.

Je crois au travail intellectuel critique dont a parlé Marcel Gauchet. C'est quand même fondamental dès lors qu'en face et en quelque sorte en équilibre avec cela il y a la résilience nationale. J'ai été l'élue d'un territoire pourtant délaissé (la Picardie) où j'ai pu éprouver la forte résilience des Français vis-à-vis de la nation souveraine et de la loi. « France, mère des arts, des armes et des

---

<sup>41</sup> Le ver était dans le fruit depuis que les débats sur la loi Peillon en 2013 avaient donné lieu à un véritable festival de surenchère en ce domaine sans que nul, à commencer par le ministre, n'accepte la moindre critique sur la justification d'une telle indépendance.

lois » ... Nous avons longtemps été regardés comme le pays de la loi. Et je pense qu'il en reste quelque chose dans la conscience collective.

Réveiller par des discours énergétiques, par des réformes, si possible, serait l'idéal. Mais il faut que tous les acteurs s'y mettent, y compris les acteurs intermédiaires que sont les enseignants.

ANNE-MARIE LE POURHIET
------------------------

Concernant les remèdes, je signale que la Pologne et la Hongrie font actuellement l'objet de procédures de sanctions de la part de l'Union européenne.

L'acte d'accusation contre la Hongrie vise essentiellement des révisions constitutionnelles hongroises qui sont mises au pilori parce que justement elles sont contraires à l'« État de droit ».

Ce 19 octobre, la Cour de justice de l'Union européenne a pris une ordonnance de référé ordonnant à la Pologne de suspendre sa loi sur la magistrature (sur l'âge de la retraite des magistrats). C'est donc un ordre de suspension de la loi qui est donné par la Cour de justice de l'Union européenne en référé. Or cette loi tendait justement à éviter la domination du droit européen sur les juges polonais !

Cela signifie que si nous-mêmes inscrivons dans notre Constitution quelque chose qui tend à faire échec au droit européen nous tombons sous la sanction de l'Europe (je me dis souvent que la France de de Gaulle ferait aujourd'hui l'objet d'une procédure de l'article 7 du traité de l'Union européenne !). De toute façon, le système va se gripper. En tout état de cause on nous accusera, précisément, de ne pas respecter l'État de droit européen et nous serons quand même condamnés.

Marie-Françoise Bechtel a parlé de l'École nationale de la magistrature. Justement, le premier président de la Cour de cassation expliquait ce 3 septembre<sup>42</sup> aux magistrats qu'il était en train d'installer qu'il faudrait revoir la jurisprudence Baby-Loup pour s'incliner devant les diktats du comité des droits de l'homme de l'ONU.... Voilà ce qu'en permanence l'on apprend aux élèves-

---

<sup>42</sup> Cour de cassation, audience d'installation du 3 septembre 2018, discours de Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation et de Monsieur Philippe Ingall-Montagnier, doyen des premiers avocats généraux.



magistrats. On leur apprend à écarter la loi et on leur explique que le jugement en équité et en proportionnalité à l'anglo-saxonne doit désormais être préféré au contrôle de légalité. Il s'agit d'en finir avec le modèle républicain français.

DANS LA SALLE

Je suis étudiant à l'Institut d'études judiciaires de Paris I.

Ma question s'adresse plus particulièrement à Mme Le Pourhiet. Vous avez amplement décrit le rôle des juges. J'aurais aimé avoir votre expérience et votre avis sur le rôle qu'a joué et que peut jouer la doctrine ? Est-elle anecdotique ou peut-elle avoir un rôle à jouer dans les années futures ?

ANNE-MARIE LE POURHIET

La doctrine française, depuis les années soixante-dix, est convertie à la religion des droits et se complaît dans l'idolâtrie à l'égard des juges. Chez certains universitaires, c'est même devenu pathologique.

Cela a commencé avec l'école d'Aix-en-Provence, dirigée par Louis Favoreu. Celui-ci a forgé des générations de juristes qui sont tombés dans une marmite de droits. Le droit constitutionnel ne s'enseignait plus que par le prisme du Conseil constitutionnel : on commençait par le contentieux et non plus par les fondements de la démocratie, les régimes politiques, les élections etc.

Mais Louis Favoreu avait quand même un côté républicain national et s'emportait régulièrement contre la concurrence des juges européens : « Mais de quoi se mêle la Cour européenne des droits de l'homme ? », se plaisait-il à répéter dans les colloques. Il ne jurait que par le Conseil constitutionnel.

Par la suite on a vu toute une nouvelle génération de juristes (que j'appelle les droits-de-l'hommistes) inspirés essentiellement par le droit international des droits de l'homme. Ils n'en ont que pour le droit des minorités, le comité des droits de l'homme de l'ONU, la Cour européenne des droits de l'homme, le défenseur des droits, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, etc ....

Il faut savoir que tout un pan de la doctrine française se cache derrière la décision du Conseil constitutionnel consacrant la valeur constitutionnelle de la

fraternité<sup>43</sup>. Je connais ceux qui ont rédigé les « portes étroites »<sup>44</sup> au Conseil constitutionnel pour y arriver ou qui ont conseillé les associations de défense des migrants irréguliers qui sont intervenues à la QPC.

Actuellement on perçoit quand même un petit mouvement de retour à l'exigence démocratique, y compris chez certains juristes qui, tels Bertrand Mathieu, furent pourtant des promoteurs du contentieux constitutionnel des droits fondamentaux. L'on observe aussi un frémissement chez quelques-autres : constitutionnalistes, administrativistes, spécialistes en droit international privé mais aussi civilistes pour lesquels le Code civil est la constitution des Français. Il y a eu récemment une pétition de juristes dans *Les Échos* contre le funeste projet du président de la Cour de cassation d'en faire une cour suprême à l'américaine. Les discours du président Louvel sont une véritable propagande pour le droit européen et le modèle anglo-saxon. Ce qu'il propose est franchement réactionnaire, c'est l'abandon même de la légalité républicaine.

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

Évidemment, dans le domaine juridique comme ailleurs, nos élites ont des responsabilités. Il est facile d'incriminer les « populistes » mais le problème est peut-être d'abord celui des élites. Je le vois dans d'autres milieux, à d'autres niveaux. Comment reprendre la main sur tant de sujets essentiels pour notre avenir collectif quand on ne peut s'appuyer sur rien ? Comment faire ce travail de reprise de conscience collective ?

JACQUES FOURNIER

---

<sup>43</sup> Décision n° 2018-717/718 QPC du 06 juillet 2018 – M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger].

<sup>44</sup> Lors d'une procédure, le Conseil peut recevoir des observations, informations ou commentaires adressés par des membres de la société civile. Ces « *contributions extérieures* », qualifiées en 1991 de « *portes étroites* » par le doyen Vedel, permettent à des professeurs de droits, à des professionnels mais aussi à des citoyens de chercher à attirer l'attention du Conseil sur une question de droit précise. Par souci de « transparence », la liste des « portes étroites » désormais rendue publique par le Conseil constitutionnel.

Je ne poserai pas de question mais me limiterai à quelques observations.

J'ai beaucoup apprécié les exposés, très nourris, souvent pittoresques. Ceci étant, je ne partage pas totalement leur tonalité générale. Les juges ne sont pas les premiers ni les seuls responsables de ce qui se passe.

J'ai écouté avec beaucoup d'intérêt la présentation qu'a faite M. Gauchet des trois étapes de la démocratie telle qu'il la voit. Arrivé à sa troisième étape, il a parlé d'une balance à faire entre, d'un côté, ce qu'il a appelé le progrès et l'approfondissement et, de l'autre côté, la dénaturation. Je pense qu'on a trop insisté ce soir sur le seul volet dénaturation. Peut-être fallait-il se demander s'il n'y avait pas dans tout cela un certain nombre d'éléments positifs. C'est la première remarque que je voulais faire.

On a entendu une citation du président de la Cour de cassation dans laquelle il a l'air de substituer une sorte de vision du juge à la vision de la loi. Si ce texte est exact, je le trouve en effet extrêmement critiquable. Mais quand Mme Le Pourhiet nous dit qu'il faut se scandaliser que l'Europe, au nom des principes européens, envisage de donner quelques leçons à la Pologne et à la Hongrie, personnellement ça ne me scandalise pas du tout. Il faut quand même admettre que dans le monde où nous vivons aujourd'hui, il y a effectivement un droit international et un droit national. Quel rapport organiser entre les deux ? Les choses sont peut-être plus complexes qu'il a été dit parfois.

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT
-------------------------

Ce qui vaut aujourd'hui pour la Pologne vaudra pour d'autres dans d'autres domaines. Ce qui est en cause ce sont quelques dispositions, dans le domaine régalien vraiment très étroit, sur lesquelles le tribunal constitutionnel polonais demande que les cours polonaises puissent ne pas demander un avis préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. C'est donc une affaire, me semble-t-il, assez minime. Mais dans d'autres domaines – qui intéressent par exemple le contrôle des flux migratoires – il faut savoir que la jurisprudence des cours européennes, CEDH notamment, rend quasiment impossible l'application de notre droit. Nous nous en accommodons. Pour combien de temps ?

JEAN-FELIX PAGANON

Merci pour toutes ces présentations vraiment passionnantes.

Une petite remarque : les exposés m'ont semblé extrêmement franco-centrés, euro-centrés ou même occidental-centrés. On n'a absolument pas parlé du vaste monde. Or dans le vaste monde ces évolutions, à mon avis, ne sont pas constatées. En Asie comme en Afrique, on observe la montée en puissance d'un sentiment national exacerbé. Les gens ne pensent qu'en termes nationaux. Pour reprendre l'évolution suggérée par M. Gauchet, à l'évidence ils sont au début de l'esquisse de la deuxième phase. Ils attendent donc un État fort et un État-providence.

Chaque fois que nous sommes amenés à défendre notre conception, par exemple dans des pays africains, nous nous rendons compte que les sociétés ne sont absolument pas réceptives à tout ce discours sur les droits individuels ou les droits de certaines collectivités.

Doit-on voir là une réponse qui nous vient de l'extérieur ? Nous sommes démographiquement condamnés à devenir un petit isolat. D'ici cinquante ans l'Occident ne sera démographiquement qu'une toute petite partie de l'univers.

Ce vaste monde ne nous rappellera-t-il pas à la réalité, c'est-à-dire à la nécessité des États et à la nécessité d'une véritable société capable de faire face aux défis qui nous viendront de l'extérieur ?

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

J'adhère pleinement à votre remarque. C'est ce que je voulais dire quand j'ai évoqué la Chine et les États-Unis qui ne se posent pas les problèmes qui nous agitent.

JEAN-MICHEL QUATREPOINT

En effet la Chine ne se pose pas ce genre de problèmes même si certains mouvements commencent à apparaître. Ce qui se passe avec les Ouïgours est très révélateur de la position chinoise. L'offensive de Mike Pompéo – qui a

réuni, fin juillet, quatre-vingts ministres des Affaires étrangères pour une réunion sur la défense des libertés religieuses – vise essentiellement, non les catholiques, (il y a un accord entre le Vatican et la Chine) mais les musulmans Ouïgours. L’offensive américaine va se déployer sur la nécessaire liberté religieuse des Ouïgours emprisonnés de façon honteuse ... On va voir comment les Chinois vont réagir mais là il y a un affrontement, c’est clair.

De la même façon, la société russe n’a pas la même vision des droits individuels que l’Occident et les États-Unis. C’est donc un phénomène typiquement occidental.

DANS LA SALLE

Je travaille à la commission de régulation de l’énergie. Ma question porte sur la lutte contre le changement climatique, domaine dans lequel s’exprime la montée en force du juge comme nouvel acteur du pouvoir. On a parlé d’exemples récents dans lesquels des juges, sollicités par des associations ou des citoyens, vont sur la place des droits de l’homme attribuer des responsabilités dans le dérèglement climatique. Récemment la Cour de La Haye a condamné en appel l’État néerlandais pour une action climatique.

J’aimerais connaître votre point de vue sur cette question et par rapport aux personnes qui voient dans le droit et la défense des droits individuels un des leviers contre le changement climatique.

DANS LA SALLE

La semaine dernière j’ai entendu une représentante de *Transparency international* parler des questions de transparence dans la vie publique. Je trouve que l’exigence de transparence va trop loin dans ce qu’on réclame des élus. Selon moi, la politique n’est pas une mécanique où l’on doit en permanence contrôler ce qui se passe, où tout doit se faire à la lumière, où tout doit être connu. La politique est un art où parfois des choses ne doivent pas être connues du grand public.

MARIE-FRANÇOISE BECHTEL

Les deux questions qui ont été posées vont dans le même sens. Nous n'avons peut-être pas accordé beaucoup de place au droit à la transparence et à la question de la juridictionnalisation de la question écologique mais ces deux questions sont bien en phase avec ce que nous avons dit dans l'ensemble, c'est-à-dire avec cette production différenciée de droit et surtout avec le fait que les domaines les plus divers sont atteints. C'est, me semble-t-il, ce qui est le plus intéressant.

JEAN-PIERRE CHEVENEMENT

Merci. Je remercie très chaleureusement tous les intervenants.

## **PUBLICATIONS RECENTES**

### **L'EXTRATERRITORIALITE DU DROIT AMERICAIN**

Colloque du lundi 1<sup>er</sup> février 2016

### **ETATS-UNIS, HORIZON 2017**

Colloque du lundi 18 avril 2016

### **INTEGRATION, LAICITE, CONTINUER LA FRANCE**

Colloque du lundi 23 mai 2016

### **OÙ VA L'INDE ?**

Colloque du lundi 6 juin 2016

### **LES EVOLUTIONS DU CONTEXTE ECONOMIQUE ET FINANCIER MONDIAL**

Colloque du lundi 4 juillet 2016

### **LA DEMOGRAPHIE EN EUROPE ET SES REPERCUSSIONS ECONOMIQUES ET SOCIALES**

Colloque du lundi 24 octobre 2016

### **L'EXERCICE DE LA SOUVERAINETE PAR LE PEUPLE : LIMITES, SOLUTIONS**

Colloque du lundi 14 novembre 2016

### **QUEL AVENIR POUR LA FRANCOPHONIE ?**

Colloque du lundi 12 décembre 2016

### **VERS LA FIN DE LA GLOBALISATION, MYTHE OU REALITE ? QUELLE STRATEGIE POUR LA FRANCE ?**

Colloque du lundi 6 mars 2017

### **ENJEUX MARITIMES DU MONDE ET DE LA FRANCE**

Colloque du lundi 20 mars 2017

**CIVILISATION, AVEC OU SANS 'S' ?**

Colloque du lundi 22 mai 2017

**OU VA LA TURQUIE ?**

Colloque du lundi 29 mai 2017

**L'AVENIR DES RELATIONS GERMANO-AMERICAINES**

Colloque du lundi 18 septembre 2017

**MAX GALLO, LA FIERTE D'ETRE FRANÇAIS**

Rencontre-hommage du mardi 21 octobre 2017

**L'ECOLE AU DEFI DE L'INTEGRATION REPUBLICAINE**

Colloque du lundi 27 novembre 2017

**LE MOMENT REPUBLICAIN EN FRANCE ?**

Colloque du lundi 11 décembre 2017

**QU'Y-A-T-IL DANS LE CHAUDRON DU MOYEN-ORIENT ?**

Colloque du lundi 12 février 2018

**DESERTIFICATION ET REANIMATION DES TERRITOIRES**

Colloque du mardi 27 février 2018

**L'EUROPE, COMMENT CA MARCHE ET COMMENT LA REDRESSER ?**

Colloque du mardi 20 mars 2018

**LES NOUVELLES ROUTES DE LA SOIE, LA STRATEGIE DE LA CHINE**

Colloque du lundi 4 juin 2018

**FAKE NEWS, FABRIQUE DES OPINIONS ET DEMOCRATIE**

Colloque du mercredi 20 juin 2018

**L'EUROPE FACE A L'EXTRATERRITORIALITE DU DROIT AMERICAIN**

Colloque du lundi 24 septembre 2018





## NOTES ET ETUDES :

### Parues récemment :

- **Baptiste Petitjean**, directeur de la Fondation Res Publica, **Joachim Imad et Nathan Crespy**, « **Une vue d'ensemble sur les relations commerciales internationales** », août 2018.
- **Franck Dedieu**, responsable du développement de la Fondation Res Publica : « **La fin d'un modèle économique, le nouveau départ d'un autre ?** » (suite au colloque du 4 juillet 2016 sur « Les évolutions du contexte économique et financier mondial »)
- **Baptiste Petitjean**, directeur de la Fondation Res Publica : « **Où va l'Afrique ? Pour une approche réaliste** » (suite à la matinée d'échanges du 8 juin 2016 autour de **Sylvie Brunel** Professeur à l'université Paris-IV-Sorbonne, auteure de « *L'Afrique est-elle si bien partie ?* » (Sciences humaines ; 2014)
- **Daniel Bloch**, ancien Président d'université, ancien Recteur, ancien Directeur des enseignements supérieurs, et **Pierre Hess**, Inspecteur de l'Education nationale : « **Apprendre à parler, à penser et à vivre ensemble** »
- **Jean-Michel Naulot** membre du Conseil scientifique de la Fondation Res Publica, auteur de « *Crise financière - Pourquoi les gouvernements ne font rien* » (Le Seuil, 2013) : « **Le défi Tsipras** » (tribune parue dans Libération le 14 avril 2015)
- **Kevin Limonier**, Docteur en géopolitique, Institut Français de Géopolitique (Université Paris 8) et **David Amsellem**, Docteur en géopolitique au Centre de Recherche et d'Analyse Géopolitique (CRAG), Université Paris VIII : étude cartographique réalisée pour la Fondation Res Publica : « **Que peut faire la France en Afrique subsaharienne ?** »
- **Dominique Garabiol**, Professeur associé à Paris-8, membre du Conseil scientifique de la fondation Res Publica : « **La monnaie unique est déjà morte. Vive la monnaie commune !** » (entretien paru dans Marianne le 22 août 2014)

## NOTES DE LECTURE :

### Parues récemment :

- « **Le couple franco-allemand n'existe pas** » note de lecture du livre de Coralie Delaume, *Le couple franco-allemand n'existe pas. Comment l'Europe est devenue allemande et pourquoi ça ne durera pas* (Michalon, 2018), par Marie-Françoise Bechtel, conseiller d'Etat (h), vice-présidente de la Fondation Res Publica
- « **Une approche réaliste des problèmes internationaux** », note de lecture du livre d'Hubert Védrine, *Comptes à rebours* (Fayard, 2018), par Marie-Françoise Bechtel, conseiller d'Etat (h), vice-présidente de la Fondation Res Publica
- « **Les nouvelles routes de la soie et les ambitions mondiales de la Chine** », note de lecture du livre d'Alice Ekman (dir.), *La Chine dans le monde* (CNRS éditions, 2018), par Baptiste Petitjean, directeur de la Fondation Res Publica
- « **Déchiffrer le monde** », note de lecture du livre de Thierry de Montbrial, *Vivre le temps des troubles* (Albin Michel, 2017), par Marie-Françoise Bechtel, conseiller d'Etat (h), vice-présidente de la Fondation Res Publica
- « **La diplomatie religieuse de l'Arabie saoudite : une 'industrie idéologique'** », note de lecture du livre de Pierre Conesa *Dr. Saoud et Mr Jihad. La diplomatie religieuse de l'Arabie saoudite* (Robert Laffont, 2016), par Baptiste Petitjean, directeur de la Fondation Res Publica
- « **Vers un monde hyper industriel** », note de lecture du livre de Pierre Veltz *La société hyper-industrielle – Le nouveau capitalisme productif* (Le Seuil, 2017), par Baptiste Petitjean, directeur de la Fondation Res Publica
- « **La concorde civique face au spectre de la guerre civile** », note de lecture du livre de David Djaiz *La guerre civile n'aura pas lieu* (Editions du Cerf, 2017), par Baptiste Petitjean, directeur de la Fondation Res Publica



FONDATION RES PUBLICA

52, rue de Bourgogne

75 007 Paris

☎ 01.45.50.39.50

[info@fondation-res-publica.org](mailto:info@fondation-res-publica.org)

Achévé  
d'imprimer  
en décembre 2018