



HAL
open science

Penser le droit avec Camus, ou le droit de l'Homme révolté

Pierre Verdier

► **To cite this version:**

Pierre Verdier. Penser le droit avec Camus, ou le droit de l'Homme révolté. Droit. Normandie Université, 2020. Français. NNT : 2020NORMR037 . tel-03121564

HAL Id: tel-03121564

<https://theses.hal.science/tel-03121564v1>

Submitted on 26 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THESE

Pour obtenir le diplôme de doctorat
Spécialité sciences juridiques
Préparée au sein de la l'Université de Rouen Normandie

Titre de la thèse
Penser le Droit avec Camus, ou le Droit de l'Homme révolté

Présentée et soutenue par **M. Pierre VERDIER**

Thèse soutenue publiquement le 15 décembre 2020
devant le jury composé de

M. Nicolas CAYROL	Professeur à l'Université de Tours	Rapporteur
Mme Céline ROYNIER	Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise	Examineur
M. Gaëtan GUERLIN	Professeur à l'Université de Lille	Rapporteur
Mme Valérie PARISOT	Maître de conférences à l'Université de Rouen Normandie	Examineur
M. Christian PIGACHE	Maître de conférences à l'Université de Rouen Normandie	Directeur de thèse

Thèse dirigée par **M. Christian PIGACHE**, laboratoire **CUREJ**

AVERTISSEMENT

L'UNIVERSITÉ de NORMANDIE n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS
à monsieur Christian PIGACHE

D'abord, pour avoir accepté un sujet — *Penser le Droit avec Camus, ou le Droit de l'Homme révolté*, dont il pouvait à première vue légitimement douter qu'il ait sa place en faculté de droit. Ne devais-je pas plutôt, après avoir obtenu un DEA de philosophie politique et juridique, le proposer en Lettres ? Mais je lui avais représenté que c'était avant tout le juriste qui le sollicitait. L'avocat aujourd'hui honoraire qui après une très longue pratique, une très longue fréquentation des prétoires, s'était pris à douter de savoir ce qu'est le droit. Un doute qui, jusqu'à la retraite, ne l'avait pas effleuré, ni à sa connaissance ses confrères et les juges qu'il avait assidument fréquentés. Alors que je m'attendais à devoir batailler, monsieur Pigache après m'avoir attentivement écouté, m'a au contraire immédiatement encouragé à persévérer dans une recherche qui lui paraissait, certes fort peu « technique », mais non pour autant nécessairement sans portée positive, puisqu'elle pouvait conduire à la proposition d'une conception alternative à la conception neutraliste dominante du droit et donc de l'office du juge.

Ensuite, hormis pour son écoute patiente et ses conseils précieux, pour la bienveillante compréhension de mes insuffisances, qui a permis qu'elles ne soient pas un obstacle rédhibitoire à l'achèvement de ma thèse. Dans un article intitulé *Le « oui » comme ontologie du déjà-là, Notes sur L'Homme révolté*, Jacques Dewitte écrit que cet essai comporte d'évidentes « faiblesses et maladresses », que « c'est un livre qui a été écrit trop vite par un auteur qui n'était pas tout à fait à la hauteur de son sujet, mais s'est pourtant acharné à l'écrire. Mais, poursuit-il, quel est l'écrivain qui a tout à fait les moyens de ses ambitions et n'est pas condamné à écrire trop vite ? N'est-ce pas l'un des traits de la création artistique comme de la pensée philosophique : une insuffisance des moyens dont on dispose par rapport à l'énormité de la tâche ? »¹, concédant cependant que *L'Homme révolté* « Malgré des faiblesses indéniables (...) reste un grand livre ». ² Il est évidemment totalement hors de question d'établir une quelconque comparaison entre Camus et moi. Il s'agit seulement de remercier monsieur Pigache d'avoir bien voulu, à l'instar de l'auteur précité et de plus fort à mon modeste endroit, m'accorder son indulgence et trouver un intérêt au texte que je lui ai présenté, malgré ses défauts de construction et ses carences de tous ordres.

¹ Un article intégré dans un recueil coordonné par Jean-François Mattéi, intitulé *Albert Camus, Du refus au consentement*. PUF, 2011, p. 100.

² *Ibid.*

RÉSUMÉ :

Le propos est de montrer que le principe de la neutralité axiologique³ du juge et donc de son jugement, d'origine révolutionnaire, a eu pour effet de ravalier le droit au rang d'un pur et simple instrument du pouvoir politique ; un pouvoir dont l'existence — et donc celle de sa loi (sa « positivité ») — dépend, fondamentalement, de la possession effective de la force. Une situation qui est la conséquence d'un choix idéologique auquel le positivisme, dominant de fait dans les facultés de droit, a donné une pseudo caution « scientifique ». Ainsi, l'immense majorité des juristes ont-ils cessé depuis longtemps de s'interroger sur « l'être du Droit ». Une telle question ne pouvant, selon eux, qu'intéresser des théoriciens ou philosophes dont les spéculations n'ont en réalité rien à voir avec le seul véritable droit : celui produit par les autorités politiques compétentes (selon *leur* droit) et dont l'application peut être assurée efficacement. Et pour les juges « dire le droit » ne pouvant avoir d'autre signification qu'appliquer, aussi fidèlement que possible, ce droit, qui, passé de son lieu de production politique dans leurs mains, est censé s'être délesté de tout contenu moral ou éthique. Un droit qui, pour ceux qui le mettent en œuvre, est donc un objet sans mystère, conforme à ce qu'ils ont appris, d'une « évidence immédiate ». Comment en effet douter de savoir ce qu'est le droit si l'on est un spécialiste du droit ou même un simple justiciable, alors que les normes étatiques sont omniprésentes et suivies d'indiscutables effets sur les esprits et sur les corps ? Une évidence en réalité trompeuse et préjudiciable en ce qu'elle fait obstacle à toute réflexion critique. Alors que ce que croient connaître les juristes professionnels dans leur ensemble et ce que « disent » les juges en « disant le droit », ce n'est rien d'autre, sous cette appellation, que la volonté politique dans sa forme normative. Pour qu'il en soit autrement, pour que le Droit existe en tant qu'objet et discipline autonomes, il faut au Juge qui est la seule autre source possible de légitimité normative dans la cité, ouvrir le droit et son office à une autre dimension que sa dimension politique de base, nécessaire mais insuffisante. Et c'est à la recherche de cette ouverture que conduit la pensée du droit avec Camus penseur du sens de l'existence humaine dans lequel le droit, créé par des hommes pour des hommes afin de réguler leurs comportements sociaux, ne peut, raisonnablement, que trouver à s'insérer. Une ouverture qu'avec l'auteur de *L'Homme révolté*, il faut à la fois penser dans une certaine confrontation avec le pouvoir politique, et une préoccupation constante d'équilibre ; nécessairement en tension, mais qui n'exclut pas la poursuite d'une certaine harmonie, d'une vision du Droit comme un art du vivre-ensemble. Ce que dans le dernier chapitre de l'essai susvisé, Camus philosophe et artiste, envisage avec la « pensée de Midi ».

³ Par « neutralité axiologique », est visée dans le cadre de cette thèse la position du juge qui refuse en toutes circonstances, absolument, quels que soient les motifs, quelles que soient les fins et les conséquences humaines, d'une loi applicable à l'espèce dont il est saisi, de porter sur elle, en tant que juge, un quelconque jugement de valeur de portée positive, c'est-à-dire susceptible de déterminer sa décision.

ABSTRACT :

Our aim is to show that the principle of the axiological neutrality of judges and therefore of their judgment, of revolutionary origin, has had the effect of reducing the law to the rank of a pure and simple instrument of political power; a power whose existence – and therefore that of its law (its "positivity") – fundamentally depends on the effective possession of force. That situation is the consequence of an ideological choice which positivism, de facto the dominant theory in law faculties, has endorsed with a pseudo "scientific" validity. As a result, the vast majority of jurists have long since ceased to wonder about "the Legal being". According to jurists, such a question can only be of interest to theoreticians or philosophers whose speculations have in fact nothing to do with the only true law: that produced by the competent political authorities (according to their law), the application of which can be effectively ensured. And for judges, "to interpret the law" can have no other meaning than to apply as faithfully as possible that law which, in passing from its place of political production into their hands, has purportedly been shed of all moral or ethical content. A law which, for those who implement it, is therefore an object void of any mystery, in accordance with what they have been taught, of "immediate evidence". How indeed can we doubt what the law is, whether one is a specialist in law or even a simple litigant, when State standards are omnipresent and followed by indisputable effects on our minds and bodies ? That evidence is in fact misleading and prejudicial in that it hinders any critical reflection. For what professional jurists as a whole believe they know, and what judges "hold" in "interpreting the law" is nothing other, under that name, than a political will in its normative form. For it to be otherwise, for the Law to exist as an autonomous object and discipline, judges, who are the only other possible source of normative legitimacy in the city-state, must open up the law and its function to another dimension than its purely political basis, which is necessary but insufficient. And it is in search of this openness to which legal thought leads with Camus, the philosopher of the meaning of human existence with which the law, created by the people for the people in order to regulate their social behavior, sanely can do no more than integrate. With the author of *The Rebel*, that openness must be seen as a certain form of confrontation with political power, and as a constant concern for balance ; necessarily under strain, but which does not exclude the pursuit of a certain harmony, of a vision of the Law as an art of living together. An issue which Camus, philosopher and artist, in the last chapter of his essay, addresses with "Mediterranean Thought".

SIGLES, DEFINITIONS ET CONVENTIONS D'ECRITURE

I. Les sigles :

Albert Camus, Œuvres complètes, La pléiade, Gallimard, 2006 et 2008

OC/

- **AP** *Articles, préfaces, conférences*
- **HR** *L'Homme révolté*
- **RR** *Remarque sur la révolte*
- **DH** *Défense de « L'Homme révolté »*
- **LA** *Lettres à un ami allemand*
- **ND** *Noces, Le désert*
- **NT** *Noces à Tipasa*
- **NV** *Noces, Le vent à Djemila*
- **EA** *Noces, L'été à Alger*
- **MS** *Le Mythe de Sisyphe*
- **CA** *Carnets*
- **PH** *Le Premier Homme*
- **EE** *L'Envers et l'Endroit*
- **LE** *L'Étranger*
- **DS** *Discours de Suède*
- **ET** *L'Été*
- **NO** *Notice*
- **LC** *La Chute*
- **IN** *Introduction*
- **CG** *Caligula*
- **LM** *Le Malentendu*
- **LP** *La peste*
- **ER** *L'Exil et le Royaume*
- **RG** *Réflexions sur la guillotine*
- **A1** *Actuelles I*
- **A2** *Actuelles II*
- **A3** *Actuelles III*
- **ES** *L'État de siège*
- **LJ** *Les Justes*

DAC : *Dictionnaire Albert Camus*, sous la direction de Jean-yves Guerin, R. Laffont édit., Paris, 2009.

II. Quelques éclaircissements terminologiques et conventions d'écriture :

- **Le droit** : « droit » écrit avec un « d » minuscule, désigne le droit positif au sens courant du droit applicable (critère de la sanction) produit par les instances étatiques dédiées. Lequel peut être également désigné par la « loi » ; ou encore le droit légal, le droit politique, la conception classique du droit. Les six termes synonymes correspondent à un premier niveau de positivité (ou d'applicabilité) qui dans *la théorie du Droit de l'Homme révolté*,

correspond à la dimension politique du Droit. Que l'on pourrait également désigner par le système primaire du droit. Au droit (légal, politique) correspond la positivité légale ou positivité politique.

- **Le Droit** : « Droit » écrit avec un « D » majuscule, désigne le Droit tel qu'il est singulièrement conçu dans le cadre de cette thèse, dont l'ambition première est de faire accéder l'objet « Droit » et la discipline qui lui correspond, à l'autonomie par rapport à la production normative du pouvoir politique. Et avec eux, l'office du Juge. Le Droit ainsi conçu peut être également appelé indifféremment le Droit juridictionnel (plutôt que judiciaire, pour tenir compte de l'existence de deux ordres de juridictions). Au droit correspond l'adjectif juridique (avec un « j » minuscule) et au Droit l'adjectif Juridique (avec un « J » majuscule).
- **Le Juge** : « Juge » écrit avec un « J » majuscule désigne le Juge qui Dit (avec un « D » majuscule) le Droit (avec un « D » majuscule) et non seulement la loi.
- **La théorie du Droit de l'Homme révolté** : cette formulation de la théorie du Droit développée dans cette thèse, emprunte l'idée d'*Homme révolté* à l'auteur qui lui a fourni sa grille conceptuelle et particulièrement à son essai philosophique éponyme de 1951. Une formulation en laquelle un juriste « classique » ne peut que voir un oxymore, une contradiction dans les termes (Droit et révolte). Une contradiction qui cependant disparaît, dès lors que la loi et le Droit sont distingués à l'intérieur d'un même dispositif théorique, et que la révolte est fondée sur un manquement grave de la première (la dimension politique du dispositif), à l'éthique propre du second (la dimension éthique du dispositif). Une révolte autrement dit interne au dispositif théorique bidimensionnel du Droit. Le « Droit de l'Homme révolté » est le Droit de tout homme (le « H » majuscule renvoyant à l'idée d'Homme au sens universel) de faire valoir un tel manquement devant un j/Juge auquel, s'il est « révolté », reviendra de Dire s'il estime que c'est ou non le cas.
- **Le Juge révolté** : n'est pas en Juge subversif, en rupture de ban, révolutionnaire, mais un Juge pour qui l'application de la loi comporte une limite éthique ; une limite à son inhumanité éventuelle. Pour qui autrement dit, le Droit n'est pas l'expression inconditionnelle de la volonté politique. Un Juge « révolté » au sens d'un Juge qui, à l'instar de *L'Homme révolté* de Camus, ne peut en quelque domaine que ce soit, y compris donc professionnel, se plier à une injonction contraire à ce qui donne sens (direction et valeur) à l'existence en commun qu'est censée régir le Droit. Un Juge qui n'est « révolté » que par rapport au législateur qui en est l'auteur.
- **L'État de Droit** : « État » et « Droit » (avec un « E » et un « D » majuscules) correspond à la démocratie aboutie, à l'État de Droit complet distingué de l'État de loi en quoi consiste, en fait, le prétendu état de droit dans lequel la loi n'est pas distinguée du Droit, et le juge fonctionnarisé ne fait qu'appliquer la loi, y compris si elle conduit aux pires injustices. Un État de Droit dont le tableau synoptique du dispositif, qui correspond à celui de notre théorie, est fourni en annexe.

SOMMAIRE

Introduction générale : pourquoi Camus ? N° 1 à 94

PREMIERE PARTIE : PENSER LA DIMENSION ETHIQUE DU DROIT

Titre 1 : « L’oubli » de la dimension éthique du Droit N° 106

Chapitre 1 : La fausse égalité neutraliste du Droit et de la loi N° 108

Chapitre 2 : La trompeuse et dangereuse évidence du Droit N° 189

Titre 2 : La nécessité de la dimension éthique du Droit N°245

Chapitre 1 : L’ancrage existentiel de l’éthique du Droit N° 247

Chapitre 2 : L’insoutenable tolérance des juges à l’inhumanité N° 296

DEUXIEME PARTIE : PENSER L’AUTONOMIE ET L’ART DU DROIT

Titre 1 : Le double fondement de l’autonomie du Droit N° 245

Chapitre 1 : La révolte N° 370

Chapitre 2 : La solidarité N° 416

Titre 2 : Les deux ouvertures sur l’art du Droit N° 461

Chapitre 1 : Le Droit au miroir pédagogique de la littérature N° 464

Chapitre 2 : Le Droit au service d’un art de vivre ensemble N° 507

Conclusion générale N° 610

Annexes

Chaque action collective, chaque société supposent une discipline et l'individu, sans cette loi, n'est qu'un étranger ployant sous le poids d'une collectivité ennemie. Mais société et discipline perdent leur direction si elles nient le « nous sommes ». A moi seul, dans un sens, je supporte la dignité commune que je ne puis laisser ravalé en moi, ni dans les autres. »

A. Camus, *L'Homme révolté*, OC/HR, T. III, p. 316

Introduction générale : pourquoi Camus ?

I. Une citation qui condense l'essentiel du propos

1. La citation de *L'Homme révolté* placée en exergue permet de fournir la brève explication liminaire que rend nécessaire un titre qui peut apparaître à première vue quelque peu surprenant, sinon déroutant, pour une thèse de droit. Elle concentre en effet les trois aspects essentiels du propos dont cette introduction a pour objet d'exposer, comme autant de lignes de force, les raisons qui ont présidé au choix de Camus pour *penser le Droit* et avec lui l'office du Juge, à nouveaux frais ; non plus comme de simples moyens au service de n'importe quelle fin, mais au contraire comme porteurs d'un sens propre. Un sens à contresens d'une évolution de l'humanité qui, du fait de son incapacité à réguler raisonnablement ses sociétés dans tous les domaines, compromet son avenir.

a) Il n'y a pas de vie sociale possible sans règles pour l'ordonner efficacement. C'est là une nécessité commune à toutes les sociétés humaines, évidente pour tous, à laquelle répond en tout premier lieu depuis toujours, sous une appellation ou sous une autre, le droit ; celui en vigueur comme celui qui est en vue avec Camus. Un droit produit par ceux qui détiennent, avec le pouvoir politique, la force qui permet d'en assurer l'application.

b) Mais il ne suffit pas que l'ordre soit assuré en son sein pour qu'une société humaine, en tant que telle, soit viable. Il faut qu'à cet ordre et donc au Droit, soit assigné un sens humain ou autrement dit une valeur. Avec Camus, celle que l'homme découvre au cœur même de sa révolte, suscitée, d'abord, par l'absurdité de sa condition (l'absence de sens préétabli à sa présence dans l'univers), puis, passé la tentation nihiliste, par l'injustice faite à l'homme par l'homme alors que tous les hommes ont en partage cette condition et qu'aucun sens commun à leur existence ne peut être trouvé en dehors d'eux-mêmes. Une valeur fondatrice qui n'est autre que la solidarité.

c) Avec pour conséquence une responsabilité de tous à l'égard de tous qui commande à tout un chacun de s'opposer à tout ce qui peut lui porter gravement atteinte, et singulièrement au Juge de s'opposer à l'application d'une loi qui aurait cet effet.

2. Dès lors, en première approche, pourquoi Camus ? Clairement, pour proposer une alternative à la conception neutraliste dominante du droit et de l'office du juge qui, d'une part,

réduit le premier à sa fonction primaire — celle qui consiste, sous peine de sanction, à soumettre les membres de la cité à l'ordre imposé par le pouvoir politique, quel que soit cet ordre et ce pouvoir — ; d'autre part, subordonne sans limite le second à ce pouvoir. Un juge qui, dans les situations où il doit appliquer des lois manifestement arbitraires ou autrement dit des lois qui rompent gravement la solidarité qui est au principe même du lien social, jette sur elles un pudique « voile d'ignorance » axiologique. Une alternative fondée sur la reconnaissance, avec la solidarité en tant que valeur matricielle du Droit, de la dimension éthique propre du Droit et corrélativement de l'office du Juge, et du Droit de tout homme — ce en quoi consiste fondamentalement le *Droit de l'Homme révolté* —, de soulever devant le Juge qui n'en a pas pris l'initiative, dans des conditions et des limites strictes à préciser, le moyen tiré de l'infraction de la loi à l'éthique du Droit.

3. – Étant entendu que, d'une part, sous l'appellation de « conception neutraliste dominante du droit » sont visées, indistinctement, toutes les théories qui, positivistes, dérivées du positivisme ou autres, ont en commun de refuser au « scientifique du droit » et au juge, de porter un quelconque jugement de valeur sur la loi. L'appellation de « conception neutraliste dominante du droit » (ou plus synthétiquement de « neutraliste ») ne renvoie bien entendu, en tant que telle, à aucune théorie syncrétique du droit d'aucun théoricien du droit connu. Mais elle n'en est pas moins pertinente dans le cadre de notre propre théorie, puisqu'elle permet de comprendre immédiatement ce qui l'oppose à toutes les autres : la prise en compte dans la qualification d'une loi de « Droit » et dans l'application de cette même loi en tant que tel, d'une donnée éthique. Sans qu'il soit besoin pour cela de se livrer ici à un exposé exhaustif si tant est que cela soit possible, de ce qui différencie ou rapproche ces autres théories, puisque seul nous intéresse ici ce qui les réunit (voir cependant en annexe 2 une présentation synoptique de la situation).

4. – D'autre part, la prise en compte de cette donnée éthique n'implique aucune hybridation entre le droit positif au sens courant pour les juristes, du droit en vigueur, c'est-à-dire applicable au besoin sous la contrainte, et un quelconque droit naturel au sens d'un droit qui n'a aucune actualité mais que l'on espère voir reconnaître et advenir un jour. Penser le Droit avec Camus ce n'est pas exposer une conception du droit de Camus, qui n'existe pas⁴, mais

⁴ Significativement, dans le *Dictionnaire Albert Camus*, l'entrée « Droit » est mentionnée, mais ne comporte qu'un renvoi à l'entrée « Justice ». DAC, pp. 233 et 461.

s'aider librement de son œuvre pour penser la dimension éthique qui manque à la théorie du droit pour rendre compte de la réalité du Droit.⁵ Pour sortir d'une pensée du droit qu'il n'est pas excessif de qualifier de « pensée unique », puisqu'elle est celle de l'immense majorité des professionnels du droit, c'est-à-dire de ceux qui le font « être » et le font « vivre » ; quoi qu'il soit sans doute plus exact pour la plupart d'entre eux, de parler « d'idée reçue » puisqu'ils semblent plutôt pratiquer le neutralisme à la manière du monsieur Jourdain de Molière pour la prose. Une ignorance réelle ou plus ou moins sincère, qui, en tout état de cause, est exclue avec Camus.

II. Une exigeante et constante préoccupation de justice

5. Si Camus n'a jamais fréquenté une faculté de droit et n'a jamais rien écrit sur le droit au sens technique où l'entendent ses praticiens, la justice a toujours été au centre de ses préoccupations aussi bien de philosophe, que d'écrivain et de citoyen. La justice en tant que valeur, mais aussi et indissociablement en tant qu'institution. Une institution écrit Denis Salas, « inlassablement dénoncée et combattue dans ses différents contextes historiques. »⁶ En raison notamment, trop souvent, de l'incapacité de ses acteurs à incarner la justice en tant que valeur quand l'injustice de la loi est manifeste et que l'on attend d'eux qu'ils affirment d'une manière ou d'une autre cette incarnation. Les « figures de juge dans les fictions de Camus, note à cet égard le même auteur, sont fanatiques, serviles, cruelles, parfois perverses, souvent révoltantes » !⁷ Une appréciation sans doute liée à l'origine à son expérience précoce de chroniqueur judiciaire dans l'Algérie coloniale d'avant-guerre, mais qui la déborde très largement.⁸ En tout état de cause, il importe peu que cette appréciation soit excessive : ce qui importe de notre point de vue, et ce qui justifie déjà son choix pour penser le Droit en dehors

⁵ Ce qui justifie dans le principe l'inscription de la présente thèse en Droit et non en Lettres. En section 01 du CNU, ce qui peut paraître surprenant eu égard au sujet de la thèse. Mais la section est en fait indifférente, puisque c'est du fondement même du droit qu'il est question, droit privé et droit public confondus. Les rappels historiques que peut contenir la thèse, n'en faisant pas pour autant non plus, une thèse d'histoire.

⁶ DAC, p. 461.

⁷ *Ibid.*, p. 452. « Les écrits de Camus mettent en scène, en même temps que la quête d'une communauté juste, une révolte *contre* la justice. Et particulièrement contre la puissance d'oppression que la justice des hommes peut générer. » *Ibid.*, p. 461. Denis Salas notant encore que pour lui, l'institution judiciaire est « une figure du mal souvent associée à la peine de mort ou au totalitarisme ». Denis Salas, *Albert Camus La juste révolte*, édit. Michalon, Paris, 2002, p.10.

⁸ Comme on le verra plus loin, ne serait-ce qu'en s'en tenant à l'Algérie, avec le comportement de la magistrature des deux côtés de la Méditerranée au cours de la guerre dont elle a été le théâtre pendant de longues années.

des sentiers battus du neutralisme, c'est que sa pensée exclut de bannir l'éthique de quelque domaine que ce soit de l'agir humain. Et tout particulièrement de la politique, comme il l'affirmera avec force dans *Combat à la Libération* ; de la politique et par voie de conséquence du Droit, puisque le droit tel qu'il invite à le penser, ne saurait être réduit à sa fonction d'instrument du pouvoir politique. Un choix qui vise à restituer au Droit la complexité qu'il tient de son origine et de sa finalité, humaines.

III. Un refus de toute simplification déshumanisante

6. Il s'agit d'un choix contre la simplification abusive et proprement déshumanisante de la conception neutraliste du droit, puisqu'avec les valeurs, elle exclut de son champ ce qui fait au plus profond la différence entre la régulation des sociétés humaines et celle des autres animaux sociaux, globalement déterminée par l'instinct. Un choix contre « la pensée simplifiante [qui] désintègre la complexité du réel »⁹, et pour « la pensée complexe [qui au contraire] intègre le plus possible les modes simplifiants de penser, mais refuse les conséquences mutilantes et finalement aveuglantes d'une simplification qui se prend pour le reflet de ce qu'il y a de réel dans la réalité. »¹⁰ Le propos dès lors ne peut être, ni de rejeter le « mode simplifiant » du neutralisme qu'il s'agit d'intégrer dans une théorie plus ample, ni de prétendre avec cette complexification de la compréhension du Droit, à la complétude.¹¹ Ce qui équivaldrait à une rechute dans l'idéologie que l'on prétend combattre ; dans la croyance en l'existence, avec le Droit, d'un système à la fois clos et complet, alors qu'il ne peut appartenir, par nature, qu'à la catégorie des systèmes ouverts. Un de ceux qu'étudient « les sciences humaines (...) parce qu'elles sont liées à l'homme, qui est un organisme vivant et que tout organisme vivant est essentiellement un système ouvert ». ¹² Ce que les théoriciens du droit ont

⁹ Edgar Morin, *Introduction à la pensée complexe*, ESF éditeur, 1990, p. 11.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Avec Camus, s'il s'agit de penser le Droit « du dehors », c'est pour pouvoir l'examiner dans tous ses aspects, en s'interdisant toute fermeture, notamment à la philosophie, à l'art et à l'éthique ; sans pour autant prétendre en épuiser la connaissance. Le Droit comme tout système théorique, qu'il ressorte des sciences de la nature ou des sciences humaines, comporte en effet nécessairement une brèche. « Le théorème de Gödel, apparemment limité à la logique mathématique, vaut *a fortiori* pour tout système théorique : il démontre que, dans un système formalisé, il est au moins une proposition qui est indécidable : cette indécidabilité ouvre une brèche dans le système, qui alors devient incertain. Certes, la proposition indécidable peut être démontrée dans un autre système, voire un méta-système, mais celui-ci comportera aussi sa brèche logique. Il y a là une barrière infranchissable à l'achèvement de la connaissance." Edgar Morin, *op. cit.*, p. 63.

¹² Article de G. Giraldo - Restrepo consacré à la théorie des systèmes, *Encyclopédie philosophique universelle*, t. 2, PUF, 1990, p. 2536.

fâcheusement tendance à oublier.¹³ Si le droit doit être absolument une science, il ne peut donc qu'être une science ouverte, humaine et sociale, contrairement à ce que prétendent certains « scientifiques du droit » qui, en refusant tout questionnement sur les valeurs, croient pouvoir le rapprocher des sciences dites « dures » ou « exactes » ; les seules qu'ils semblent considérer comme dignes d'intérêt.¹⁴ Alors que le classement du droit parmi les sciences de l'homme n'a évidemment rien de dépréciatif. Leur seul « défaut » étant, sans doute, de porter sur des objets souvent extrêmement difficiles à circonscrire.¹⁵ Ce qui peut inciter à une simplification réductrice qui peut aller, comme c'est le cas avec le neutralisme, jusqu'à l'élimination, au prétexte d'objectivation, de ce qui donne sens à l'objet considéré.

7. Entreprendre de penser le Droit avec Camus penseur du sens de l'existence, c'est nécessairement penser le sens de ce qui la norme. C'est autrement dit aller contre une telle simplification avec un homme dont l'œuvre est d'une grande richesse malgré une vie accidentellement interrompue alors qu'il n'avait que quarante-six ans. Une œuvre à multiples facettes et néanmoins d'une grande unité. « Jadis, la preuve du philosophe était donnée par la vie philosophique qu'il menait », écrit Michel Onfray avant d'expliquer pourquoi il voit dans la remarquable congruence de sa pensée et de son action, dans sa constance, la résurgence depuis l'Antiquité d'un tel philosophe.¹⁶ Jacqueline Lévi-Valensi dans son introduction à ses *Œuvres complètes*, observe dans le même sens que chez lui « la création unique (...) se fortifie

¹³ « Les gens qui vivent dans l'univers classificatoire, note à cet égard M. Maruyama, procèdent avec la perception que tous les systèmes sont clos. », Edgar Morin, *op. cit.*, p. 33. Or quel univers est plus « classificatoire » que le droit ?

¹⁴ Il en va de même en économie avec la théorie néolibérale dominante à laquelle s'oppose une association domiciliée à Paris (14^{ème}) dite des *économistes atterrés*, créée le 22 février 2011 à la suite du *Manifeste des économistes atterrés* « alors que la crise financière et économique a montré les dangers de la domination des marchés financiers » et que « les gouvernements actuels veulent accentuer les politiques de réformes structurelles libérales » la « baisse des dépenses publiques et sociales qui ne peuvent qu'accroître les inégalités sociales, faire augmenter le chômage, rendre l'économie encore plus instable ». Statuts de l'association sur son site internet. Une association qui pourrait en son principe et son éthique de la solidarité, servir de modèle pour la constitution d'une association semblable regroupant des « juristes atterrés » par la méconnaissance de la valeur humaine du Droit.

¹⁵ Au point de créer « des mess », ces magmas inextricables impossibles même à identifier correctement : la criminalité juvénile, le déficit de la sécurité sociale, la valse stupéfiante des cours des matières premières, l'asservissement du pouvoir judiciaire au pouvoir politique, l'économie viticole du Sud français... », Jean-Louis Lemoigne, *La théorie du système général*, PUF, 1990, p. 28.

¹⁶ Michel Onfray, *L'ordre libertaire, La vie philosophique d'Albert Camus*, J'ai lu, Michel Onfray et Flammarion, 2012, p. 11. En exergue, M. Onfray cite Nietzsche dans ses *Considérations intempestives* : « J'estime un philosophe dans la mesure où il peut donner un exemple » et Camus lui-même : « Kierkegaard brandissait devant Hegel une terrible menace : lui envoyer un jeune homme qui lui demanderait des conseils. »

dans ses visages successifs et multiples que sont les œuvres. Les unes complètent les autres, les corrigent ou les rattrapent, les contredisent aussi. »¹⁷ Son œuvre, ce qui est rare en littérature, a été précocement et rationnellement conçue en cycles : « Je voulais d'abord, explique-t-il, exprimer la négation. Sous trois formes. Romanesque : ce fût *L'étranger*. Dramatique : *Caligula. Le malentendu*. Idéologique [philosophique] : *Le mythe de Sisyphe*. Je prévoyais le positif sous trois formes encore. Romanesque : *La peste*. Dramatique : *L'état de siège* et *Les justes*. Idéologique : *L'homme révolté*. J'entrevois déjà une troisième couche autour du thème de l'amour ». ¹⁸ Cette vision architectonique, cette exigence de rationalité de Camus, ne peut qu'être partagée par le juriste légitimement soucieux d'assurer à l'édifice juridique la plus grande cohérence et solidité possibles, eu égard aux effets considérables du droit sur tous les aspects de la vie, indissociablement individuelle et sociale, des membres de la cité. La pyramide des normes et des juridictions en fournit une parfaite représentation. Mais une cohérence et une solidité qui, contrairement à ce que croit ou veut croire ce juriste que l'on suppose acquis au neutralisme, ne seraient nullement compromises par la prise en compte, dans la conception même du Droit positif, d'un questionnement sur sa signification humaine.

8. *Penser le Droit avec Camus*, conduit au contraire à prendre conscience de la nécessité d'une telle interrogation, dès lors que l'on est en présence d'une création humaine — ce qu'est évidemment le Droit de bout en bout — si l'on ne veut pas prendre le risque que la « créature » déshumanisée de l'homme se retourne contre lui. Une vigilance requise indépendamment des circonstances et de la fonction occupée, comme il l'a montré aussi bien en tant que journaliste, qu'écrivain ou simple citoyen. La question posée étant toujours la même : quel est le sens humain ou autrement dit la valeur humaine, de mon action ? Il ne saurait

¹⁷ OC/IN, T. I. LXVIII. Chez lui, note encore Jacqueline Lévi-Valensi dans son introduction, « La diversité, le renouvellement des formes, l'évolution des problématiques, ne sauraient masquer la cohérence profonde de la thématique des œuvres de fiction, ni celle de la pensée, ni celle des combats » OC/IN, T.1, LXIII. De tous les combats de son temps, intellectuels, sociaux et politiques, en temps de paix comme en temps de guerre. Dans *Entretien sur la révolte*, Camus lui-même écrit : Les « œuvres forment un tout où chacune s'éclaire par les autres, et où toutes se regardent » : Actuelles II, Pléiade Essais, p. 743. Une unité dont l'exigence est déjà visible dans le choix du sujet de son mémoire soutenu en 1936 pour l'obtention du *D.E.S.* intitulé *Métaphysique chrétienne et néoplatonisme, Plotin et Saint Augustin*. Plotin le philosophe de l'UN. La recherche de l'unité est chez lui une préoccupation constante. Dans *L'été à Alger* déjà (1939), par exemple, il écrit : « Cette union que souhaitait Plotin, quoi d'étrange à la retrouver sur la terre ? L'Unité s'exprime ici en termes de soleil et de mer. » : OC/ET, T I, p. 124. Une exigence, une préoccupation, qui en fait se manifestent à l'instant même où il décide de devenir écrivain, vers l'âge de dix-sept ans.

¹⁸ A. Camus, *L'Envers et l'Endroit*, Folio/essais, Gallimard, 1958, note introductive. En trois ou 5 thèmes ou cycles comme on le voit dans ses Carnets de 1947, avec l'absurde, la révolte, le jugement, l'amour déchiré et la création corrigée ou le système : OC/CA, T. II, p. 1084-1085. Il n'a pas eu le temps de réaliser le troisième cycle envisagé, mais on peut sans doute y rattacher *Le premier Homme* paru à titre posthume en 1994.

donc y avoir avec lui de dissociation totale entre l'homme « privé » et « l'homme public », quelle que soit sa position sociale, son statut, et quelles que soient les circonstances. Une dissociation totale qui, si elle est admise, si l'homme est magistrat, rend possible qu'en tant que tel, il puisse commettre un jugement inique en application d'une loi qui le commande, alors qu'en tant qu'homme il la condamne. Une condamnation que l'on suppose sincère (on écarte l'hypothèse d'une approbation personnelle du magistrat de la loi inique), mais insuffisante pour remettre en cause la nécessité de son jugement. Soit que l'intégration universitaire et professionnelle de la dissociation ait confiné à une sorte de schizophrénie morale, soit que la conscience morale de l'intéressé ait été érodée, voire annihilée par une trop longue et routinière pratique. En tout état de cause, il faut supposer que l'iniquité n'a pas provoqué chez lui un véritable scandale éthique, un scandale qui commande d'interrompre le cours de la mécanique judiciaire. Un scandale, par contre, assuré chez celui qui s'est convaincu du bien-fondé de l'éthique inconditionnelle camusienne, une éthique qui vise à la concorde intérieure et extérieure et s'oppose donc à une dissociation nécessairement génératrice, à terme, de désordres psychiques et sociaux chez des êtres — les êtres humains — qui ont en partage de ne pas supporter, du moins durablement, l'arbitraire, fût-ce celui de la loi.

9. Camus est un polygraphe ¹⁹, mais un polygraphe dont l'action et l'œuvre dans la grande variété de ses formes, présentent non seulement une remarquable unité comme on l'a déjà remarqué, mais encore une véritable polyphonie. Ce qui n'est pas sans intérêt pour qui pense que la vocation du Droit n'est pas de geler des conflits et d'asseoir des dominations, mais de tendre dans toute la mesure du possible vers l'harmonie. « J'explore dans l'œuvre camusienne, écrit Sylvie Arnaud-Gomez, la tension contradictoire entre la foi dans un verbe fédérateur et la réalité de la polyphonie qui, loin d'être dysphorique, se révèle féconde. » ²⁰ Si

¹⁹ Un terme qui désignait autrefois des écrivains tels que Plutarque et Cicéron ou plus près de nous Diderot et Voltaire, qui ne connaît plus guère d'usage que dans le cadre de certaines recherches littéraires, mais qui, en ce qu'il décrit au sens large la situation dans laquelle un écrivain « a publié dans au moins deux genres littéraires différents » (Sophie Piron, « La polygraphie chez les écrivains belges au début du XX^e siècle » *Textyles*, 15/1999, 87 – 101)), convient néanmoins, pour le moins, à Camus. Il est en effet tour à tour philosophe, moraliste, romancier, nouvelliste, dramaturge, poète (la nouvelle *Noces à Tipasa* n'est-elle pas une « nouvelle » poétique ?), acteur et metteur en scène (Théâtre du Travail et de l'Equipe en Algérie et diverses mises en scène ultérieurement en métropole), adaptateur (notamment de Dostoïevski, Malraux, Calderon, Larivey, Buzatti), Journaliste (d'investigation avant la lettre et notamment avec *Combat*, de conviction), conférencier et épistolier. Au total près de 6000 pages sur papier bible en quatre tomes dans *La Pléiade*, auxquelles on peut ajouter des milliers de pages de correspondance.

²⁰ Sylvie Arnaud-Gomez thèse, *La polyphonie dans l'œuvre de Camus : de l'unité ontologique à la fracture discursive*, Littérature, Université Michel de Montaigne - Bordeaux III, 2008, p. 106.

l'on peut en effet considérer que « La patrie de Camus ce sont les pensées multiples et contradictoires »²¹, cette multiplicité et cette contradiction n'en rendent pas moins ensemble une réelle harmonie polyphonique, nécessairement au bord de la dissonance, puisqu'elle est celle d'une pensée révoltée, opposée à toute tentative d'uniformisation, de négation de la tension qui est au principe de la coexistence d'êtres à la fois totalement interdépendants et irréductiblement divers par leurs personnalités, leurs cultures, leurs appartenances et leurs intérêts de toutes sortes. La patrie du juriste c'est, traduites en normes, les pensées multiples et contradictoires de législateurs successifs, le produit d'une suite ininterrompue de débats, de conflits, de révoltes, parfois de révolutions, et de compromis. Mais c'est aussi, pensée avec Camus, une cité en quête permanente de cette harmonie polyphonique trouvée dans son œuvre, elle aussi toujours au bord de la dissonance ou en d'autres termes du désordre. Ce qu'est une démocratie vivante pour laquelle le désordre le plus insupportable est sans doute celui qu'engendre la loi lorsqu'elle bafoue gravement la solidarité qui la fonde.

10. Chez Camus, l'unité ontologique évoquée par Sylvie Arnaud-Gomez précitée (dans le titre même de sa thèse) est articulée sur une métaphysique de la révolte contre toutes les formes d'arbitraire (lequel est par essence disharmonique) qui ne peut que convenir au juriste qui refuse, autant en tant qu'homme qu'en tant que juriste, de s'interdire de condamner l'ignominie toujours possible d'une loi pour la seule raison qu'elle est la loi. Une interdiction que ne commande nullement la Raison faite « raison juridique », mais une idéologie scientiste qui consiste, au nom de la science opposée à la métaphysique, à bannir de « l'observation de son objet » par le « scientifique du droit » et de l'application par le juge, toute évaluation axiologique de la loi. Alors que, ainsi que le fait observer Claudine Tiercelin, « Ce n'est (...) pas céder à on ne sait quel vertige métaphysique que de se poser la question : Qu'est-ce que la réalité [en ce qui nous concerne, du Droit] ? Se la poser, c'est répondre à une exigence pratique, et donc, d'emblée, théorique. »²² Deux aspects, qui sont en d'autres termes, indissociables.²³ : de la conception théorique du Droit dépend l'identification d'une norme et son application en

²¹ Sylvie Arnaud-Gomez, *op. cit.*, p. 89. « En 1943, il écrit dans ses Carnets : « [...] Il y a du vrai dans toute théorie et [...] aucune des grandes expériences de l'humanité, même si apparemment elles sont très opposées, même si elles se nomment Socrate et Empédocle, Pascal et Sade, n'est a priori insignifiante [...]. Et finalement l'expérience de Nietzsche ajoutée à la nôtre, comme celle de Pascal ajoutée à celle de Darwin, Calliclès à Platon, restitue tout le registre humain et nous rend à notre patrie. » *Ibid.*

²² Claudine Tiercelin, professeur au Collège de France, *Le ciment des choses, Petit traité de métaphysique scientifique réaliste*, Les éditions d'Ithaque, Paris, 2011, p. 36.

²³ Ce qui justifie que dans la seconde partie de la thèse il soit question d'un *dispositif théorico-pratique*.

tant que norme de Droit. Mais pour les professionnels du droit, il n'y a pas vraiment de question. Si le droit est un phénomène social et normatif »²⁴, il est aisé de le distinguer de tout autre phénomène du même ordre. En effet, dès lors qu'une norme peut être imposée par la force aux membres de la cité, on est en présence d'une norme de droit. C'est la sanction prévue par le droit qui est le critère du droit. Sans voir que, comme le fait observer François Brunet, « un droit positif qui prétendrait régir sa propre normativité se condamnerait à n'être pas normatif lui-même ». ²⁵ Ce qui donc, est pourtant le cas avec la conception dominante du droit.

IV. Une pensée de la limitation éthique de la loi par le Droit

11. Penser le Droit avec Camus, c'est penser que sans prétendre rendre compte totalement d'un phénomène aussi complexe que le phénomène juridique (l'incomplétude dont il a déjà été question), il est au moins possible d'en fournir une conception respectueuse de sa nature même — sa nature humaine. C'est ancrer la question du Droit dans la question du sens de l'existence telle qu'elle est posée de la façon la plus radicale qui soit dans *Le Mythe de Sisyphe* et à la suite dans *L'Homme révolté*. Une question qui n'est pas sans résonance shakespearienne (le *to be, or not to be*, du célèbre monologue d'Hamlet) sur ce que peut être ce sens pour un homme confronté au « silence déraisonnable du monde »²⁶, à la fin de non-recevoir opposée à la quête de sens et d'unité de l'esprit humain ; pour un homme qui en vient à délaisser toute espérance en un quelconque arrière-monde, en un quelconque salut divin. Dans le premier des deux essais, qui appartient au cycle de l'absurde, Camus se propose de répondre à « la plus pressante des questions »²⁷ qui n'est autre que celle du « sens de la vie »²⁸, en centrant sa réflexion sur l'acte dont la commission équivaut à lui dénier tout sens : le suicide ; lequel est logiquement tenu pour l'unique « problème philosophique vraiment sérieux (...). Juger que la vie vaut ou ne vaut pas d'être vécue, c'est répondre à la question fondamentale de

²⁴ P. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, introduction générale*, édit. Cujas, 1991, p. 19.

²⁵ François Brunet, *La normativité en droit*, thèse, édit. Maie & Martin, 2011, p. 39.

²⁶ « L'absurde naît de cette confrontation entre l'appel humain et le silence déraisonnable du monde » OC/MS, T. I, p. 238. Une absurdité qui n'est à imputer, ni à un monde parfaitement ignorant de lui-même et de l'homme, ni à ce dernier qui s'y découvre projeté sans raison préconçue. L'absurde, écrit Camus, « c'est ce divorce entre l'esprit qui désire et le monde qui déçoit, ma nostalgie d'unité, cet univers dispersé et la contradiction qui les enchaîne ». OC/MS, T. I, p. 253.

²⁷ OC/MS, T. I, p. 221.

²⁸ *Ibid.*

la philosophie. Le reste, si le monde a trois dimensions, si l'esprit a neuf ou douze catégories, vient ensuite. Ce sont des jeux ; il faut d'abord répondre. »²⁹ Et cette réponse ne consiste pas en un simple acquiescement à la vie. « Je tire de l'absurde, poursuit en effet Camus, trois conséquences qui sont ma révolte, ma liberté et ma passion. Par le seul jeu de la conscience, je transforme en règle de vie ce qui était invitation à la mort — et je refuse le suicide. »³⁰

12. Pour un juriste qui s'efforce de marcher dans les pas de Camus, la réponse à la plus pressante des questions — celle qui a trait au sens du Droit—, s'impose d'elle-même : ce sens est dans la règle de vie qu'il a tirée de l'absurde ; une règle de vie en commun :

- Le Droit ne peut aller contre la vie, il ne peut être une invitation à la mort. À l'inverse, pour le juriste qui s'efforce de penser le droit en dehors de toute préoccupation existentielle et pour qui il ne saurait y avoir de « règle de vie » qui s'impose au droit, il ne saurait y avoir d'obstacle de principe à ce qu'il se fasse « règle de mort ». De mort légale. C'est pour lui dans l'ordre des choses, une loi d'airain, sans doute cruelle, mais que ni un scientifique du droit ni un juge ne sauraient discuter. La question est politique, non juridique.

- Le Droit ne peut avoir d'autre but que la préservation de la vie en commun. *L'homme absurde* reconnaît en même temps que l'absurdité révoltante de sa condition irrémédiablement mortelle, la valeur inestimable, de ce fait même, de son existence terrestre unique et libérée de toute obligation à l'égard de quelque transcendance que ce soit. Mais non libérée de toute obligation à l'égard de ses semblables. Une existence qui lui apparaît au contraire s'il persévère dans sa révolte, indissociable et égale en son fond, à celle de tous les autres hommes embarqués comme lui dans l'odyssée de l'humanité. Une existence que le Droit, dans cette perspective, a pour unique vocation de réguler dans l'intérêt commun et non dans l'intérêt de certains. Un Droit dont la conception est, en d'autres termes, en opposition à toute forme de domination.

13. Dans *L'Homme révolté*, son deuxième essai philosophique (du second cycle, positif), Camus approfondit sa réflexion en ce qui concerne la « règle de vie » découverte dans le premier, et se situe sur un terrain qui ne peut laisser indifférent un juriste qui ne se considère pas nécessairement lié en toutes circonstances par n'importe quelle loi. Camus déclare ainsi

²⁹ OC/MS, T. I, p. 221.

³⁰ *Ibid.*, p. 263. Il n'hésite pas même à écrire qu'« on ne découvre pas l'absurde sans être tenté d'écrire quelque manuel de bonheur » — « le bonheur et l'absurde [qui] sont deux fils de la même terre. Ils sont inséparables. » *Ibid.*, p. 303.

sans ambages qu'« [i]l faut se mettre en règle avec le meurtre », et que « si le meurtre a ses raisons, notre époque et nous-mêmes sommes dans la conséquence. S'il ne les a pas, nous sommes dans la folie et il n'y a pas d'autre issue que de retrouver une conséquence ou de se détourner ». ³¹ Se détourner, c'est ce que fait le juriste neutraliste. Au contraire, le juriste qui pense le Droit avec l'auteur des *Réflexions sur la guillotine* ne peut que faire de la « règle de vie » une règle absolue et condamner le meurtre, qu'il soit le fait d'individus ou de la société — le meurtre légal. Une condamnation sans exception qui vise aussi bien l'auteur de la loi que celui qui l'applique. Ce qui veut dire que ce juriste en refusant que l'on puisse appliquer sans être soi-même un meurtrier une loi qui prescrit la mort, pose par là-même une limite éthique à cette application.

14. Camus après avoir répondu à la question du suicide ou autrement dit du meurtre de soi-même, pose à nouveau pour notre temps, la question du meurtre de l'autre. Une question essentielle et toujours d'actualité pour tous les hommes depuis toujours. La nécessité d'apporter une réponse à la violence dont d'homme est capable, est à n'en pas douter à l'origine de la conception et de l'instauration de normes sociales destinées, sinon à l'éradiquer, au moins à la contenir afin d'assurer la stabilité, et avec elle, la pérennité, de la société. Afin de rompre avec ce que Hobbes désignait par *l'état de nature* antérieur à *l'état civil* où régnait « la guerre de tous contre tous » (*Bellum omnium contra omnes*). Un Etat « naturel » dont on sait qu'il n'est assis sur aucune donnée empirique en dehors du constat fait, génération après génération, de ce que les sociétés humaines qui ne sont pas principalement déterminées par l'instinct, sont aujourd'hui comme hier le théâtre des compétitions incessantes des conceptions et des intérêts jamais parfaitement concordants, de leurs membres. Un état naturel avec Hobbes et les autres philosophes du contrat social ³² sous diverses formes, invoqué pour les besoins d'une pensée fondatrice, face à l'irréductible « insociable sociabilité » de l'homme, d'un ordre commun rationnel. Un besoin de cohérence que ne peut ignorer celui qui entreprend de penser le Droit avec Camus, mais avec lui en s'appuyant, non sur une fiction ³³, non sur un artifice, mais sur

³¹ OC/HR, T. III, p. 64. Dans son livre *Penser avec Albert Camus* (édit. Chronique sociale, 2013, p. 7) Jean-Marie Muller établit un pur et simple parallèle entre la question du suicide posée dans *Le Mythe de Sisyphe* et la question du meurtre posée dans *L'Homme révolté* où Camus « déclinera une autre proposition radicale : il n'y a qu'un problème philosophique vraiment sérieux. C'est le meurtre. »

³² Sont notamment rattachés au *contractualisme* avec Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Locke et notre contemporain John Rawls d'inspiration kantienne, chacun offrant une version différente, mais toujours aussi peu réaliste, des fondements de l'ordre social.

³³ Personne bien entendu n'a jamais été placé en situation de souscrire au *contrat social*. Tout homme est membre d'une société tout simplement parce qu'il est membre d'une espèce sociale. On y reviendra.

ce qui suit au plan des relations avec les autres, de la réponse donnée à la question la plus radicale et concrète qui soit sur le sens même de l'existence humaine.³⁴

15. Reste qu'avec Camus comme avec les contractualistes d'hier et d'aujourd'hui, il s'agit de fonder de façon intelligible « l'état civil » et donc le règne de la loi mais, avec le premier, en intégrant dans cette fondation une instance critique éthique et non seulement politique, dont le Juge est par essence le dépositaire et le maître d'œuvre. Un Juge qui ne saurait détourner son regard des conséquences humaines des jugements qu'il rend sur le fondement de la loi politique. Des conséquences qui peuvent être extrêmes, comme c'est le cas lorsque l'application de cette loi le conduit à prononcer des peines de mort, que ce soit pour des « droit commun » ou des résistants à des régimes liberticides. Une loi dont l'existence n'est pas de l'ordre de la simple hypothèse puisqu'elle est toujours en vigueur aujourd'hui dans de nombreux pays et qu'elle l'a été en France, parfois pour les deux catégories d'accusés et jusqu'en 1981 pour les premiers. En France où il ne peut être garanti qu'elle ne sera plus jamais à l'ordre du jour du législateur. Ce qui ne devrait pas manquer de faire réfléchir sur le droit tel qu'il est en général compris par lui-même et ses pairs, le juriste et singulièrement le juge sur la limite de son obéissance à la loi, de l'obéissance à la loi de celui qui a pour mission de dire le droit. Un juge qui en tant que tel, est nécessairement du côté de l'ordre, mais non pour autant de n'importe quel ordre défini par n'importe quel pouvoir politique. Un juge qui est du côté de la paix sociale mais qui ne l'est pas nécessairement à n'importe quel prix humain. Une réflexion sur le respect de la vie humaine à laquelle conduit nécessairement, non sans nuances, la pensée du Droit et de l'office du Juge avec Camus.

16. Camus est un pacifiste, mais qui a refusé que son pacifisme soit sans limite, qu'il puisse le conduire à accepter, de fait, que l'on puisse assassiner des d'innocents, à laisser le champ libre aux bourreaux. C'est pourquoi il est entré dans la Résistance, ne pouvant ignorer la nature criminelle de l'envahisseur nazi. Pour lui, tout n'est pas permis, même de ne rien faire au nom d'une philosophie de la non-violence éminemment respectable, mais qui cesse de l'être quand elle conduit à se désolidariser des victimes de la violence. On ne peut pas continuer à rouler son rocher de Sisyphe alors qu'on assassine autour de soi. « [S'i]l faut imaginer Sisyphe

³⁴ Avec le passage de la révolte solitaire à la révolte solidaire : du constat de la solitude de l'homme dans l'univers, au constat du fait, de la nécessité et de la valeur, de la solidarité.

heureux »³⁵, il faut aussi l'imaginer révolté par l'injustice commise par celui qui considère que seule compte la satisfaction de ses pulsions, de ses désirs, de ses phantasmes, qui ne voit aucun frein moral dans le malheur des autres et en particulier celui qu'il provoque. « Camus, explique Jean-François Mattéi, est fasciné, d'un point de vue ontologique et éthique par le mot terrible d'Ivan Karamazov dans *Les Démons*, le roman de Dostoïevski qu'il a adapté au théâtre en 1959 sous le titre « *Les possédés* », où « Le personnage principal s'écrie que si Dieu n'existe pas, « tout est permis ». ³⁶ Mais tout n'est permis en l'absence de toute transcendance et donc de toute sanction touchant au salut, que si le révolté ne dépasse pas le stade primaire du désarroi éprouvé face à l'injustice de la condition et de la révolte possiblement stérile qu'il engendre. Un premier temps où le révolté se trouve en quelque sorte placé devant un embranchement : d'un côté le nihilisme, de l'autre, avec Camus, non un grand « oui » sans limites à tout ce qui est, mais un « oui » sans restriction à toutes les richesses dont la vie est grosse, pour soi *et* pour tous.

17. Camus grand lecteur et admirateur de Nietzsche, partage avec lui l'idée que « le nihiliste n'est pas celui qui ne croit à rien, mais celui qui ne croit pas à ce qui est »³⁷, mais il s'oppose aussi à lui en ce qu'il « ne peut se résoudre à l'*amor fati* (...), au consentement du monde tel qu'il est, à l'affirmation absolue. Il centre sa pensée sur la notion de révolte, mais celle-ci, telle qu'il la comprend, joint le refus au consentement. »³⁸ Le refus de l'injustice faite

³⁵ OC/MS, T. I, p. 304.

³⁶ Jean-François Mattéi/Aseyne, *Comprendre Camus*, Max Milo Edit., 2013, p. 36. « La conclusion du syllogisme implicite — Dieu interdit les actes mauvais ; or, Dieu n'existe pas ; donc tous les actes, y compris les actes mauvais, sont permis — est irréfutable ». *Ibid.* Dans *Les Frères Karamazov*, Ivan explique « que sur la terre il n'est rigoureusement rien qui force les hommes à aimer leurs semblables, qu'il n'existe aucune loi de la nature ordonnant à l'homme d'aimer l'humanité et que s'il y a eu et qu'il y ait encore l'amour sur la terre, ce n'est pas en vertu d'une loi naturelle, mais uniquement parce que les hommes croyaient en leur immortalité. (...) de sorte que si l'on détruit dans l'humanité la foi dans son immortalité, cela fera tarir aussitôt, en elle non seulement tout amour, mais encore toute force vive qui permette de continuer la vie du monde. Bien mieux, il n'y aura plus rien d'immoral, tout sera permis, même l'anthropophagie. » Pour « tout individu (...) qui ne croit ni en Dieu ni en son immortalité, la loi morale de la nature doit immédiatement devenir le contraire absolu de l'ancienne loi religieuse, et (...) l'égoïsme poussé jusqu'à la scélératesse doit non seulement être permis à l'homme, mais reconnu pour une issue indispensable, la seule raisonnable et presque la plus noble dans sa situation. » Mais lui rétorque un autre personnage : « Toute sa théorie n'est que bassesse. L'humanité trouvera en elle la force de vivre pour la vertu, même sans croire à l'immortalité de l'âme. Elle la trouvera dans l'amour de la liberté, de l'égalité, de la fraternité. » Dostoïevski, *Les Frères Karamazov*, édit. Fata Morgana, Genève, 1974, p. 108-109 et 127.

³⁷ DAC, p. 609.

³⁸ *Ibid.*, p. 606-607.

à l'homme par l'homme qui, contrairement à celle de la condition ³⁹, n'est pas irrémédiable. Le refus de considérer qu'occuper la place du tueur ou de la victime, qu'être un monstre ou un saint (qui peut être laïc), n'est qu'une affaire de personnalité, « [d']aptitudes » et de circonstances. Comme le fait observer Camus, « Si l'on ne croit à rien, si rien n'a de sens et si nous ne pouvons affirmer aucune valeur, tout est possible et rien n'a d'importance. Point de pour ni de contre, l'assassin n'a ni tort ni raison. On peut tisonner les crématoires comme on peut aussi se dévouer à soigner les lépreux. Malice ou vertu sont hasard ou caprice ». ⁴⁰ De même que si l'on ne croit pas en l'existence d'une exigence éthique au fondement du Droit « tout est possible et rien n'a d'importance » : certes le juge ne tisonnera pas lui-même les crématoires, mais les jugements qu'il rendra en application de la loi qui les aura prévus, organisés et aura désigné ceux qui y sont destinés, auront pour effet que d'autres le feront.

18. Le « scientifique du droit » et le Juge neutralistes peuvent bien entendu à titre personnel, condamner une telle loi au nom de principes moraux, religieux ou philosophiques ; mais pour eux, rien ne saurait s'opposer à la reconnaissance de la légitimité et de la validité juridiques des lois quelles qu'elles soient, dès lors qu'elles émanent d'autorités capables de les produire et de les faire appliquer au besoin par la force. Les motivations de ces autorités et les conséquences éventuellement inhumaines de leurs lois, n'ayant rien à voir avec leur juridicité. Le fait pour le savant comme pour le juge de reconnaître valeur de droit à une loi qui entraîne les conséquences humaines les plus terribles, n'implique de leur part aucun jugement de valeur susceptible de les engager. Ni le juge qui va en conséquence l'appliquer comme n'importe quelle autre règle de droit, ni l'universitaire qui va l'enseigner à ses étudiants au même titre qu'une loi relative à l'hypothèque légale entre époux. Penser le Droit avec Camus, c'est au contraire considérer que se déclarer neutre n'est jamais neutre, et ce, même si la neutralité professionnelle est prescrite par la loi. Une loi qui n'est une loi que par et pour des hommes à défaut d'être une loi divine, prescrite d'en haut et sans débat. Une loi qui n'a, qui ne peut avoir de sens qu'humain, commun à tous les hommes. ⁴¹ Un homme qui, « si c'est un homme » selon

³⁹ Une injustice de la condition qui évidemment n'en est pas ou n'en est plus une, pour celui qui admet que l'univers est un pur « en soi ». Il s'agit autrement dit d'un simple sentiment ; celui éprouvé par l'homme qui ne peut pas concevoir qu'il n'y ait pas de volonté de raison qui préside à son apparition dans l'univers.

⁴⁰ OC/HR, T. III, p. 65.

⁴¹ Il est question aujourd'hui non seulement classiquement de protéger les animaux au moyen d'une réglementation destinée à leur éviter de mauvais traitements, mais de leur accorder des droits en tant que sujets de droit (et même à des éléments naturels tel par exemple qu'une rivière) ; mais il va de soi que cela n'a de sens que pour des hommes qui, parce que ce sont des hommes, se reconnaissent une responsabilité à leur égard.

la formule si saisissante de simplicité et de profondeur de Primo Lévi ⁴², ne peut jamais renoncer à sa responsabilité d'homme à l'égard des autres hommes. Un homme qui ne peut jamais sans lâcheté ou hypocrisie, pour échapper à cette responsabilité, se dissimuler derrière un statut social quel qu'il soit ; qui ne peut renoncer, s'il est savant ou juge, à poser une limite humaine à la qualification de « droit » d'une loi et donc à son application en tant que tel.

V. Une révolte contre l'injustice qui rompt la solidarité

19. L'injustice est éprouvée avec la même insupportable évidence par tous les hommes qui ne sont pas totalement brisés par la vie, asservis, aveuglés par l'idéologie. Comme l'écrit Paul Ricœur : « C'est d'abord à l'injustice que nous sommes sensibles. « Injuste ! Quelle injustice ! » nous écrions-nous. C'est bien sur le mode de la plainte que nous pénétrons dans le champ de l'injuste et du juste. Et, même au plan de la justice instituée, devant les cours de justice, nous continuons de nous comporter en « plaignants » et de « porter plainte ». Or le sens de l'injustice n'est pas seulement plus poignant, mais plus perspicace que le sens de la justice : car la justice est le plus souvent ce qui manque et l'injustice ce qui règne. Et les hommes ont une vision plus claire de ce qui manque aux relations humaines que la manière droite de les organiser ». ⁴³ La manière droite qu'il revient cependant au Droit et au Juge pour le Dire, de s'efforcer de concevoir et de respecter. De l'injustice, en l'absence même de toute élaboration conceptuelle, philosophique, tout le monde a fait l'expérience et le plus souvent des trois côtés : de la victime, du bourreau et du témoin.

20. Cette expérience est toujours significative, même à très petit niveau. Surtout, à très petit niveau. Ainsi par exemple de l'instituteur qui, dans la cour de récréation, a accusé sur dénonciation et sans vérification suffisante, un élève du cours préparatoire d'avoir chapardé le sac de billes d'un copain. On est bien loin de l'erreur judiciaire qui a valu à l'accusé dix ans de travaux forcés. ⁴⁴ Mais l'instituteur se sera néanmoins longtemps souvenu du trouble profond,

⁴² Primo Levi, *Si c'est un homme*, titre de son livre autobiographique qui relate son expérience concentrationnaire à Auschwitz, publié en Italie en 1947 (*Se questo è un uomo*) avant de l'être en plusieurs langues. Le titre de l'ouvrage est extrait d'un poème du même auteur intitulé *Shema* où il exhorte le lecteur à se souvenir de ce que furent « les camps de la mort ».

⁴³ Paul Ricœur, *Soi-même comme un autre*, VII, Points-Seuil, p. 231.

⁴⁴ Comme ce fût le cas entre autres exemples en 1945 pour Jean Dehays accusé d'avoir tué un fermier et tenté d'assassiner son épouse ; innocenté et acquitté à la suite d'un procès en révision, en 1955.

du rougissement, des pleurs — du scandale moral —, qu'il a provoqués ; et des excuses et explications embarrassées qu'il lui a fallu présenter pour rétablir la justice, tant aux yeux de l'accusé que de ses camarades témoins de la scène. Comment ne pas voir dans la réaction d'un enfant de cinq ans, spontanée, irréfléchie, de tout l'être, une donnée rapportable à la nature humaine ou autrement dit anthropologique au sens de ce qui, au-delà de la diversité des cultures dans l'espace et dans le temps, participe de l'unité de l'homme. Une donnée que vérifie à l'autre bout de l'échelle une organisation telle qu'*Amnesty international* qui se présente sur son site comme un « mouvement mondial regroupant plus de sept millions de personnes qui prennent l'injustice comme une affaire personnelle. » Une affaire personnelle qui est plus que toute autre l'affaire de tous. Autant dire affaire de solidarité.

21. Avec Camus aussi, la révolte est d'abord de l'ordre de l'expérience sensible. Elle n'est qu'ensuite, dans un second temps, sans pour autant devoir jamais se couper de sa source émotionnelle, sentimentale, un objet de réflexion philosophique et d'expression romanesque et dramaturgique. Ainsi pour s'en tenir à quelques exemples pris dans le cycle de l'absurde, avec Mersault (*La mort heureuse*), Martha (*Le Malentendu*) et Caligula (dans la pièce éponyme). Trois personnages qui, chacun à sa manière, « se révoltent contre la condition mortelle qui est faite à l'être humain ». ⁴⁵ Lequel se découvre perdu dans un monde qui l'ignore, comme « coincé » pour le court moment d'un retournement de sablier, entre les deux infinis pascaliens ⁴⁶ ; mais que sa condition tragique, avec Camus, ne voue nullement au désespoir. Dans *La Peste* qui appartient au second cycle (celui de la révolte), se manifeste le passage de la solitude à la communauté. « Rambert qui veut quitter la ville malgré la quarantaine pour rejoindre la femme aimée, découvrira « [qu'] il peut y avoir de la honte à être heureux tout seul ». ⁴⁷ Une situation qui, avec le sujet d'une pandémie, n'est pas sans rappeler celle, d'actualité, générée par le coronavirus qui, elle-aussi, met à l'épreuve toute une population, non plus d'une ville, mais d'un pays et en fait potentiellement de la planète entière. Avec très précisément les mêmes questions posées à chacun et à tous quant au comportement à adopter :

⁴⁵ DAC, p.781.

⁴⁶ « Je vois ces effroyables espaces de l'univers qui m'enferment, et je me trouve attaché à un coin de cette vaste étendue, sans que je sache pourquoi je suis plutôt placé en ce lieu qu'à un autre, ni pourquoi ce peu de temps qui m'est donné à vivre m'est assigné à ce point plutôt qu'à un autre de toute l'éternité qui m'a précédé et de toute celle qui me suit. » Pascal, *Pensées*, édit. Havet, art. IX, p. 160-161. Camus a été un lecteur assidu de Pascal.

⁴⁷ DAC, p. 783.

soit chercher par tous les moyens, y compris éventuellement en compromettant la sauvegarde d'autrui, à assurer sa sauvegarde personnelle ; soit participer le plus activement possible à la lutte collective contre le fléau.

22. *La Peste* correspond au « cycle de la révolte », « positif », de l'œuvre de Camus où, « à travers l'action ou les propos des personnages, se dessinent quelques éléments d'une éthique propre à donner sens à l'existence humaine. Éthique faite d'abord d'une pratique de l'honnêteté. Rieux, comme Rambert ou comme Grand sont à la recherche d'un langage authentique, refusant les grands mots et les phrases toutes faites, les faux-semblants. Rieux donne un sens plus profond au mot en disant que la seule façon de lutter contre la peste, c'est l'honnêteté qui consiste dans son cas, dit-il, à bien faire son métier : son métier de médecin, son métier d'homme. »⁴⁸ On sait que *La peste* qui se situe dans les années 1940 est une métaphore de la « pandémie » nazie. En quoi pour un magistrat qui se serait appelé Rieux, aurait pu consister « bien faire son métier » de magistrat *et* d'homme ? Accepter de condamner ceux qui résistaient au fléau ou s'y refuser en considérant que la loi qui le prescrit n'est pas digne d'être qualifiée de Droit ? Peut-on penser un seul instant qu'un Rieux aurait pu honnêtement faire valoir pour condamner, sa prétendue neutralité de magistrat ?

23. Il s'agit de passer outre à la tentation du nihilisme, du cynisme, de l'égoïsme. Il s'agit de comprendre qu'à la révolte qui la sous-tend — la révolte née au plan métaphysique « du spectacle de la déraison devant une condition injuste et incompréhensible »⁴⁹ et au plan de l'existence concrète d'événements tels que ceux évoqués ci-dessus — que peut et que doit si l'on n'est pas totalement perdu à l'humanité, succéder une autre révolte. Celle que Camus a formulé en la forme d'un cogito qui clôt le premier chapitre de *L'Homme révolté* : « Je me révolte donc nous sommes ». ⁵⁰ Une révolte qui loin d'être une cause de désordre, est au contraire, avec la solidarité, source vive d'un ordre humain qu'un Droit humain a vocation à garantir. Le désordre, qui peut être le fait de la loi, consistant alors en une rupture de la solidarité. « Pour être, écrit Camus, l'homme doit se révolter, mais sa révolte doit respecter la limite qu'elle découvre en elle-même et où les hommes, en se rejoignant, commencent

⁴⁸ *Ibid.* p. 667.

⁴⁹ OC/HR, T. III, p. 79.

⁵⁰ *Ibid.*

d'être. »⁵¹ Et cessent d'être des hommes, lorsqu'ils commettent de graves insolidarités. ⁵² Autrement dit, le révolté doit demeurer fidèle à la limite qu'impose la solidarité pour ne pas tomber ou retomber dans l'injustice que sa révolte avait précisément pour objet de refuser. Une limite que le révolté, s'il est Juge, doit opposer à l'application de la loi elle-même, lorsqu'elle la franchit sans vergogne.

24. Ce qui, on le comprend immédiatement, conduit le juriste d'une conception moniste du Droit qui considère qu'il se confond avec la loi en tant qu'expression sans limite *a priori* de la volonté du pouvoir politique, à une conception dualiste qui considère qu'outre sa dimension politique, le Droit comporte une dimension éthique fondée sur la Solidarité. Une dimension qu'il appartient, par essence, au Juge — à celui à qui il échoit de *Dire le Droit* —, d'interpréter et d'opposer le cas échéant à l'application de loi. Une conception bidimensionnelle du Droit qui n'implique aucune hiérarchie entre la loi et le Droit. Il ne saurait évidemment être question d'éliminer ou même simplement de reléguer la loi en tant qu'expression de la volonté et forme normative de l'action du pouvoir politique législateur, à un second rang. Il ne saurait y avoir de Droit sans un ensemble politique, assimilé aujourd'hui à l'État, avec à sa tête un pouvoir organisé et disposant de la force pour faire régner l'ordre en son sein. Mais il ne saurait non plus y avoir de Droit, distingué de l'exercice de la force et de la domination — et donc d'État de Droit —, là où ce pouvoir peut légiférer sans limite intrinsèque au Droit ; même si ce pouvoir dispose d'une légitimité des urnes, qui ne constitue nullement une garantie contre l'arbitraire. ⁵³ Un équilibre, auquel toute la pensée de Camus incline, doit donc être recherché dans le respect des deux nécessités, politique et juridique, dans un même souci de réalisme.

VI. Un rejet lucide et sans exception de l'idéologie

25. L'œuvre et la biographie de Camus démontrent un profond ancrage dans la réalité, certainement favorisé par une enfance vécue dans le plus grand dénuement. ⁵⁴ Une attention

⁵¹ OC/HR, T. III, p. 79.

⁵² Un terme dont on trouve une première occurrence dans le livre de Proudhon *De la justice* : « Pour qui considère nos habitudes de licence, nos goûts de calomnie, notre esprit d'insolidarité, notre insouciance du bien public. »

⁵³ On sait depuis longtemps que les urnes peuvent ne constituer qu'une étape pour les partisans des régimes autoritaires, voire dictatoriaux. Actuellement au sein même de l'Union Européenne et contre ses valeurs affichées, les régimes illibéraux de Pologne et de Hongrie notamment, en font encore la démonstration.

⁵⁴ Décrite dans *Le Premier Homme* dont le caractère autobiographique, ne fait aucun doute.

constante à la réalité qui explique qu'il ait dénoncé et combattu également toutes les idéologies, qu'elles soient cataloguées de droite ou de gauche, dont le fascisme, le nazisme (à ses risques et périls en entrant dans la Résistance) et le stalinisme ont été des manifestations monstrueuses.

⁵⁵ Cela explique aussi son rejet de la pensée qui, en amont de l'idéologie, même appuyée au départ sur des faits, et notamment sur la misère des peuples, finit par s'en détacher et se nourrir d'elle-même, s'autoproduire et s'ériger en vérité absolue. C'est le refus d'une certaine abstraction dont la philosophie allemande a fourni les patrons.⁵⁶ Notamment avec l'idéalisme absolu de Hegel développé dans *La phénoménologie de l'esprit*, dont « On peut dire assurément, note Camus [qu'il] a rationalisé jusqu'à l'irrationnel. Mais en même temps [qu'il a donné] à la raison un frémissement déraisonnable [en y introduisant] une démesure dont les résultats sont devant nos yeux. »⁵⁷

26. Ainsi de la démesure, exemplairement calamiteuse, de la révolution communiste bolchévique menée avec la promesse mensongère d'une fin heureuse de l'histoire. Une révolution pendant laquelle les valeurs de vérité, de raison et de justice « ont cessé d'être des repères pour devenir des buts. Quant aux moyens d'atteindre ces buts (...) aucune valeur préexistante ne pouvait les guider. Au contraire, une grande partie de la démonstration hégélienne [qui l'a inspirée sous la médiation de Marx et de Lénine consistait] à prouver que la conscience morale, dans sa banalité, celle qui obéit à la justice et à la vérité (...) compromet, précisément, l'avènement de ces valeurs. La règle de l'action [était] donc devenue l'action elle-même qui [devait] se dérouler dans les ténèbres en attendant l'illumination finale. La raison, annexée par ce romantisme, [n'étant] plus qu'une passion inflexible. »⁵⁸ Un refus lucide de l'abstraction chez Camus comme chez Nietzsche⁵⁹, qui l'oppose à Sartre lui-même largement

⁵⁵ « Le philosophe déconstruit le fascisme sans souci de savoir s'il est brun ou rouge, s'il sévit au nom de la race ou du prolétariat, s'il sert Dieu ou le Diable. Au contraire des partisans ayant renoncé à leur intelligence et à leur esprit critique. » Michel Onfray, *op. cit.*, p. 317-318. On sait que Camus avec Gide, dénoncera précocement le stalinisme, contrairement notamment à Sartre. Pour Camus « la peste est la peste, il n'y en a pas de bonnes clairement distinctes des mauvaises : elles sont toutes condamnables. » *Ibid.*, p. 342.

⁵⁶ Métaphoriquement, au sens que prend le mot en couture.

⁵⁷ OC/HR, T. III, p. 171.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 175.

⁵⁹ « Ils ont tous deux, écrit Maurice Weyembergh, le goût classique et l'amour de la Grèce (particulièrement de la Grèce présocratique). Ils n'aiment ni l'un ni l'autre le système et le traité et lui préfèrent l'essai et l'aphorisme ». DAC, p. 605. Camus n'a rien écrit de semblable, non par incapacité mais pour des raisons de fond, à Être et temps (Heidegger) ou à *L'être et le néant* (Sartre).

inspiré de la philosophie allemande dans son bourgeonnement phénoménologique du siècle dernier (singulièrement Husserl et son disciple Heidegger), et se retrouve dans ses choix d'expression : préférer l'essai au traité et la figure de l'artiste et du journaliste à celle du philosophe. Un refus qui n'exprime donc pas de simples préférences, mais un sincère et lucide engagement pour une vérité relative et une transformation sociale tenable. Dans ses *Carnets*, Camus écrit que « La volonté de système est un manque de loyauté. »⁶⁰ Ce qu'il veut dire par là, c'est que toutes les idéologies trahissent, avec la réalité, tous ceux qu'elle entraîne dans son sillage.⁶¹

27. Un exemple majeur d'une telle « volonté de système », d'une telle trahison de la réalité dans le domaine du Droit, est donné par la *Théorie pure du droit* kelsenienne et ses différents avatars ou surseigns plus ou moins directs et fidèles. Une théorie idéologique qui aboutit à l'assimilation du Droit à « ce qui dans les faits, est appelé droit »⁶², c'est-à-dire pour être plus précis à « ce que le pouvoir présente tel quel comme du droit. »⁶³ Et ce, au nom d'une prétendue science du droit dont la vision aujourd'hui la plus radicale est fournie par une théorie réaliste de l'interprétation qui « tout en prescrivant une objectivité radicale au scientifique (...) est condamnée à stipuler ce qu'elle cherche, c'est-à-dire à reconstruire un objet factuel, susceptible d'être connu par elle. »⁶⁴ Autrement dit, un objet qui n'est pas le Droit lui-même puisque cette théorie « récuse toute espèce d'ontologie juridique »⁶⁵, mais celui, artificiel, qu'elle s'est fabriquée pour les besoins d'une science imaginaire, éthérée, libre de toute attache métaphysique. Il n'est donc pas question, dans une telle vision, de normativité du Droit mais, en réalité, que ce soit délibéré ou non, de normativité politique, puisque c'est le pouvoir politique et lui seul qui, en définitive, décide de ce qui est ou de ce qui n'est pas, du Droit. Un droit qui, autrement dit, n'a pas d'existence en dehors de lui.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 606.

⁶¹ « [L'] idéologie substitue à la réalité vivante une succession de raisonnements qui [sacrifie] le réel à la déduction abstraite. » OC/A2, T. III, p.401 Parmi les idéologies contemporaines on peut mentionner en bonne place celle du marché, du capitalisme sans frein et sans frontière dont la forme néolibérale financière mondialisée actuelle est sans doute la plus aboutie.

⁶² François Brunet, *op. cit.*, p. 48.

⁶³ *Ibid.*, p. 41.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 41-42.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 42.

28. Un juriste camusien, attentif en tant que tel au réel, ne peut que réfuter une telle conception. Une conception qui prive le Droit qui est de bout en bout une création des hommes par des hommes pour des hommes, de sa spécificité. De la spécificité de la sociabilité humaine qui n'est pas moins naturelle que celle de autres espèces sociales, mais qui, n'étant pas ordonnée, en tout cas essentiellement, par l'instinct, l'est par des choix et donc par des valeurs. Cette sociabilité est l'un des aspects essentiels de la *nature humaine* dont Camus déduit l'existence de « L'analyse de la révolte ». ⁶⁶ « Pourquoi se révolter s'il n'y a, en soi, rien de permanent à préserver ? C'est pour toutes les existences en même temps que l'esclave se dresse, lorsqu'il juge que par tel ordre, quelque chose en lui est nié qui ne lui appartient pas seulement, mais qui est un lieu commun où tous les hommes, même celui qui l'insulte et l'opprime — le bourreau —, ont une communauté prête » ⁶⁷; précisant dans un renvoi en bas de page, comme aurait pu le faire Spinoza : « La communauté des victimes est la même que celle qui unit la victime au bourreau. Mais le bourreau ne le sait pas ».

29. L'affirmation de l'existence d'une nature humaine, qui renvoie à l'idée d'une communauté humaine de principe, oppose sur ce point essentiel Camus à Sartre ⁶⁸ pour qui « l'homme existe d'abord, se rencontre, surgit dans le monde, et (...) se définit après » ⁶⁹ ; ou autrement dit pour lui, selon la formule célèbre, « l'existence précède l'essence (...) il n'y a pas de nature humaine ». ⁷⁰ Pour Camus, prétendre que l'homme « n'est d'abord rien » ⁷¹, c'est aller non seulement contre un bon sens spontané qui n'est évidemment pas infallible, mais bien plus contre les faits tels qu'ils apparaissent à l'expérience de tous ceux qui ont élevé des enfants et ont pu constater la présence, dès leur éveil, de tout ce qui fait l'homme. Il ne s'agit pas pour autant pour lui d'opter pour l'essentialisme contre l'existentialisme, mais de dépasser cette opposition traditionnelle de l'ontologie dans une conception qui admet que l'homme naît, comme tous les êtres vivants, avec des dispositions communes à tous les membres de son

⁶⁶ « L'analyse de la révolte conduit au moins au soupçon qu'il y a une nature humaine, comme le pensaient les Grecs, et contrairement aux postulats de la pensée contemporaine. » OC/HR, T.III, p.73.

⁶⁷ OC/HR, T.III, p.73-74.

⁶⁸ Sartre dont l'inspiration philosophique puise largement dans la tradition allemande de Hegel à Heidegger, en passant par Marx et Husserl le père de la phénoménologie.

⁶⁹ Jean-Paul Sartre, *L'Existentialisme est un humanisme*, Folio essais Gallimard, p. 29.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

espèce, mais que ces dispositions sont, chez lui, complexes et ouvertes sur un avenir qui ne saurait être un destin.⁷² Et il semble bien que sur ce point comme sur d'autres, la raison est de son côté.

30. En effet, la science la plus contemporaine, la science jusqu'à lors plutôt essentialiste et déterministe, aide à dépasser, avec la notion d'épigénétique, la sempiternelle opposition de l'inné et de l'acquis. Une notion qui permet en effet de comprendre pourquoi et comment « les individus ne sont pas (totalement) « prédéterminés » par leurs gènes »⁷³ ; comment et pourquoi Lamarck et Darwin se trouvent réconciliés à titre posthume. « Avant l'apparition de l'épigénétique, explique ainsi Joël de Rosnay, la plupart des biologistes étaient persuadés que les êtres vivants n'étaient que le produit de leurs gènes. Or nous comprenons depuis peu qu'ils disposent d'un réel potentiel d'action sur leur génome »⁷⁴, qu'une modulation de la mécanique génétique est non seulement possible, mais effective, puisqu'en fait elle « dépend en grande partie de nos comportements, de nos émotions, de nos modes de vie. »⁷⁵ En d'autres termes, « nos choix influencent directement l'expression de nos gènes »⁷⁶ ; lesquels ne font que proposer « des partitions sur lesquelles nous pouvons largement improviser notre « symphonie du vivant. »⁷⁷ Une symphonie dont Camus, au travers de la solidarité conçue comme le fait majeur et la valeur matricielle de la nature humaine, postule l'avènement, ne serait-ce que tendanciellement, au lieu et place de la cacophonie que produit une société oublieuse de ce fait et de cette valeur.

31. La capacité d'improvisation de l'homme ou, en d'autres termes, la liberté qu'il a de concevoir son existence selon diverses « partitions », ne doit jamais lui faire perdre de vue, avec la solidarité, ce qui à la fois la contraint et la rend possible. Car « en voulant la liberté, écrit

⁷² Au sens d'une « Puissance dirigeant le cours des choses et de la vie ». Article *destin* du Dictionnaire de philosophie, édit. Armand Colin, 1995.

⁷³ Joël De Rosnay, *La symphonie du vivant, comment l'épigénétique va changer votre vie*, édit. Les Liens qui Libèrent, 2018, p. 19.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 8.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁷⁷ *Ibid.*

Sartre qui n'est pas sur ce point en désaccord avec Camus ⁷⁸, nous découvrons qu'elle dépend entièrement de la liberté des autres, et que la liberté des autres dépend de la nôtre. (..) Je suis obligé de vouloir en même temps que ma liberté la liberté des autres, je ne puis prendre ma liberté pour but que si je prends également celle des autres pour but. » ⁷⁹ Camus fait dire à Caligula « Ma liberté n'est pas la bonne » après qu'il ait mis « l'Empire comme la cour sens dessus dessous jusqu'à ce qu'il mesure l'illusion de la toute-puissance » ⁸⁰ et avant qu'il ne consente « à mourir pour avoir compris qu'aucun être ne peut se sauver tout seul et qu'il ne peut être libre contre les autres hommes ». ⁸¹ Pour avoir compris que tout empereur qu'il est, il n'en est pas moins soumis aux « limites *a priori* qui esquissent sa situation fondamentale dans l'univers » ⁸², ce qui lui interdisait de demander la lune. ⁸³ Comme l'écrit Sartre, là aussi en accord avec Camus, les « situations historiques » varient, « L'homme peut naître esclave dans une société païenne ou seigneur féodal [ou empereur] ou prolétaire » mais ce « qui ne varie pas, c'est la nécessité pour lui d'être dans le monde, d'y être au travail, d'y être au milieu d'autres et d'y être mortel. » ⁸⁴

32. Mais par contre, Camus n'a jamais cru que le prétendu développement inexorable de l'histoire vers « l'Etat universel et homogène » hégélien selon la formule de Kojève, pourrait un jour conduire à une émancipation totale et définitive des hommes, à une « situation historique » ou plutôt post-historique telle que la politique et le droit assorti de sanction, y perdraient toute utilité. Il n'a jamais cru à cet « âge d'or renvoyé au bout de l'histoire ». ⁸⁵ Il a au contraire constaté que « le rêve prophétique de Marx et les puissantes anticipations de Hegel ou de Nietzsche ont fini par susciter, après que la cité de Dieu eut été rasée, un Etat rationnel ou irrationnel, mais dans les deux cas, terroriste. » ⁸⁶ Et l'on sait quelles virulentes et

⁷⁸ Sartre au fond rejoint Camus sur la question de la solidarité, mais sans voir ou sans vouloir voir, pour ne pas compromettre la pureté de l'« existentialisme », qu'elle implique la présence d'une nature commune.

⁷⁹ Jean-Paul Sartre, *op. cit.*, p. 69-70.

⁸⁰ DAC, p. 109.

⁸¹ OC/CG, T. 1, p. 443.

⁸² J.P. Sartre, *Op. cit.*, p. 60.

⁸³ Ce qu'il fait au premier acte, scène V.

⁸⁴ Jean-Paul Sartre, *op. cit.*, p. 60.

⁸⁵ OC/HR, T. III, p. 239

⁸⁶ *Ibid.*, p. 213.

humiliantes attaques lui vaudra sa condamnation de « la prophétie révolutionnaire »⁸⁷ à la suite de la parution de *L'Homme révolté*, de la part de Sartre et Jeanson, les « compagnons de route » du Parti Communiste, dans la revue *Les Temps modernes*⁸⁸, alors que depuis la fin de la guerre « L'hégélianisme et le marxisme font partie de l'idéologie dominante »⁸⁹ comme l'avait été l'idéologie bourgeoise, au début de son développement.

33. Ce qui n'est certes plus le cas, mais l'idéologie capitaliste n'en est pas moins présente aujourd'hui avec le néo ou l'ultralibéralisme mondialisé qui est lui aussi, par les vertus quasi-divines attribuées au marché, censé apporter au final une forme nouvelle de « l'État universel et homogène ». Désormais domine l'idéologie du bonheur quantifiable, de la marchandisation de tout ; de la croissance continue de la production, de la consommation, du Produit Intérieur Brut. Une société où la seule liberté qui vaille vraiment, est celle du commerce et d'entreprendre dans n'importe quoi et n'importe comment pourvu que ça rapporte. Où l'individualisme régnant bannit la solidarité et commande de substituer aux services publics et à la justice sociale, la charité. « Camus (...) ne nie pas que le développement économique ait contribué au « progrès de la condition matérielle » et donc au progrès social. Mais il rappelle (...) que la « fin de l'histoire dont parlent nos hommes de progrès c'est l'orgie. »⁹⁰ Et les catastrophes qu'elle entraîne en termes d'inégalités sociales toujours plus grandes et de pourrissement de la planète, sont d'ores et déjà en cours. « Mais, écrit le même, la révolte est, dans l'homme, le refus d'être traité en chose »⁹¹, et sa pensée permet de concevoir une révolte contre l'idéologie dominante quelle qu'elle soit. Autrement dit, une révolte contre l'idéologie elle-même, une révolte contre l'*hybris*⁹² intrinsèque à l'idéologie.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 240.

⁸⁸ Il y a en premier l'article de Jeanson, mais surtout celui de Sartre qui le soutient. « Tantôt arrogant tantôt patelin, l'héritier fait la leçon à un boursier susceptible. Il prend le ton d'un professeur rendant sa copie à un cancre. (...) Les formules claquent, blessent. (...) Il s'est renié. Il prêche « la solidarité des classes ». C'est un auteur du passé, un idéaliste, etc. » DAC, p. 823.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 367.

⁹⁰ DAC, p. 726. Pour lui, « la civilisation des dompteurs de machines » n'a pas libéré les travailleurs mais les a astreints à un travail répétitif et en miettes. (...) A ses yeux d'ailleurs, monde capitaliste et monde communiste se valent sur ce plan. » *ibid.*

⁹¹ OC/HR, T. III, p. 277.

⁹² L'*hybris* parfois orthographiée *hubris*, est un concept issu du grec ancien que l'on définit le plus souvent par « démesure », par l'expression sans frein des passions et des idées. Un concept qui convient lorsque l'on s'inspire de Camus qui se réfèrait volontiers à la mythologie grecque où l'*hybris* est châtiée par les dieux.

VII. Un souci permanent de mesure en toutes choses

34. Camus a eu souvent recours à la mythologie. Dans la préface à *L'envers et l'endroit*, il fait de la littérature un effort « pour édifier un langage et faire vivre des mythes. »⁹³ Et, en effet, nombre de mythes sont mobilisés dans son œuvre, à commencer par celui de Sisyphe.⁹⁴ Mais un mythe y est omniprésent : celui de Némésis, déesse de la mesure, pourfendeuse, précisément, de l'*hybris*. Les racines les plus profondes de la pensée de Camus sont grecques. Dans *Actuelles*, il écrit : « Mais je me sens un cœur grec. Et qu'y a-t-il donc dans l'esprit grec que le christianisme ne puisse admettre ? Beaucoup de choses, mais ceci en particulier : les Grecs ne niaient pas les dieux, mais ils leur mesuraient leur part. » En somme, le polythéisme limitait leur rôle individuel et les hommes qui avaient leurs activités propres n'oubliaient pas qu'ils n'étaient que des mortels. [Et] Dans *L'Homme révolté*, il note : « Les Grecs n'enveniment rien. Dans leurs audaces les plus extrêmes, ils restent fidèles à cette mesure, qu'ils avaient déifiée. »⁹⁵ Mais une recherche de la mesure qui n'est pas, qui n'est surtout pas, la recherche d'une solution moyenne. Dans *Carnets III*, il est parfaitement clair : « Mesure. Ils la considèrent comme la résolution de la contradiction. Elle ne peut être rien d'autre que l'affirmation de la contradiction et la décision héroïque de s'y tenir et d'y survivre. » Il s'agit donc d'une mesure toujours sous tension qui, loin d'être contradictoire avec celle de révolte, est ce qui lui confère sa singularité et permet de la distinguer de la révolution affranchie pour la réalisation de ses fins, de toute limitation, notamment morale, quant aux moyens.

35. Pour Camus, s'il peut et s'il doit y avoir « au sein de nos sociétés, accroissement dans l'homme de la notion d'homme »⁹⁶, ce progrès n'est possible que partiel, toujours plus ou moins ambivalent, jamais totalement acquis et donc toujours à conquérir ou reconquérir. Mais ce qui, loin de tout conservatisme, de tout renoncement, va au contraire de pair avec une vigilance constante et sourcilleuse, en révolte contre toutes les formes de négation ou de

⁹³ OC/EE, T. I, p. 38.

⁹⁴ Mais aussi Prométhée, Dionysos, le Minotaure, Hélène, Achille, Œdipe, Antigone, Caïn, Abel, etc.

⁹⁵ DAC, p. 546. La mesure représente une « composante majeure fondamentale de l'esprit hellénique. » *Ibid.*, p. 601.

⁹⁶ OC/HR, T. III, p. 77. Ce qui est une autre façon, plus sociale, de reformuler l'antique invitation faite à l'homme de « devenir ce qu'il est », non pas en tant qu'individu (que « moi ») mais en tant qu'être humain possesseur indivis d'une commune nature qu'il lui appartient de dévoiler et de développer.

régression de ce progrès. Une vision à la fois modeste ⁹⁷, réaliste et exigeante qui aujourd'hui conduit notamment celui qui la partage, à militer activement pour une modération ambitieuse et concertée, à l'échelle mondiale, de la consommation et donc de la production couplée avec un renforcement de la solidarité à l'intérieur des peuples et entre les peuples. C'est une action sans laquelle il y a peu de chances d'éviter les grands déséquilibres annoncés et déjà présents (climatiques, sociaux, économiques, migratoires, etc.), générateurs de conflits et de guerres possiblement fatales à l'humanité compte tenu des capacités de destruction massive dont elle s'est dotée contre elle-même ⁹⁸, et cela, malgré l'existence de très nombreuses instances Internationales et la signature de multiples déclarations et conventions, Censées éviter, précisément, d'en arriver là.

36. Il suffit d'un bref rappel de tels périls et d'une telle impuissance, pour comprendre que la loi la plus généreuse, la plus solidaire, même située au sommet de la pyramide des normes ⁹⁹, même commune à une partie importante des grands ensembles politiques que compte la planète via toutes sortes de traités, ne saurait préserver efficacement la cité et à plus forte raison l'humanité entière, de l'incurie, de l'indifférence à l'intérêt général, de l'insolidarité dont font preuve un grand nombre d'« élites » dirigeantes. Aucun progrès significatif n'est possible sans le soutien d'une « société civile globalisée », capable de se faire entendre de tous les pouvoirs

⁹⁷ Une vision modeste en ce qui concerne les choses humaines, qui rejoint une vision scientifique elle-même à la fois plus puissante et plus modeste : « Les quanta, la relativité jusqu'à présent, les relations d'incertitude, définissent un monde qui n'a de réalité définissable qu'à l'échelle des grandeurs moyennes qui sont les nôtres. Les idéologies qui mènent notre monde sont nées du temps des grandeurs scientifiques absolues. Nos connaissances réelles n'autorisent, au contraire, qu'une pensée des grandeurs relatives. « L'intelligence, dit Lazare Bickel, est notre faculté de ne pas pousser jusqu'au bout ce que nous pensons afin que nous puissions croire encore à la réalité ». La pensée approximative est seule génératrice de réel. » OC/HR, T. III, p. 313-314.

⁹⁸ De la nécessaire révolte pacifique, la jeune Greta Thunberg est une incarnation. Lorsqu'à l'ouverture du sommet pour le climat de l'ONU le 23 septembre 2019 elle s'exclame d'une voix tremblante d'émotion et de colère — « Comment osez-vous ? Vous avez volé mes rêves et mon enfance avec vos paroles creuses ». « Des écosystèmes entiers s'effondrent, nous sommes au début d'une extinction de masse, et tout ce dont vous parlez, c'est d'argent, et des contes de fées de croissance économique éternelle ? Comment osez-vous ! » Quoi qu'on puisse penser d'elle, on ne peut lui dénier toute légitimité vu son âge, à interpeller les dirigeants du monde entier qui manifestement ne font rien pour changer en profondeur un système économique en effet fondé sur une « croissance économique éternelle » aussi irréaliste que calamiteuse. Avec le capitalisme débridé qui règne en maître depuis la chute du mur de Berlin, accommodé à toutes sortes de régimes politiques y compris les plus autoritaires, avec les dégâts environnementaux qu'il a provoqués, une fin ou en tout cas un avenir de l'espèce plus ou moins cataclysmique en l'absence d'une révolte des consciences et des comportements générale et effective, est fort probable. En effet, malgré les grandes cérémonies rituelles annuelles des conférences mondiales sur le climat (les « COP) depuis le protocole de Kyoto de 1997, les objectifs assignés sans contrainte aux états signataires (dont ne font pas partie la Chine, la Russie, le Japon, le Canada et les USA) sont bien loin d'être atteints. Y compris en France malgré l'intégration en 2005 de la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité.

⁹⁹ Et pourvue comme en France d'un bloc de constitutionnalité et d'un bloc de conventionnalité pétris de principes éthiques généreux.

politiques à tous les échelons institutionnels, du local au global. Un soutien dont on peut peut-être voir les prémises, dans les manifestations transnationales de plus en plus fréquentes autour, notamment, de l'écologie et de l'antiracisme. La « globalisation » ne doit plus être qu'économique et financière, mais aussi et surtout sociale. Mais encore faudrait-il qu'émerge en parallèle une justice elle-même globalisée. Une justice qui transcende les particularismes normatifs nationaux, qu'il serait sans aucun doute illusoire d'attendre d'on ne sait quel « concert des nations » revisité après la faillite de la SDN et l'incapacité avérée de l'ONU à empêcher efficacement les catastrophes humanitaires, y compris aujourd'hui climatiques.

37. Ce qu'il faut aujourd'hui, ce sont des contre-pouvoirs à des pouvoirs politiques trop souvent sourds aux aspirations des peuples. Dont la représentativité lorsqu'ils sont ceux des démocraties, ne repose plus guère que sur la loi électorale qu'ils ont édictée et non sur l'existence d'un choix réellement majoritaire, faute d'une offre politique qui permette un tel choix. Des contre-pouvoirs doivent naître au nom de la solidarité humaine, de sa nécessité, pour favoriser l'émergence d'une véritable démocratie ; parmi lesquels une « justice globalisée » au sens d'une justice rendue au nom d'un Droit qui comporte une même dimension éthique quel que soit le droit positif du pays considéré, fondée sur cette solidarité sans laquelle aucun des défis auxquels est confrontée l'humanité ne sera relevé. Une justice qui ne peut qu'être le fait des juges eux-mêmes. Des Juges de n'importe quels pays, capables d'éprouver un sentiment de révolte devant les conséquences humainement inacceptables d'une loi, et capables d'en refuser pour cette raison même l'application. Capables de poser une limite à leur neutralité. Une Justice dont la justice du « pays des Droits de l'homme » pourrait s'efforcer de donner l'exemple pour commencer à donner corps à l'utopie raisonnable d'une Justice globalisée fondée sur la solidarité.

38. En fait, cette limite est double : il y a celle que doit comporter la loi pour ne pas être un simple instrument de domination au service d'un pouvoir politique sans frein, mais il y a aussi celle que doit comporter l'office du Juge pour ne pas se transformer, lui-même, en un simple instrument de domination, en apparence judiciaire, mais en fait politique. Toute révolte, du juge comme de n'importe qui, doit être mesurée. Dans « *Défense de L'Homme révolté* », Camus explique que « l'analyse de la révolte [l'a] conduit à découvrir l'affirmation d'une limite par le révolté lui-même et, à l'intérieur du mouvement de rébellion, un passage au-delà duquel la révolte se niait pour finir. Cette analyse conclut que la révolte, loin d'être une négation sans limites, se définit justement par l'affirmation de cette limite. Si le révolté pose l'existence et la

dignité des autres hommes en même temps que la sienne propre, une révolte qui gagne en fureur ce qu'elle perd en lucidité finit par se tourner contre cette solidarité découverte. Toute entreprise humaine rencontre ainsi une borne au-delà de laquelle elle se change en son contraire, comme le dégoût suit le plaisir prolongé. »¹⁰⁰

39. Une borne qui, précisons-le, n'exclut pas absolument, dans des situations extrêmes, toute violence. Camus qui était pacifiste a accepté, en entrant dans la résistance, jusqu'à la possibilité de tuer. Mais il considérait que la violence est « à la fois inévitable et injustifiable »¹⁰¹ et que si « Elle peut être une arme dans des circonstances données, elle ne saurait être une politique. Il faut lui garder un caractère exceptionnel. »¹⁰² Ce qui l'oppose à Merleau-Ponty qui, dans *Humanisme et terreur*¹⁰³, distingue entre une forme « rétrograde » de la violence propre à la société bourgeoise, et une forme au contraire « progressiste », nécessaire, de la violence, inscrite dans « le sens de l'histoire », seule légitime en tant que seule « vouée à un avenir d'humanisme » — « l'avenir radieux d'une société sans classe ».¹⁰⁴ Une fin humaniste qui autoriserait et même exigerait au présent pour y parvenir l'inhumanité des moyens employés pour sa réalisation. « La fin justifie les moyens ? Cela est possible note Camus. Mais qui justifiera la fin ? À cette question, que la pensée historique laisse pendante, la révolte répond : les moyens. »¹⁰⁵ Autrement dit, on ne peut juger de la valeur de la fin poursuivie, sans juger de la valeur des moyens déployés pour l'atteindre. Dans cet impératif catégorique, tient la distinction entre la révolte telle que la conçoit Camus et la révolution telle que la conçoivent ceux qui promettent le paradis terrestre aux lieu et place du paradis céleste ; mais au prix d'un même enfer intermédiaire. Une révolte à la fois modeste¹⁰⁶ et exigeante

¹⁰⁰ OC/HR, T. III, p. 372. Car « Si nous aliénonns notre force de refus, notre consentement devient déraisonnable et ne s'équilibre à rien, l'histoire devient servitude. » *Ibid.*, p. 373.

¹⁰¹ DAC, p. 924.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Paru en 1946 chez Gallimard. *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ OC/HR, T. III, p. 312. « Car la terreur ne se légitime que si l'on admet le principe : « la fin justifie les moyens. » Et ce principe ne peut s'admettre que si l'efficacité d'une action est posée en but absolu, comme c'est le cas dans les idéologies nihilistes (tout est permis, ce qui compte c'est de réussir), ou dans les philosophies qui font de l'histoire un absolu (Hegel, puis Marx : le but étant la société sans classe, tout est bon qui y conduit). OC/A1, T. II, p. 441.

¹⁰⁶ « Il s'agit en somme, de définir les conditions d'une pensée politique modeste, c'est-à-dire délivrée de tout messianisme, et débarrassée de la nostalgie du paradis terrestre. » OC/A1, p. 440.

puisqu'elle commande de mettre en application, ici et maintenant, dans la réalité toujours pétrie de contradictions, les principes qui la justifient.¹⁰⁷

40. De ce qui précède, il résulte que le *Juge révolté* — le Juge dont l'office est conçu dans l'inspiration de la pensée de Camus —, ne saurait être un Juge révolutionnaire au sens d'un Juge qui se donnerait pour but de mettre à bas le système du droit en place pour y substituer un autre système qu'il lui préférerait. Un juge qui, estimant que le droit applicable est dans son ensemble totalement incompatible avec sa conception du droit déciderait, soit de le subvertir de l'intérieur en se maintenant à son poste, soit de se démettre pour aller le combattre de l'extérieur. Le refus du *Juge révolté* d'appliquer le droit en vigueur en tout ou partie n'est pas subversif. Il n'est pas fondé sur une conviction personnelle et n'a pas pour but de substituer un nouveau droit au Droit actuel, mais au contraire d'appliquer le Droit tel qu'il est, envisagé dans la plénitude de son concept. Le *Juge révolté* est au service du Droit. Il n'est au service de la loi que dans la mesure où elle ne contredit pas de façon flagrante l'éthique du Droit. Il n'est donc, ni un agent servile du pouvoir, ni un agent « hors la loi ». Selon la formule consacrée il rend ses jugements au nom du peuple français, non au nom du pouvoir politique en place. Un peuple qu'il trahit s'il rend un jugement sur le fondement d'une loi prise par ce pouvoir, qui s'avère manifestement contraire au Droit.

VIII. Une impérative distinction du Droit et de la loi

41. De la présence d'un *Juge révolté* dépend, avec l'existence d'un véritable Droit, l'existence d'un véritable État de Droit. Un État de Droit qui ne peut en effet exister tant que c'est le pouvoir politique lui-même qui fixe la limite à son pouvoir. Une limite qui, contrairement à ce qui est généralement admis, ne saurait être considérée comme acquise du seul fait de la présence d'une Constitution, même si le pouvoir politique s'y conforme et même si ladite Constitution organise un contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* et/ou *a posteriori* confié à une juridiction spécialisée, comme c'est le cas en France. En effet, la Constitution est non seulement une norme politique, mais sans doute la norme la plus politique qui soit. Une norme dont le sort, en tout ou partie, dépend exclusivement de ce que veut et de ce que peut, politiquement, en fonction du rapport des forces en présence, le pouvoir politique.

¹⁰⁷ Pour un esprit aux prises avec la réalité, la seule règle (...) est de se tenir à l'endroit où les contraires s'affrontent, afin de ne rien éluder et de reconnaître le chemin qui mène plus loin. » OC/HR, T. III, p. 372.

De même, ne constitue manifestement pas la limite nécessaire à l'existence d'un véritable État de Droit la prétendue séparation *des pouvoirs*, institutionnelle, entre le gouvernement et le parlement qui sont évidemment deux instances politiques. La limite requise devant être apportée par une instance à la fois inhérente à toute société politique et extérieure au pouvoir politique. Celle que devrait être la justice comme institution porteuse d'une éthique propre.

42. Ce n'est pas sur le fondement d'un texte positif, au sens positiviste¹⁰⁸, qu'il revient juridiquement au Juge de veiller au maintien, avec la solidarité, de l'égalité et de la liberté. Ce n'est pas un texte, tel que l'article 66 de la Constitution de 1958 qui déclare « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle », mais s'empresse de préciser qu'elle « assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi », laquelle peut, bien entendu et à tout moment dans le principe et comme l'histoire en démontre l'effective possibilité, restreindre cette liberté, voire la supprimer. La garantie apportée par « l'autorité judiciaire » est d'autant plus illusoire que le garant de son indépendance n'est autre, aux termes de l'article 64, que le Président de la République qui concentre entre ses mains l'essentiel, directement ou indirectement, de tous les pouvoirs. Surtout lorsqu'il dispose d'une majorité confortable à l'Assemblée nationale. C'est de sa fonction même — Dire le Droit et le Dire tel que le conçoit le peuple souverain dont il est à cet égard le représentant —, que le Juge tire (devrait tirer) sa légitimité de garant de la solidarité sans laquelle il ne saurait y avoir de liberté authentique. Ce qui implique qu'il puisse y avoir un conflit entre le pouvoir politique et le juge qui ne s'estime plus placé vis-à-vis de lui dans un lien de subordination sans bornes. C'est à cette insubordination du juge à l'égard du pouvoir politique que correspond la notion d'un *Juge révolté*. Une révolte du seul point de vue d'un pouvoir politique sans partage et de la théorie du droit qui lui correspond.

43. Pour tout un chacun, le droit c'est l'ordre et la révolte le désordre, le plus souvent accompagné de violences.¹⁰⁹ Et à plus forte raison encore pour des juristes neutralistes, c'est-

¹⁰⁸ Positiviste au sens courant du droit produit par les instances dédiées du pouvoir politique et assorti de sanctions.

¹⁰⁹ Dans le Nouveau Petit Robert de la langue française 2008, on constate que la révolte y est décrite en effet en opposition à la notion de droit : soit comme une « Action collective, généralement accompagnée de violences, par laquelle un groupe refuse l'autorité politique existante, la règle sociale établie et s'apprête ou commence à les attaquer » ; soit comme une « Résistance, opposition violente et indignée » ou encore une « attitude de refus et d'hostilité devant une autorité, une contrainte ». Les différentes définitions des différents dictionnaires étant accompagnées de nombreux termes qui appartiennent au même champ lexical — désobéissance, insubordination, émeute, guerre, insurrection, révolution, rébellion, sédition, soulèvement, jacquerie, mutinerie, etc.

à-dire pour l'immense majorité des juristes auxquels la neutralité interdit de porter un quelconque jugement sur la loi et donc interdit d'attacher une quelconque légitimité à une violence qui a pour effet de la violer. Des juristes qui ne peuvent qu'entendre immédiatement dans le titre de la thèse une contradiction dans les termes : comment concevoir, dans le principe même, un *Droit de l'Homme révolté*, alors que le droit a pour fonction évidente de réguler, de pacifier les rapports entre les membres de la cité, de prévenir, de neutraliser et éventuellement de sanctionner toute forme de désordre et de violence. Alors que le pouvoir politique détient le monopole de la violence. Qu'il est le seul à pouvoir décider d'y recourir par l'intermédiaire de ses agents et dans le cadre de la loi qu'il a édictée. Toute autre violence étant considérée comme illégitime. Et il importe peu, pour les juristes en question, que ceux qui détiennent actuellement le pouvoir aient, auparavant, pour sa conquête, commis les pires crimes du point de vue légal (et accessoirement moral). Seul importe pour lui le fait de la détention actuelle, effective et efficace de la force. Les conquérants par les armes valent les conquérants par les urnes. Les premiers, tout autant que les seconds (et peut-être même plus), condamneront d'ailleurs avec la plus grande fermeté toute violence qu'ils n'auront pas décrétée, quoi qu'ils ne puissent nier — et aucun juriste positiviste avec eux —, que pendant le temps de leur conquête, alors qu'ils étaient soumis à l'ancienne loi, ils étaient hors la loi.

44. Mais il s'agissait d'une loi dont ils affirmeront sans sourciller qu'elle ne méritait pas le nom de loi, contrairement à celle qu'ils lui substitueront. Ce qui justifiera que de délinquants, ils passent dans la postérité pour de « grands hommes » — lesquels, comme l'histoire le montre assez, ont souvent été, avant d'être célébrés en tant que tels, de grands massacreurs. Ce qu'ils seraient d'ailleurs restés dans la mémoire collective, s'ils n'avaient réussi dans leur entreprise de conquête du pouvoir. Comme Raskolnikov l'expose dans *Crime et Châtiment*, il faut, pour devenir un grand homme, penser qu'on est en quelque manière un surhomme et que cela justifie qu'on s'affranchisse du « droit commun ». La suite des événements décide au final de son statut historique : de grand homme ou de grand criminel. Les nouveaux maîtres de la légalité peuvent bien entendu prétendre qu'ils ont agi pendant la période critique au nom d'un droit naturel par définition supérieur au droit positif alors en vigueur, mais ils n'en devront pas moins être considérés par les juristes neutralistes historiens, pour cette période, comme des criminels. Ces mêmes juristes qui néanmoins déclareront sans sourciller, que si leur accession au pouvoir est parfaitement illégale, que si la violence qu'ils ont exercée était totalement illégitime, la légalité des normes qu'ils produisent depuis leur accession victorieuse au pouvoir ne fait pour autant aucun doute.

45. Pour sortir d'une telle « logique » qui suppose une totale abdication éthique de l'homme dans le juriste, il faut admettre que le neutralisme n'est pas une théorie du Droit, mais une théorie de la seule expression normative de la volonté du pouvoir politique en place. Une théorie moniste de son action normative indifférente au fait qu'elle puisse être parfaitement injuste, arbitraire voire meurtrière ; une théorie qui considère que ses lois sont en tout état de cause applicables dès lors qu'il dispose des moyens de contrainte nécessaires contre ceux qui pourraient vouloir s'y opposer. Comme seront tenues pour positives les normes produites par ceux qui le renverserait pour y substituer un autre régime despotique ou, indifféremment, un régime démocratique, cette « circonstance » étant sans conséquence juridique. Reconnaître au Droit, en tant que Droit positif et non en vertu d'un quelconque droit naturel, une dimension éthique, avec Camus fondée sur le « nous sommes », c'est considérer, sans contradiction, que dans le cas d'un pouvoir inique, c'est sa loi qui est en dehors du Droit et ceux qui s'y opposent, dans le/leur Droit.

IX. Une révolte juridictionnelle contre l'arbitraire de la loi

45. Dans une telle perspective, l'équation *loi = Droit* ne peut plus avoir cours et une révolte contre la loi est possible au nom de l'éthique du Droit dont le Juge est le dépositaire et l'interprète. Le *Droit de l'Homme révolté* s'entend précisément du Droit de tout homme révolté par une loi qu'il estime contraire au Droit (sa dimension éthique), de demander au Juge s'il n'a soulevé d'office le moyen, qu'il reconnaisse le bien-fondé, en Droit, de son refus de se voir appliquer une telle loi. Un Droit qui n'est pas sans rapport avec certaines dispositions de textes souvent qualifiés de fondateurs, mais qui s'en distingue cependant clairement. Parmi ces textes, on peut notamment citer : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui fait désormais partie du bloc de constitutionnalité et pose en son article 2¹¹⁰ le principe d'un droit à la résistance à l'oppression ; celle de 1793 dite « montagnarde » qui certes n'a pas été appliquée mais qui n'en conserve pas moins un grand prestige auprès des forces de gauche, qui fait de ce droit la « conséquence des autres Droits de l'homme » et considère que « l'oppression contre le corps social » est effective dès lors « qu'un seul de ses membres est opprimé », l'article 35 affirmant sans ambages que lorsque le gouvernement viole les droits du peuple,

¹¹⁰ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : Article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs »¹¹¹ ; le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, qui exhorte à l'instauration d'« un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ».

46. Ces textes ne sont pas purement déclaratifs si l'on en juge par une décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 (n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*) qui a affirmé la « pleine valeur constitutionnelle » du droit de résistance à l'oppression dont la méconnaissance peut être sanctionnée par le truchement de l'article 61 relatif à sa saisine. Mais on n'a pas d'exemple d'une application effective et concrète du principe. Et en tout état de cause, dès lors que le Conseil constitutionnel a jugé qu'une loi est conforme à la Constitution, il n'est plus possible d'invoquer son caractère oppressif. Du moins si l'on adhère au « positivisme [qui], en ne reconnaissant d'interprète du droit qu'authentique — sous la figure du juge [tel qu'il le conçoit] — a rendu soit illégitime, soit impraticable toute traduction juridique de la résistance : dans son système où seule l'autorité — et non la vérité — fait le droit, la reconnaissance juridique de la résistance est impensable. »¹¹² Impensable par les juges des deux ordres, judiciaire et administratif, ou même par ceux du Conseil constitutionnel qui est une juridiction hybride du fait de sa position et de son recrutement, mais qui n'est pas pour autant une instance que sa dimension politique pourrait placer en rivalité des instances du pouvoir. Il peut certes entraver dans une certaine mesure son action normative en déclarant certaines lois ou certains règlements non conformes à la Constitution, mais le pouvoir peut toujours modifier la Constitution de façon à contrecarrer une interprétation jugée intempestive si les circonstances politiques le lui permettent (s'il est notamment assuré de disposer de la majorité requise) ; voire restreindre ou supprimer ses compétences. La question est et demeure politique et non strictement juridique. La subordination des juges au politique n'est en rien entamée par l'existence d'un « droit de résistance à l'oppression » qui fait plus partie de la légende républicaine que du droit républicain.

¹¹¹ Constitution du 24 juin 1793, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : Article 33 : « La résistance à l'oppression est la conséquence des autres Droits de l'homme. » Article 34 : « il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contre chaque membre lorsque le corps social est opprimé. » Article 35 : « « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. »

¹¹² Desmons, *Droit de résistance*, in Dictionnaire de la culture juridique, PUF Paris, 2003, p. 460. En d'autres termes, pour que la résistance juridique à une loi manifestement injuste soit concevable et praticable, il faut sortir du positivisme qui fait de la loi édictée par le pouvoir et interprétée par le juge qui tient de ce dernier toute son autorité, l'alpha et l'oméga du droit.

47. Avec le *Droit de l'Homme révolté* on se situe sur le terrain purement juridique et dans un cadre purement juridictionnel. Il s'agit pour le *Juge révolté*, dans le cadre d'une affaire dont il est saisi, dans les limites de sa saisine, de refuser l'application d'une loi ou d'une disposition d'une loi qu'il juge contraire à l'éthique intrinsèque du Droit dont il est, par essence, le dépositaire au nom du peuple souverain, l'interprète et le garant du respect, quel que soit son rang dans la hiérarchie. Sa décision pouvant bien entendu faire l'objet de tous les recours qu'autorise la loi. Chaque juge à son niveau ayant à se positionner par rapport à la question de l'éthique du Droit. On se situe là sur le terrain purement juridique, sans empiéter sur le terrain politique comme c'est le cas lorsque le juge se livre à des interprétations de la loi qui trahissent en fait des choix qui ne sont pas ceux de ses auteurs. Par exemple comme le rappelle Muriel Fabre-Magnan, lorsque le Conseil d'Etat et la Cour de cassation « cherchent (...) dans une sorte de rivalité mimétique, à s'émanciper de la loi et à imposer leur propre échelle de valeurs, le cas échéant à l'encontre de celle qui avait été arbitrée par le peuple souverain. »¹¹³ La reconnaissance au Juge d'une légitimité propre qu'il tient aussi de ce dernier en ce qui concerne la dimension éthique du Droit, doit au contraire le conduire à une plus stricte délimitation des champs de compétence politique et juridique ; ou en d'autres termes, à sortir d'une confusion malsaine : celle due en fait à la frustration des juges (surtout situés en haut de la pyramide juridictionnelle) contraints pour s'affirmer, à défaut selon la théorie dominante de détenir un pouvoir propre, d'empiéter sur celui du politique ; dans la limite cependant toujours de l'intérêt que ce dernier peut y trouver et de ce qu'il est disposé à tolérer.

48. La révolte dont il est question avec le *Droit de l'Homme révolté* inspiré de la pensée de Camus, exclut par hypothèse, puisqu'elle emprunte la voie judiciaire, la violence. Mais cela ne signifie nullement que le révolté visé exclut par principe toute forme de violence, que l'exercice du *Droit de l'Homme révolté* soit pour lui le seul possible en toutes circonstances.

¹¹³ Muriel Fabre-Magnan, professeure de droit à l'université Paris-1 Panthéon-Sorbonne, dans un article intitulé *Critiquer les Droits de l'homme pour les sauver*, Revue mensuelle *Books*, n° 100 de septembre 2019, p. 88-89. On peut remarquer à propos de « l'échelle de valeurs (...) arbitrée par le peuple souverain », que ses représentants élus peuvent trahir sa volonté ou même ne pas, en fait, politiquement, le représenter, bien qu'il le représente en droit par le jeu des règles électorales. Il se peut en effet qu'ils aient été élus par une minorité du corps électoral. Comment dès lors, sinon de façon purement abstraite, en juriste insoucieux de la réalité, parler de valeurs arbitrées par le peuple souverain ? Ainsi par exemple au plus haut niveau avec l'élection d'Emmanuel Macron à la présidence de la République. Il a été élu par 43,6% des électeurs inscrits alors que le total des abstentions et des votes blancs et nuls a atteint 34%. De plus, selon un sondage Ipsos/Sopra Steria pour France Télévisions, Radio France, Le Point, Le Monde, France 4 et les chaînes parlementaires, il s'agit d'un choix par défaut. 43% des électeurs d'Emmanuel Macron au second tour disent avoir voté pour faire barrage à Marine Le Pen. Et parmi ses électeurs, seulement 16% disent avoir voté pour son programme. Article de France Info sur internet du 8 mai 2017.

Cela signifie seulement que, dans le cadre de cet exercice, toute forme de violence est exclue et que le révolté qui estime que lesdites circonstances rendent impossible de faire respecter l'éthique du Droit par un juge, doit clairement sortir de ce cadre. Il ne saurait, là encore, y avoir de confusion. La violence, comme le reconnaissent certains des grands textes visés plus haut, n'est légitime que lorsque l'oppression est maximale et généralisée. Camus « a toujours eu des inclinations pour la non-violence »¹¹⁴ contrairement aux « écrivains français du XX^e siècle, des surréalistes à Jean Genet [qui] ont éprouvé une trouble fascination pour la violence qui n'a d'égal que leur dédain de l'éthique ». ¹¹⁵ Avec lui, le recours à la violence est sans aucun doute le dernier recours, mais il est en effet des cas où il faut se résoudre à en accepter l'occurrence. « A guerre totale résistance totale » écrit ainsi le rédacteur résistant de *Combat* clandestin. Reste qu'il s'efforce, autant qu'il est possible, de privilégier la lutte par les idées, le dialogue, la persuasion.

49. Cette démarche qui convient à « une pensée politique modeste, délivrée de tout messianisme, débarrassée de la nostalgie du paradis terrestre »¹¹⁶, constitutive d'une « utopie relative »¹¹⁷, réaliste sans être pour autant dénuée d'ambition comme on l'a déjà souligné, convient de même à une pensée du Droit libérée de toute aspiration à l'idéal, qu'il soit de nature religieuse, philosophique ou scientifique.¹¹⁸ Une pensée du Droit que l'on peut en toute modestie mais néanmoins profondeur, rapporter à une question qui ne peut qu'intéresser un juriste et que Camus n'a eu de cesse de se poser et reposer : « comment se conduire »¹¹⁹ dans chaque situation où il y a un enjeu humain, c'est-à-dire pratiquement tous les jours — et toujours pour le juge — ; mais une question qui se pose évidemment avec une intensité particulière dans certaines situations extrêmes. Une question dont l'oubli peut conduire à l'oubli de l'humanité même. C'est ce que dans un article de *Combat* de novembre 1948 Camus constate : « Quelque chose en nous a été détruit par le spectacle des années que nous venons de passer. Et ce quelque chose est cette éternelle confiance de l'homme, qui lui a toujours fait croire qu'on

¹¹⁴ DAC, p. 924.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ OC/AP, T. II, p. 440.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 445.

¹¹⁸ On peut parler d'idéal autant à propos du jusnaturalisme que du juspositivisme, puisque la neutralité axiologique du scientifique du droit et du juge revendiquée par le second, est en fait inatteignable. Et d'autant plus qu'en réalité elle procède d'une conception fautive, totalement dépassée, de l'objectivité scientifique.

¹¹⁹ DAC, p. 569.

pouvait tirer d'un autre homme des réactions humaines en lui parlant le langage de l'humanité. Nous avons vu mentir, avilir, tuer, déporter, torturer, et à chaque fois il n'était pas possible de persuader ceux qui le faisaient de ne pas le faire, parce qu'ils étaient sûrs d'eux et parce qu'on ne persuade pas une abstraction, c'est-à-dire le représentant d'une idéologie. »¹²⁰ Parmi ceux qui décidaient du pire, il y avait aussi des juges à qui il n'était plus possible de « parler le langage de l'humanité. » Des juges qui étaient eux-aussi les représentants d'une idéologie. Des juges pour qui la question de savoir « comment se conduire » n'avait pas de sens puisque leur conduite était définie par la loi, que leur fonction consistait à appliquer la loi dans les conditions prévues par la loi. Du moins est-ce ce qu'ils ont expliqué à la Libération pour se défendre de toute implication personnelle, mais il faut le reconnaître, non sans pertinence, dès lors que c'est bien ainsi qu'était et qu'est toujours conçue la fonction du juge. La conscience professionnelle tenant lieu de conscience humaine. *Penser le Droit avec Camus* conduit au contraire au choix d'une révolte judiciaire contre l'indignité de la loi et partant contre l'indignité de la fonction judiciaire lorsque cette fonction consiste à appliquer une telle loi.

50. Selon ce qu'indique dans le titre même de la thèse la conjonction de coordination d'équivalence « ou » placée entre les deux membres de la phrase, *Penser le Droit avec Camus* conduit nécessairement à la notion d'un *Droit de l'Homme révolté*. Un droit inconnu des juristes pour ne figurer dans aucun journal officiel, aucun recueil, aucun manuel ou traité juridique. Un Droit qui n'est pas encore appliqué, mais qui ne nécessite pas pour qu'il le soit, d'être créé et consacré par une quelconque loi. Sa reconnaissance et son application dépendent, en effet, exclusivement du juge, de sa capacité à investir la plénitude de son office. Est-ce à dire pour autant que ce Droit n'est qu'en puissance et non en acte ? « Dans l'usage qu'en fait notamment Aristote, la puissance est la faculté d'être changé ou mis en mouvement. Ce qui n'est qu'en puissance, par opposition à ce qui est en acte, est ce qui n'est pas encore réalisé, ce qui n'est qu'une virtualité ». ¹²¹ Mais « La capacité de faire quelque chose peut être en acte chez un individu qui la possède, bien qu'elle ne soit qu'en puissance du point de vue de son exercice ». ¹²² On se situe ici dans cette seconde situation : celle où le Juge en tant que Juge, par essence, est en Droit de Dire le *Droit de l'Homme révolté*, mais dont le « Dire » demeurera en puissance tant qu'il ne sera pas détaché de l'emprise de la théorie neutraliste dominante, tant qu'il n'aura

¹²⁰ OC/AP, T. II, p. 437.

¹²¹ Vocabulaire technique et critique de la philosophie André Lalande, PUF, 16^{ème} édit., 1988, p. 860

¹²² *Ibid.*

pas pris la liberté de reconnaître la dimension éthique du Droit et de s'en reconnaître l'interprète et le garant.

51. Cette reconnaissance ne saurait être fondée sur des principes généraux du droit, constitutionnels ou autres, inscrits dans des textes fondateurs, ou dans telle ou telle loi qui serait prise par un hypothétique pouvoir politique soucieux de conférer à tous les juges un pouvoir propre — mais qui ne le serait pas, qui ne pourrait l'être, puisqu'il trouverait sa source dans une loi qui pourrait toujours être modifiée ou annulée par une autre loi. Un prétendu « pouvoir propre » qui en fait ne serait rien d'autre que celui conféré par un statut octroyant aux juges sous le terme ambivalent sinon trompeur « d'indépendance », quelques prérogatives très encadrées comme c'est le cas depuis la Révolution française. Une reconnaissance qui devrait être fondée sur l'analyse et les implications éthiques du phénomène normatif qui, sous l'appellation de « Droit », s'est historiquement développé jusqu'à nos jours en occident et singulièrement en France. Faire l'histoire de cette évolution de la normativité depuis l'Antiquité judéo-chrétienne et gréco-romaine jusqu'à nos jours, en passant par l'Ancien régime et la Renaissance, la Révolution et l'affirmation des droits de l'homme, suivie de deux siècles de sécularisation, dépasserait évidemment infiniment et inutilement les limites de notre propos.

52. Il nous suffit ici d'en constater le résultat : dans ce cadre général identifié au processus même de civilisation a germé l'idée plus ou moins claire dans les consciences individuelle et collective, mais certaine, générale et prégnante dans la modernité, que des valeurs telles que celles de liberté, d'égalité, de justice et de solidarité (laquelle de notre point de vue concentre toutes les autres valeurs) doivent nécessairement être prises en compte dans le système normatif en vigueur dans une société politique donnée pour qu'il y ait à proprement parler du Droit et, partant, un véritable État de Droit. Du Droit et non un ensemble de normes édictées pour asseoir un ordre étatique despotique dont le XX^e siècle a fourni, avec notamment les totalitarismes nazi et stalinien, une sorte d'au-delà de ce qui est humainement concevable. Un au-delà ou un en-deçà de toute pensée du droit comme réalité et concept détachable de l'exercice brutal de la force. Dans *L'Homme révolté*, Camus rappelle à cet égard quelques réflexions terriblement significatives d'Hitler, telles que : « Quand la race est en danger d'être opprimée... la question de légalité ne joue plus qu'un rôle secondaire »¹²³ ; autant dire aucun

¹²³ OC/HR, T. III, p. 216. Camus précisant : La race, d'ailleurs, ayant toujours besoin d'être menacée pour être, il n'y a jamais de légalité. Ni nationale, ni internationale : « Je suis prêt à tout signer, à tout souscrire, reconnaissait ainsi sans difficulté le *Führer*... En ce qui me concerne, je suis capable, en toute bonne foi, de signer des traités

rôle, puisque tout de l'État est subordonné au *Führerprinzip* exposé dans *Mein Kampf* dans le chapitre consacré à « La personnalité et la conception raciste de l'Etat ». Selon ce principe, tous (ses agents et l'ensemble du peuple allemand) doivent obéir aveuglément au *Führer* sans la moindre discussion selon l'adage « un ordre est un ordre » (*Ein Befehl ist ein Befehl*), un ordre en l'occurrence assimilé à la loi.

53. Les implications extrêmes de cet adage qui fait écho à l'antique locution latine *Dura lex, sed lex* (« dure est la loi, mais c'est la loi ») attribuée à Ulpien, d'un emploi qui demeure assez courant aujourd'hui, sont rarement envisagées en dehors d'un tel contexte, sans doute extrême, mais toujours, ici ou là, à des degrés divers, contemporain. Alors que pour la plupart des citoyens éthiquement normalement constitués et qui ne sont sous l'emprise d'aucune idéologie mortifère, la notion de Droit apparaît spontanément antinomique à celle d'arbitraire, ce qui logiquement doit conduire à ne pas donner à la locution en question une portée absolue¹²⁴, par exception, pour la plupart des juristes d'hier et d'aujourd'hui, la qualification de « droit » d'une norme ne doit jamais dépendre de son contenu, des effets prévisibles de son application. Il suffit pour qu'elle soit du « droit » qu'elle émane de l'autorité qui détient le pouvoir de légiférer ou, autrement dit, la force. Il n'y a pas à discuter la volonté de celui qui détient le pouvoir d'ordonner, de légiférer.

54. Camus qui replace l'horreur du nazisme dans un questionnement élargi à l'ensemble de la civilisation occidentale, note à propos du procès de Nuremberg : « Lorsque le procureur anglais observe que, de « *Mein Kampf*, la route était directe jusqu'aux chambres à gaz de Maïdanek, il touche (...) au vrai sujet du procès, celui des responsabilités historiques du nihilisme occidental, le seul pourtant qui n'ait pas vraiment été discuté à Nuremberg, pour des raisons évidentes. On ne peut mener un procès en annonçant la culpabilité générale d'une civilisation. On a jugé sur les seuls actes qui, eux du moins, criaient à la face de la terre entière. »¹²⁵ N'est-il pas dès lors contradictoire d'invoquer, comme on l'a fait, d'un côté l'émergence dans la modernité occidentale d'une conception de la normativité qui exclut l'arbitraire, et d'un autre côté de reconnaître avec le nazisme et Vichy l'existence du contraire ? On sait que

aujourd'hui et de les rompre froidement demain si l'avenir du peuple allemand est en jeu » *Ibid.* Ce dont bien entendu il était le seul à pouvoir juger.

¹²⁴ Ce que traduit une autre maxime : *Summum jus summa injuria* (« Droit porté à l'extrême, suprême injustice ». Trad. Jean Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, édit. Dalloz, 2015.

¹²⁵ *Ibid.*

l'interprétation de tels phénomènes ne fait « pas consensus dans les sciences sociales. »¹²⁶ On peut y voir en effet des réactions à la modernité ou à l'inverse ses conséquences logiques, une « continuité du nazisme avec la modernité dont Auschwitz devient le télos »¹²⁷ ou encore « un enchevêtrement d'éléments modernes et d'éléments réactionnaires. »¹²⁸ Ce débat qui est sans doute à rapporter à l'effritement à partir des années 1970 des « grands récits » d'émancipation modernes et au « scepticisme grandissant envers le projet des Lumières et les idéologies du progrès »¹²⁹ dépasse évidemment en tout état de cause le cadre de notre propos.

55. Mais sans entrer dans ce débat, on peut faire deux observations simples. D'abord que les fléaux qu'ont été les totalitarismes du XX^e siècle en Europe dont *La Peste* est une métaphore, ont été vaincus. Même s'il en subsiste des séquelles et que les démocraties, y compris occidentales, ne sont pas à l'abri de leur résurrection sous une forme ou sur une autre.¹³⁰ Ensuite, effritement des « grands récits » ou pas, scepticisme ou pas, on peut noter que pour une grande majorité de citoyens en France notamment, l'antinomie Droit et arbitraire affirmée au cours de son histoire, n'a jamais disparu, y compris pendant les années les plus sombres. Une antinomie dont l'affirmation apparaît plus que jamais nécessaire, avec le recul, à tout esprit libre et devrait apparaître telle au Juge plus qu'à tout autre. Au juge qui ne saurait, sans se renier en tant que Juge, nier que le Droit et son office sont intrinsèquement porteurs de valeurs totalement incompatibles avec un système normatif tel que celui du III^e Reich, et plus généralement avec tout système et toute norme qui les bafouent, c'est-à-dire tout système et toute norme ignorante de la valeur humaine, du sens humain, du Droit et donc de l'office du Juge. Alain Supiot, après avoir noté que « L'homme est un animal métaphysique »¹³¹, rappelle

¹²⁶ Sabrina Paillé, *Les théories explicatives du nazisme et les interprétations sociologiques de la modernité : des théories de la modernisation aux perspectives postmodernes*, site de l'Université du Québec, service des bibliothèques, Terrier, 2016, p. 103.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 104.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Sabrina Paillé, *op. cit.*, p. 104.

¹³⁰ Stefan Zweig dans *Le monde d'hier. Souvenirs d'un européen*, paru en 1942, parlait déjà de l'« inimaginable rechute de l'humanité » : « Tous les chevaux de l'Apocalypse se sont rués à travers mon existence : révolution et famine, dévalorisation de la monnaie et terreur, épidémies et émigration ; j'ai vu croître et se répandre sous mes yeux les grandes idéologies de masse, fascisme en Italie, national-socialisme en Allemagne, bolchévisme en Russie, et avant tout cette plaie des plaies, le nationalisme qui a empoisonné la fleur de notre culture européenne. Il m'a fallu être le témoin sans défense et impuissant de cette inimaginable rechute de l'humanité dans un état de barbarie que l'on croyait depuis longtemps oublié, avec son dogme antihumaniste érigé en programme d'action. » 1998 [1942], Paris, Librairie Générale Française.

¹³¹ A. Supiot, *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit*, édit. du Seuil, 2005, p. 7.

à cet égard que « Tout être humain vient (...) au monde avec une créance de sens, du sens d'un monde déjà là, qui confère une signification à son existence ». ¹³² Que « c'est avant même que nous ayons pu dire « je » que la loi a fait de chacun de nous un sujet de droit. [Que] pour être libre, le sujet doit d'abord être lié (*sub-jectum* : jeté dessous) par des paroles qui l'attachent aux autres hommes. [Que] les liens du Droit et les liens de la parole se mêlent ainsi pour faire accéder chaque nouveau-né à l'humanité, c'est-à-dire pour attribuer à sa vie une signification, dans le double sens, général et juridique, de ce mot ». ¹³³ Cette signification, avec Camus, est ancrée dans une solidarité qui est à la fois un fait, une exigence et un horizon. ¹³⁴

X. Un nécessaire équilibre des pouvoirs politique et juridictionnel

56. Il est absolument certain qu'il ne saurait y avoir de Droit sans une communauté politique constituée et dotée d'une autorité productrice des normes nécessaires à son organisation, sa stabilité et à sa pérennité et pour cela, détentrice, avec la force, du pouvoir de contraindre les récalcitrants. Dans les sociétés humaines, cette normativité construite s'est substituée au cours de l'évolution à l'instinct, bien que la cité et la politique (qui se présupposent mutuellement) n'en soient pas moins naturelles comme le pensait Aristote. ¹³⁵ Une substitution rendue nécessaire par l'acquisition d'une conscience, de capacités cognitives, d'un langage et d'une liberté qui chez l'homme ont pour effet de susciter un inévitable questionnement sur ce que doit être sa vie sociale, bien qu'elle résulte fondamentalement de son appartenance à une espèce sociale et qu'il ne puisse jamais totalement s'extraire de la communauté humaine, ne serait-ce que parce qu'il pense au travers d'un langage qui est éminemment social. A la question de savoir ce que doit être sa vie sociale, diverses réponses ont été et continuent d'être apportées selon les temps et les lieux. Avec cependant une constante, des sociétés les plus traditionnelles et fermées, aux démocraties les plus ouvertes et évolutives : le pouvoir politique, qu'il se

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.* p. 8.

¹³⁴ La solidarité qui est au principe même de l'aspiration à la justice, qui n'est « pas le vestige d'une pensée préscientifique, mais représente, pour le meilleur et pour le pire, une donnée anthropologique fondamentale », A. Supiot, *op. cit.* p. 9.

¹³⁵ Si en effet « toute cité est naturelle c'est parce que les communautés antérieures dont elle procède le sont aussi. [...] Il est manifeste, à partir de cela, que la cité fait partie des choses naturelles, et que l'homme est par nature un animal politique, et que celui qui est hors de la cité, naturellement bien sûr, et non par hasard, est soit un être dégradé, soit un être surhumain. » Aristote, *La politique*, trad. J. Tricot, I, 2, édit. Vrin, 1977.

réclame d'un dieu, du peuple ou de n'importe qui ou quoi d'autre, est et demeure caractérisé en première comme en dernière analyse par sa capacité actuelle d'imposer sa volonté au besoin par la force. Une capacité qui sous les termes de « contrainte » ou de « sanction », est pour l'immense majorité des juristes le critère même du droit. Un critère nécessaire et suffisant, la loi et le droit renvoyant à une même réalité normative contrairement à la conception duale défendue ici, qui adjoint à la dimension politique du Droit (la loi ou le « droit politique »), une dimension éthique dont le Juge est le dépositaire, l'interprète et le garant. Un Juge qui, sur le fondement de cette dimension éthique qui est la condition même de l'autonomie de l'objet « Droit » et de la discipline correspondante, apporte la limite à la loi ou autrement dit au pouvoir politique, sans laquelle il ne peut y avoir de véritable État de Droit.

57. Mais c'est un État de Droit (et non un simple « Etat de loi ») qui exige, réciproquement, qu'une limite soit apportée au pouvoir ainsi reconnu au Juge. Le risque d'arbitraire du juge peut en effet apparaître tout aussi redoutable que le risque d'arbitraire du politique. Même si l'on peut raisonnablement en douter. Si en effet le juge peut prendre une décision contraire à la loi et en ordonner l'exécution, cette exécution dépendra, au final, si elle n'est pas spontanée, du concours d'une force publique dont il n'a pas la libre disposition. Si le pouvoir politique est un pouvoir réel, c'est-à-dire s'il détient effectivement la force, il peut toujours, dans le principe, refuser cette exécution. Un refus qui sera appuyé sur la loi et donc assez aisément justifiable politiquement. Mais il ne fait néanmoins aucun doute qu'un refus d'application d'une loi par un juge au nom du Droit, ne pourrait que réveiller de vieux démons. On sait quel repoussoir ont constitué pour les révolutionnaires les fameux « arrêts de règlement » des cours d'Ancien régime. Et que depuis, les hommes politiques de tous bords ont toujours été prompts à agiter l'épouvantail du « gouvernement des juges » ; surtout lorsqu'ils sont menacés, ou font déjà l'objet, de mises en examen ; voire pire d'un renvoi devant une juridiction pénale. Christophe Otero rappelle ainsi les propos à cet égard très significatifs, tenus en mai 2011, par « un ancien président du Conseil des ministres italien, en marge d'une audience du procès Mills où il était accusé de corruption de témoin »¹³⁶ : « Les juges sont le cancer de notre démocratie, il y a de leur part des tentatives réitérées de subversion ». Si en l'occurrence on ne peut guère avoir de doute sur la perfidie du propos compte tenu de la personnalité plus que controversée de leur auteur, il demeure que le risque de voir un magistrat

¹³⁶ Christophe Otero, *Les rébellions du juge administratif, recherche sur les décisions juridictionnelles subversives*, thèse présentée le 13 décembre 2013 à Rouen, p. 1. Il s'agit bien entendu de Silvio Berlusconi.

ou le corps entier des magistrats, s'arroger des pouvoirs qui débordent les limites de leur office, qui empiètent sur le domaine politique, voire le dominant, ne peut jamais être totalement exclu. Et la référence à cet égard à la période monarchique n'est pas non plus totalement sans fondement.

58. Les « parlements, observe le même auteur, utilisèrent en effet autant qu'ils le purent toutes les gammes de leur pouvoir et déclinerent de façon soutenue leurs prérogatives, ou s'en accaparèrent de nouvelles, de sorte à œuvrer dans trois directions différentes, dont le point de fuite était la quête d'une vocation politique. Ils jouèrent ce rôle d'abord de façon ponctuelle, puis systématique, en s'opposant aux réformes voulues par le pouvoir royal (...) de sorte à se constituer en une véritable force commune d'opposition à l'absolutisme qu'ils entendirent contester. L'activité normative qu'ils exercèrent, par le biais notamment des arrêts de règlement dont ils usèrent, puis abusèrent, fût l'une des formes par laquelle s'exprima leur fonction d'opposants. Ainsi, tentés de prendre en charge les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif — ils entendirent exercer non seulement celui qu'ils détenaient : le judiciaire, mais encore et surtout les deux autres ». ¹³⁷ Et ce, donc, non dans l'intérêt de la population mais dans leur propre intérêt, leur propre volonté de puissance : « loin de l'image d'Epinal faisant d'eux les tombeurs, avant-gardistes, de la monarchie, il [convient en effet] de souligner combien leurs manifestations étaient avant tout à visée égocentrique, plus que justifiées par le désir de mettre à bas le régime ». ¹³⁸ Et l'on sait quel renversement opéreront à cet égard les révolutionnaires : de pouvoir, l'institution judiciaire sera réduite, en théorie mais aussi largement en pratique, à une pure fonction d'application de la volonté souveraine du peuple ou de la nation, c'est-à-dire concrètement du pouvoir politique censé l'incarner par ses représentants, le juge n'ayant plus son mot à dire sur la loi — ses motifs et ses conséquences quels qu'ils soient. Il a été autrement dit répondu à un excès par un autre.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 12.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 3. Le même auteur précisant : « En premier lieu, s'agissant du strict exercice de la fonction juridictionnelle qui leur était dévolu, ils l'exercèrent souvent de manière toute particulière comme l'exprime le célèbre adage ayant cours à l'époque : « Dieu nous garde de l'équité des parlements », accusés qu'ils furent de statuer en équité, c'est-à-dire dans l'acception et selon la vision péjorative de leurs contemporains, de façon purement arbitraire. Sans motiver leurs arrêts, sans que puisse être mise à jour la rationalité de certaines de leurs décisions, ils purent aisément exprimer les conceptions qu'ils voulaient seuls, et de manière hégémonique, voir triompher. En second lieu, « les parlements et les autres cours souveraines ne se [tinrent] pas cantonnés dans la fonction de juridiction [bien que] les rois [se soient appliqués] en général à les y maintenir, car en sus du strict exercice de la fonction juridictionnelle, ils entendirent par l'intermédiaire de celle-ci, s'investir du rôle d'une véritable opposition politique ». *Ibid.*, p. 1-2.

59. Il est entendu que la situation évoluera, que le légicentrisme se nuancera, que les juges, notamment administratifs, montreront une certaine capacité d'initiative et d'innovation, que juger ne consistera jamais en l'application brute d'un simple syllogisme, mais sans que cela, malgré une certaine illusion à cet égard chez certains magistrats et commentateurs, ne change en profondeur le lien fondamental de subordination des juges au pouvoir politique instauré par la Révolution. Aucune initiative, aucune innovation, aucune interprétation en contradiction avec le sens clair d'une loi, ne peut tenir sans l'assentiment au moins implicite du pouvoir politique qui peut y trouver son compte et qui peut toujours, à tout moment, dans le cas contraire, mettre à bas ce que le Juge a construit. La seule limite à cette hégémonie du politique est elle-même d'ordre politique. Il se peut que ceux qui sont au pouvoir ne soient pas en capacité, par exemple, d'obtenir la majorité requise pour contrecarrer une interprétation du juge qui va à l'encontre de leur volonté mais qui par contre va dans le sens souhaité par son opposition en situation favorable à l'Assemblée nationale. Un tel « jeu » est en effet purement politique pour ne pas dire politicien. Il est autrement dit exempt de toute préoccupation, de toute considération, proprement juridique.

60. Ce qui signifie que si le pouvoir politique en place n'a aucun frein politique à l'expression de sa volonté — ce qui peut être le cas même en démocratie lorsque « l'exécutif » comme c'est le cas en France, dispose d'un pouvoir réglementaire très étendu (y compris autonome) et d'une majorité à l'Assemblée qui lui est totalement acquise —, le juge ne dispose d'aucun réel pouvoir de résistance face à une loi qui lui apparaît manifestement inique. Il ne lui reste éventuellement (sauf bien entendu à se démettre) que la possibilité d'une interprétation la moins préjudiciable possible pour le justiciable. En fait, l'arbitraire, qu'il soit d'Ancien régime avec les Parlements mais aussi et d'abord avec un monarque absolu dont les lettres de cachet sont un symbole fort, ou celui de la modernité post révolutionnaire, est et demeure politique. Et l'on doit considérer que l'arbitraire des Parlements n'est pas en réalité celui de juges, de véritables juges, mais celui d'hommes de pouvoir, d'hommes politiques déguisés en hommes de robe. Autrement dit, à leur manière, des despotes, non moins détestables que les autres. Peut-être plus en réalité, compte tenu de ce que leur despotisme est revêtu des habits de la justice. Il n'y a évidemment pas en France aujourd'hui d'équivalent des Parlements. La subordination de principe des juges à la loi est générale. Il n'y a pas de juges qui manifestent une volonté d'ordre politique peu ou prou comparable à celle de leurs prédécesseurs d'Ancien régime. Mais cela ne

veut pas dire que dans certaines décisions contemporaines on ne voit s'exprimer des préférences qui ressortent plus du politique au sens large, que du juridique.¹³⁹

61. Pour que soit évité — ou plus modestement pour favoriser l'évitement — aussi bien du despotisme judiciaire que du despotisme politique, il faut que celui qui a pour mission de Dire le Droit, d'une part, ne sorte pas du cadre strict de cette mission, mais, d'autre part, ne la confine pas à la simple et subordonnée application de la volonté politique. Il faut que le juge ne dise rien d'autre que le Droit, mais qu'il dise tout le Droit. Non pas le droit réduit à sa dimension politique, mais le Droit dans la plénitude de son concept. Le Droit tel qu'il doit être pensé pour répondre à l'exigence éthique qui s'est fait jour historiquement comme cela a été précédemment rappelé. Mais une exigence qui pour être ainsi empiriquement fondée, l'est aussi d'un point de vue transcendantal¹⁴⁰, c'est-à-dire en tant que condition même de possibilité ou de

¹³⁹ On peut voir une forme de confusion du judiciaire et du politique dans son aspect économique, dans la volonté affichée de l'ex-président de la chambre sociale de la Cour de cassation, monsieur Jean-Yves Frouin, de favoriser par sa jurisprudence les entreprises ; comme cela est en effet visible dans les revirements de jurisprudence constatés après son arrivée à la présidence de la chambre sociale. Ainsi, dès le 21 mai 2015, le président Frouin était présenté dans *l'Usine Nouvelle* de la manière suivante (article approuvé par M. Frouin) : « Président de la chambre sociale de la Cour de cassation depuis septembre 2014, Jean-Yves Frouin fait souffler un vent d'ouverture sur une juridiction qu'il veut à l'écoute de la vie économique et sociale. Cette ouverture sur le monde économique et social, il la revendique. « Mon prédécesseur s'exprimait souvent à l'extérieur, c'est un devoir de notre charge d'expliquer notre travail et de recevoir des remarques. » Très critique envers d'anciennes décisions de la chambre sociale, Nicolas de Sevin, président d'AvoSial, groupement de cabinets d'avocats patronaux, a apprécié Jean-Yves Frouin lors d'une rencontre organisée avec des DRH. « Il a répondu à chaud, sans biaiser, explique-t-il, et n'a pas hésité à prendre parti. » Son ouverture, Jean-Yves Frouin l'a nourrie de stages en entreprise. En début d'année, il nous expliquait avec limpidité la jurisprudence récente de la chambre sociale, favorable aux ruptures conventionnelles. « Dans l'exercice de son contrôle, la Cour de cassation a le souci de ne pas contrarier un mode de rupture voulu par les partenaires sociaux, souhaité par les deux parties et encadré par la loi », explique-t-il. Même attention à ce qu'ont souhaité les partenaires sociaux quand il justifie un revirement de jurisprudence, sous sa présidence, sur les conventions collectives. « Il a compris que le droit était au service de la société, pas des juristes ni des juges, salue Jean-Emmanuel Ray, professeur de droit du travail à Paris I – Sorbonne. Les gouvernements souhaitent favoriser la négociation collective, la chambre sociale reconnaît que les partenaires sociaux peuvent créer du droit. » Dans un article paru dans *l'Express Réforme du droit du travail : les juristes à la manœuvre*, par Stéphanie Benz, publié le 21/12/2015, il y était question de synergies entre certains professeurs de droit (Paul-Henri Antonmattei et Jean Emmanuel Ray entre autres) et certaines institutions qui se côtoient et tissent des liens dans de multiples lieux, notamment dans des colloques, des lieux de formations professionnelles ou universitaires etc., pour aboutir à un droit du travail manifestement beaucoup plus à l'écoute des entreprises. L'article se termine ainsi : Jean-Emmanuel Ray se veut toutefois optimiste : "La conjonction des astres est favorable. Il y a aujourd'hui une grande communauté de vues au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation et à la Direction générale du travail, dont les membres vont être au coeur de la réécriture du Code", décrypte-t-il. Quant à Franck Morel et à Eric Aubry, ils travaillent déjà avec certains candidats des républicains en vue de 2017. Après son départ, les commentateurs ne s'y sont pas trompés, pour exemple : « *Jean-Yves Frouin, le juge pro-entreprise qui aura marqué la Cour de cassation et modifié en profondeur la jurisprudence du droit du travail* » (Le Figaro 01/11/2018). Puis, les liens susmentionnés tissés dans les colloques, formations professionnelles ou universitaires ont abouti à l'affaire Wolterskluwer qui selon Pierre Sargos, ancien président de la chambre sociale de la Cour de cassation et prédécesseur de Jean-Yves Frouin, « *méconnaît les exigences du procès équitable* ». (Alternatives économiques : conflits d'intérêt 06/07/2018) et qui ont conduit l'ex-président de la chambre sociale à être poursuivi devant le Conseil National de la Magistrature.

¹⁴⁰ On peut s'étonner du recours au transcendantal avec Camus dont la pensée ne présente guère d'accointances avec celle de Kant et à sa suite Husserl, auxquels le terme fait immédiatement penser. Mais un terme qui vient de

« pensabilité », d'une part, d'un objet « Droit » distinct de la simple expression normative de l'action politique ultimement fondée sur la possession de la force, et, d'autre part, d'un Juge libéré de la servitude où le maintient le neutralisme. Dans son *Discours de la servitude volontaire*, Etienne de La Boétie, jeune homme de moins de vingt ans, au XVI^e siècle, invitait tranquillement ses contemporains à une prise de conscience révolutionnaire : « Soyez résolus à ne plus servir, et vous voilà libres ». ¹⁴¹ Une prise de conscience d'une portée existentielle qui n'est évidemment pas étrangère à la prise de conscience à laquelle invite Camus dans *L'Homme révolté*. Une invitation qui, transposée dans le domaine du Droit et adressée au juge, vise, non à la sédition, mais au contraire, contre les abus du pouvoir politique (et ses propres abus s'il se met à juger en politicien), à son autonomie, dans l'intérêt général même, avec le Droit, de la cité.

62. C'est une invitation à assumer une responsabilité extra-légale mais non pour autant extra-Juridique, qui, dans la conception classique du droit positif, est impensable. La seule responsabilité reconnue dans ce cadre étant en France celle dont le principe est inscrit dans l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature : « les magistrats ne sont responsables que de leur faute personnelle ». Ou bien la faute est dénuée de tout lien avec l'exercice de leurs fonctions, et alors ils sont responsables dans les conditions du droit commun, ou bien la faute est rattachable au service public judiciaire, et l'action de la victime ne peut être intentée qu'à l'encontre de l'État. Les magistrats peuvent également faire l'objet de poursuites disciplinaires devant le Conseil supérieur de la magistrature en cas de « manquement aux devoirs de [leur] état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité ». Il n'est pas douteux que le fait pour un juge de s'affirmer garant de l'éthique du Droit et, au nom de cette responsabilité, de refuser le cas échéant l'application d'une loi, risque fort de l'exposer à la critique de la hiérarchie judiciaire, des politiques et même de justiciables qui s'estimeraient lésés par un tel refus ; voire de s'exposer éventuellement à des poursuites. Si Camus qui n'a jamais dissocié

la scolastique et n'est donc pas leur « propriété ». Dans *Le Mythe de Sisyphe* par exemple, Camus, en un certain sens, s'interroge sur les conditions de possibilité d'une vie absurde qui ne soit pas une vie dénuée de sens, ou dans *L'Homme révolté*, d'une révolte qui ne sombre pas à son tour dans le nihilisme dénoncé. C'est ainsi que Maurice Weyembergh écrit que « Le quatrième temps [de la révolte] marque les conditions auxquelles la révolte devrait satisfaire pour retrouver son intégrité. » DAC, p. 783.

¹⁴¹ Et. De la Boétie, *Discours de la servitude volontaire*, Ed. Mille et une nuits, 1995, p.15. « La fascination répétée qu'il exerce, écrit Séverine Auffret dans sa postface, vient de ce qu'il jette (...) les bases d'une étude des rapports de domination-servitude dans les relations intimes, interpersonnelles. Le tyran n'est pas seulement une catégorie politique, mais aussi mentale, voire « métaphysique », *Ibid.*, p. 53

son action de sa pensée, est pris sérieusement pour référence, un tel risque ne saurait constituer un obstacle dirimant à la révolte du Juge convaincu de la nécessité de sa révolte contre son maintien dans la servilité.¹⁴²

63. La libération du Droit de la toute-puissance du politique par le juge et partant l'affirmation de la dignité de son office, est sans doute à ce prix. Pour l'heure, bien peu nombreux sans doute sont ceux, justiciables ou professionnels du droit, qui ont rencontré un Juge dont la démarche s'apparente à celle du *Juge révolté* inspiré de la pensée de Camus et situé à l'opposé des figures particulièrement péjoratives de juges évoquées par Denis Salas, trouvées dans ses fictions mais inspirées de sa fréquentation de l'institution en tant que chroniqueur judiciaire. Ce qui ne veut pas dire que la magistrature d'hier et d'aujourd'hui ne compte pas autant de personnalités humainement remarquables que n'importe quel autre corps, mais ce qui veut dire que l'institution telle qu'elle est conçue par les pouvoirs politiques successifs et par les magistrats eux-mêmes, ne permet guère à de telles personnalités de s'exprimer. Et l'histoire a tendance à retenir, en quelque sorte comme une exception à la fois hérétique et sympathique, de simples manifestations d'humanité. Ainsi au XIX^e siècle, du juge Paul Magnaud surnommé « le bon juge » par Clémenceau, qui avait relaxé sur le fondement de « l'état de nécessité », une fille-mère sans ressources voleuse d'un pain pour son jeune enfant privé de nourriture depuis plusieurs jours.¹⁴³

64. Ce qui est en jeu avec le *Juge révolté* ce n'est pas l'éthique personnelle du juge mais l'éthique du Droit — qui peuvent bien entendu se recouper —, mais il demeure que l'exemple éthique donné par le juge Magnaud et d'autres juges « humanistes », même si leurs décisions sont mal fondées en tant qu'elles ne le sont pas sur l'éthique propre du Droit, ne sont pas sans intérêt pour notre propos. Elles prouvent d'abord le désarroi de nombre de juges dont l'humanité ne s'arrête pas aux marches du palais, confrontés à l'injustice manifeste de la loi, qui souvent s'efforcent dans leurs jugements, au moyen de toutes sortes de louables contorsions juridiques, de restituer à la notion de « Droit » un peu du sens humain que lui accorde, à juste

¹⁴² Les prises de risques de Camus sont nombreuses. Par exemple comme journaliste avec sa dénonciation de la misère en Kabylie et des compromissions de la justice coloniale, ou comme résistant et par ses prises de position courageuses pendant la guerre d'Algérie. Ainsi avec *L'Appel pour une Trêve Civile* et le discours prononcé le 22 janvier 1956 à Alger en dépit des menaces de mort dont il avait fait l'objet.

¹⁴³ Une décision que la cour d'appel d'Amiens, sur appel du parquet, contrairement à ce qu'elle fera pour la plupart des autres décisions équitables de ce juge humaniste atypique, confirmera, mais sur une autre base légale : l'absence d'intention coupable.

titre, la plupart des gens. Elles prouvent ensuite, hélas, leur incapacité à dépasser l'opposition entre la loi positive et la loi naturelle ; à dépasser l'alternative entre respecter la première et la transgresser au nom de la seconde ; à penser un Droit positif dont le concept dépasse celui de loi (« en vigueur »). Mais elles peuvent aussi susciter une réflexion chez ceux qui, révoltés par les conséquences inhumaines des décisions qu'ils peuvent être amenés à prendre au nom de la loi, en viennent à douter de la validité théorique et pratique de l'orthodoxie neutraliste. Cette réflexion sur son possible dépassement, ne doit pour autant pas faire perdre de vue que l'application de la loi ne peut être abandonnée à la libre appréciation, ni des justiciables, ni des juges. Il s'agit d'une réflexion sur la possibilité de trouver un équilibre entre la loi qui est au service de la politique et le Droit qui est l'expression normative de l'existence humaine en tant qu'existence non seulement sociale, mais solidaire. Un équilibre ou autrement dit une cohérence entre des exigences qui peuvent apparaître parfois inconciliables, mais qui en réalité ne le sont que si l'on est à la recherche d'une pureté théorique aussi illusoire que dangereuse.

65. De cette cohérence raisonnable, à « hauteur d'homme », l'œuvre et la vie de Camus offrent un exemple remarquable. Ce qui n'est sans doute pas pour rien dans le fait qu'il n'a jamais connu le « purgatoire des écrivains » et que bien au contraire, il n'a jamais cessé d'être lu, cité, étudié, *une Société des études camusiennes* ayant même vu le jour pour faire vivre son œuvre. Mais il n'a aussi cessé de constituer une figure morale et une source d'inspiration éthique, artistique et plus généralement existentielle, pour nombre de ses lecteurs d'hier et d'aujourd'hui.¹⁴⁴ A tel point que l'on peut dire que Camus, depuis sa disparition prématurée, est devenu un véritable « personnage conceptuel ». Dans *Noces*, il écrit : « Tipasa m'apparaît comme ces personnages qu'on décrit pour signifier indirectement un point de vue sur le monde ». ¹⁴⁵ Pour Deleuze et Guattari, le personnage conceptuel constitue « une condition pour l'exercice de la pensée » qui contribue à définir les concepts propres à la philosophie mobilisée, « des concepts qui ne seraient rien sans la signature de ceux qui les créent », des concepts indissociables de l'intuition unique dans laquelle ils s'inscrivent.¹⁴⁶

¹⁴⁴ (1) Comme en témoigne remarquablement par exemple dans un livre où il lui exprime chaleureusement sa dette, Abd al Malik rappeur, écrivain et réalisateur qui l'« a rencontré (...) dans les pages de ses livres » ; une « rencontre [qui] a forgé son devenir d'artiste, de musicien, d'écrivain », déterminé son parcours et l'a tiré « toujours plus haut, toujours plus loin ». Abd Al Malik, *Camus, l'art de la révolte*, édit. Fayard, 2016, quatrième de couverture.

¹⁴⁵ (2) OC/NT, T. I, p. 109.

¹⁴⁶ Deleuze et Guattari parlent d'un plan d'immanence : Deleuze et Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?* Les éditions de Minuit, 1991/2005, p. 8, 9, 11 et 13.

66. Un point de vue, des concepts, une intuition, avec Camus étonnamment incarnés. En effet, à la lecture attentive et régulière de son œuvre puis de même de ses biographies, les unes entrant de plus en plus en résonance avec les autres, avec la découverte de multiples points d’ancrage autobiographiques dans les fictions — singulièrement évidemment avec *Le Premier homme*—, un profond sentiment de familiarité et de présence amicale saisit le lecteur. On y trouve la présence d’un personnage tout à la fois littéraire, sans doute en partie légendaire, et pourtant aussi, réel, tant il est vrai que chez lui, l’homme et l’œuvre sont comme les deux brins enroulés d’une spirale ou hélice, à la manière de l’ADN. Le personnage que dessine en filigrane le second grand essai philosophique, de 1951, *L’Homme révolté*, qu’aura été aussi, dans la vie, l’homme qui l’a écrit. Un personnage d’homme en perpétuelle révolte, mais sans céder à la démesure, à l’*hybris* assimilée par les Grecs à une forme de folie. Une révolte qui « prend en compte le réel, non pour s’y soumettre, mais pour le corriger en connaissance de cause ». ¹⁴⁷

XI. Une lutte sans fin contre la violence et pour la démocratie

67. Le réel que prend en compte le *Juge révolté*, c’est la loi telle quelle est produite par le pouvoir politique, non pour s’y soumettre docilement, mais pour s’opposer le cas échéant à son application lorsqu’elle est la source d’une violence humainement insupportable, bien qu’elle soit légitime au sens courant de « légale » et qu’elle soit exercée dans le cadre de cette légalité par des agents de l’État qui n’ont pas excédé leurs pouvoirs. On a vu déjà que pour Camus et contrairement à d’autres écrivains comme Giono, le refus de la violence, le pacifisme, ne peuvent être sans limites, absolus, y compris lorsque cette violence est ordonnée ou autorisée par la loi. ¹⁴⁸ Que l’inaction en présence de violences graves quelles qu’en soient les modalités, telles que celles commises, par exemple, par les autorités de « l’État français » sur des personnes qui, elles, n’avaient commis aucune violence, ou des résistants au fascisme et au nazisme, équivalait pour lui à une complicité.

¹⁴⁷ DAC, p. 658.

¹⁴⁸ Et ce, on l’a déjà vu également, même si la fin dont se réclament ses auteurs et ses agents peut être généreuse ou en tout cas avoir toutes les apparences de la générosité. Ainsi d’une loi prise et de violences commises aujourd’hui en application d’une telle loi, au motif qu’elle contribue à l’édification de la cité radieuse de demain, promise à l’égalité, à la paix et à la prospérité pour tous. À Emmanuel d’Astier de la Vigerie « compagnon de route » du parti communiste qui considérait que la fin justifie les moyens, Camus donnera les camps soviétiques comme « exemple de la violence légitimée ». DAC p. 92

68. Mais si pour Camus la loi peut être illégitime et qu'il peut être non seulement légitime mais impératif, de s'y opposer, il faut garder à la violence, pour qu'elle demeure légitime, un « caractère exceptionnel »¹⁴⁹ : « L'action révoltée authentique affirme-t-il ainsi fermement, ne consentira à s'armer que pour des institutions qui limitent la violence, non pour celles qui la codifient. »¹⁵⁰ Mais rien n'est jamais acquis et les institutions législatrices du premier genre mises en place, peuvent toujours un jour verser dans le second genre et se mettre à « codifier la violence ». Dès lors, si l'on ne se résout pas à ce que la seule alternative à la violence illégitime de la loi, soit entre la soumission et la révolte violente, on ne peut que se tourner vers le Juge afin qu'il pose une limite au nom du Droit à l'application de la loi délégitimée. Pour qu'il exprime en tant que Juge, de l'intérieur du périmètre institutionnel, la révolte que ne peut manquer de susciter chez tout homme digne, la violence légale qui n'est pas exercée dans l'unique but de faire cesser une violence manifestement injustifiable.

69. Ce progrès, inspiré de la pensée de Camus, ne peut qu'être envisagé avec une certaine modestie, bien qu'il puisse apparaître utopique et/ou révolutionnaire à un juge « classique » pour qui la loi (dans toutes ses déclinaisons positives) et son interprétation sont l'alpha et l'oméga de son office. Si, en effet, la proposition d'un recours au Juge comme substitut ou à tout le moins comme préalable à une réponse violente contre la violence de la loi, peut être un facteur de diminution de la violence, il serait non pas présomptueux, mais dangereux, de penser que les sociétés humaines puissent être un jour préservées de toute violence par le Droit, comme Durkheim l'a depuis longtemps démontré.¹⁵¹ Seuls les idéologues invétérés, ceux qui rêvent encore du « meilleur des mondes » dont Huxley et d'autres auteurs visionnaires ont donné à voir le cauchemar dans leurs dystopies¹⁵² — et l'histoire du siècle

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ OC/HR, T. III, p. 312.

¹⁵¹ « Le crime ne s'observe pas seulement dans la plupart des sociétés de telle ou telle espèce, mais dans toutes les sociétés de tous les types. Il n'en est pas où il n'existe une criminalité. (...) Ce qui est normal, c'est simplement qu'il y ait une criminalité, pourvu que celle-ci atteigne et ne dépasse pas, pour chaque type social, un certain niveau (...). Nous voilà en présence d'une conclusion, en apparence assez paradoxale. Car il ne faut s'y méprendre. Classer le crime parmi les phénomènes de sociologie normale, ce n'est pas seulement dire qu'il est un phénomène inévitable quoi que regrettable (...); c'est affirmer qu'il est un facteur de la santé publique, une partie intégrante de toute société saine. ». Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Quadrige, PUF, Paris, 5^{ème} édit., 1990, p. 65-66.

¹⁵² La dystopie est définie par le dictionnaire Larousse en ligne comme une « Société imaginaire régie par un pouvoir totalitaire ou une idéologie néfaste, telle que la conçoit un auteur donné. » Une société censée être parfaite et heureuse mais où, en réalité, ceux qui ne sont pas totalement fondus dans la masse uniforme et assujettis au pouvoir, vivent un véritable cauchemar. Un cauchemar auquel souvent dans les romans, ils s'efforcent de mettre

dernier avec l'avènement du totalitarisme quelques réalisations concrètes — peuvent encore le croire. Ainsi avec l'Etat stalinien qui proclamait que le problème de la violence « était par avance réglé de façon positive dans la construction socialiste. »¹⁵³ La lucidité à l'égard de la violence n'implique bien entendu aucun renoncement à lutter contre toutes les formes qu'elle revêt dans la société, qu'elle soit le fait d'individus, de groupes ou de l'État lui-même. *L'Homme révolté* est, précisément, celui qui n'y renonce jamais, qui sait que sa révolte aura la durée de son existence et sans doute celle de l'humanité elle-même, puisque la violence n'est jamais définitivement éteinte, quelle couve toujours sous les cendres dont toutes les paix sont faites. La lucidité à l'égard de la violence, de l'oppression et de l'injustice, commande de pencher au plan politique vers « l'utopie relative »¹⁵⁴ que constitue la démocratie qui se maintient au prix d'incessants compromis, et demeure toujours incertaine et fragile.

70. Dans un article de *Combat* de février 1947 précisément intitulé *Démocratie et modestie*, Camus écrit qu'« Il n'y a peut-être pas de bon régime politique, mais la démocratie en est assurément le moins mauvais »¹⁵⁵, c'est-à-dire le plus apte au maintien d'un ordre consenti et donc à la paix puisque « Le démocrate (...) est celui qui admet qu'un adversaire peut avoir raison, qui le laisse donc s'exprimer et qui accepte de réfléchir à ses arguments. »¹⁵⁶ Une définition qui, on peut l'observer en passant, n'est pas loin de « l'éthique de la discussion » théorisée par Jürgen Habermas et Karl-Otto Appel. À l'inverse, « Quand des partis ou des hommes se trouvent assez persuadés de leurs raisons pour accepter de fermer la bouche de leurs contradicteurs par la violence, alors la démocratie n'est plus. »¹⁵⁷ Une disparition elle aussi toujours possible, y compris aujourd'hui au sein même de l'Union Européenne comme le font craindre les démocraties dites illibérales, polonaise et hongroise notamment, où les dirigeants s'évertuent à museler la justice et les médias au motif que, dès lors qu'ils ont été élus, ils sont

fin. Parmi ces fictions on compte notamment hormis *Le meilleur des mondes* d'Aldous Huxley (1932), *La Kallocaïne* de Karine Boye (1940), *1984* de Georges Orwell (1948), *Fahrenheit 451*, de Ray Bradbury (1953), *Un bonheur insoutenable*, de Ira Levin (1970), *Globalia*, de Jean-Christophe Rufin (2004). Il est certain que la lecture de telles fictions peut être utile au juriste en ce qu'elles lui donnent à voir un droit réduit à un simple instrument d'oppression : l'instrument qu'il est, au moins potentiellement, dès lors qu'on lui dénie toute valeur propre.

¹⁵³ Anne Le Huerou, *Russie : les paradoxes de la violence* (Partie 1) Cultures & Conflits (En ligne) 29-30, n° 18.

¹⁵⁴ OC/A1, T. II, p. 445.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 427.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 428.

¹⁵⁷ OC/A1, T. II, p. 428.

libres de prendre toutes les mesures qu'ils veulent sans plus se soucier entre deux élections de leurs opinions publiques. Une disparition, avec la démocratie réelle, de la politique réelle, si du moins par politique on entend autre chose que l'exercice du pouvoir par la force et/ou le mensonge, si l'on refuse de vider le concept, comme le font les juristes neutralistes pour le Droit, de sa dimension éthique.

71. Dans le numéro du 4 septembre 1944 de *Combat*, Camus conclut son éditorial intitulé « Morale et politique » par une formule on ne peut plus tranchante : « Nous sommes décidés à supprimer la politique pour la remplacer par la morale. C'est ce que nous appelons une révolution ».¹⁵⁸ Il est certain que la radicalité de la formule doit sans doute beaucoup au contexte passionnel de son emploi ¹⁵⁹ et n'a d'ailleurs jamais été reprise littéralement par la suite, mais elle n'est pas pour autant dénuée de profondeur. Et elle ne témoigne d'aucune naïveté de la part de quelqu'un qui venait de risquer sa vie dans la Résistance.¹⁶⁰ Il y a l'horizon vers lequel doit tendre l'action, et la nécessaire adaptation de l'idéal que représente cet horizon, aux événements. Mais une adaptation qui, avec Camus, ne vire jamais au renoncement. Pour s'en convaincre il suffit de se reporter aux quatre *Lettres à un ami allemand* écrites sous l'Occupation et destinées à des publications clandestines, dont le choix de la citation placée en exergue de la dernière, est particulièrement éclairant : « L'homme est périssable. Il se peut ; mais périssons en résistant, et si le néant nous est réservé, ne faisons pas que ce soit une justice ! ». ¹⁶¹ Ces lettres démontrent assez qu'y compris dans l'action la plus intense et lourde de conséquences, Camus ne perd jamais de vue les fondements moraux de son engagement.

¹⁵⁸ OC/AP, T. II, p. 526.

¹⁵⁹ Passionnel et réaliste car il s'élève contre le retour, avec les « élites » de la troisième République, de la « cuisine politique » et réclame « que le bien public soit « l'affaire de tous », non de quelques-uns, en l'occurrence d'une caste coupée du peuple. Il attend des élus qu'ils soient proches et représentatifs de leurs électeurs. Ce qu'il critique sévèrement, c'est donc une politique professionnelle que caractérisent l'opportunisme, le clientélisme et le carriérisme des notables » : DAC, p. 696. Une critique dont le bien-fondé encore aujourd'hui est évident. Une critique qui est non moins évidemment sous-tendue par la reconnaissance d'un rapport nécessaire de la politique à la morale.

¹⁶⁰ « J'ai commencé la guerre en pacifiste et je l'ai finie en résistant » : DAC, p.774. « Des lettres privées consultées par Olivier Todd renseignent sur son état d'esprit » au début de la guerre : « Le régime du maréchal Pétain et son idéologie moraliste le révoltent : il y voit l'alliance de la lâcheté et de la sénilité », *Ibid.* Après un début de résistance à Oran, et des contacts pris alors qu'il soigne sa tuberculose Au Chambon-sur-Lignon, il rejoindra la résistance parisienne active sous la fausse identité de Bauchard, où il succédera à Pascal Pia à la tête du journal clandestin *Combat*, échappant de peu, après l'assassinat de l'imprimeur du journal et la déportation de deux membres de son équipe, à une rafle.

¹⁶¹ Exergue de la quatrième Lettre, d'Obermann (Lettre 90). OC/LA, T. II, p. 25.

Ainsi dans la quatrième lettre : « J'ai choisi la justice (...) pour rester fidèle à la terre. Je continue à croire que ce monde n'a pas de sens supérieur. Mais je sais que quelque chose en lui a du sens et c'est l'homme, par ce qu'il est le seul être à exiger d'en avoir. Ce monde a du moins la vérité de l'homme et notre tâche est de lui donner ses raisons contre le destin lui-même. Et il n'a pas d'autres raisons que l'homme et c'est celui-ci qu'il faut sauver si l'on veut sauver l'idée qu'on se fait de la vie. Votre sourire et votre dédain me diront : qu'est-ce que sauver l'homme ? Mais je vous le crie de tout moi-même, c'est ne pas le mutiler et c'est donner ses chances à la justice qu'il est le seul à concevoir. Voilà pourquoi nous sommes en lutte ». ¹⁶²

72. Pour Camus, la lutte pour la justice doit être celle de tous et donc aussi celle des Juges. Ce qui est contraire au credo neutraliste selon lequel la justice n'est pas, ne doit surtout pas être, l'affaire des juges, mais éventuellement, si cela leur chante, des politiques. Ce qui est incompréhensible pour la plupart des gens qui, naïvement, pensent qu'il y a ou en tout cas qu'il doit y avoir, nécessairement, une certaine concordance entre la justice en tant que valeur et la justice en tant qu'institution. Pour les juristes neutralistes, il peut se faire que la loi soit juste, mais qu'elle le soit ou non, et même si elle est particulièrement injuste, elle doit être appliquée par les juges avec la même conscience professionnelle. Laquelle exclut toute évaluation éthique de la loi. Le *Juge révolté* est celui qui refuse d'admettre que sa conscience professionnelle puisse lui dicter impunément, au regard de sa conscience d'homme (« si c'est un homme »), une action quelconque que cette dernière réproue absolument ; comme si elle en était totalement indépendante. Il est celui qui, en accord avec la conviction populaire en un lien nécessaire entre les deux justices, estime qu'il y a au contraire une limite à cette indépendance. Mais il est aussi celui qui refuse de fixer cette limite en fonction de son éthique personnelle. L'éthique sur laquelle est fondée cette limite est celle du Droit qu'il lui revient de Dire en tant

¹⁶² OC/LA, T. II, p. 26-27. Ou encore : « Vous êtes l'homme de l'injustice et il n'est rien au monde que mon cœur puisse tant détester. Mais ce qui n'était qu'une passion, j'en connais maintenant les raisons. Je vous combats parce que votre logique est aussi criminelle que votre cœur. Et dans l'horreur que vous nous avez prodiguée pendant quatre ans, votre raison a autant de part que votre instinct. C'est pourquoi ma condamnation sera totale (...) Mais dans le temps même où je jugerai votre atroce conduite, je me souviendrai que vous et nous sommes partis de la même solitude, que vous et nous sommes avec toute l'Europe dans la même tragédie de l'intelligence. Et malgré vous-même, je vous garderai le nom d'homme. Pour être fidèles à notre foi, nous sommes forcés de respecter en vous ce que vous ne respectez pas chez les autres, » *Ibid.*, p.28. Les fondements moraux des quatre lettres se retrouvant, autrement formulés la situation ayant évolué, dans le projet de *Combat* qui : « né dans la résistance, rédigé par des hommes libres, essaie d'être juste sans être ennuyeux, veut introduire la morale dans la politique, tente d'obtenir par une critique loyale les éléments d'une doctrine qui concilie la justice et la liberté. *Combat* ne cherche pas à mentir, ne prétend pas avoir toujours raison, ne condamne rien gratuitement. Mais *Combat* ne cède rien sur le plan de la vérité, de la raison et de la justice. *Combat* tente aussi la coalition de l'objectivité et de l'énergie » : DAC, p. 165.

que Juge. Un Juge qui doit demeurer un homme pour n'être jamais réduit à l'état de robot, mais qui doit aussi veiller à ne pas sortir des limites éthiques de son office.

XII. Un Droit véritable pour un État de Droit véritable

73. Il ne peut pas y avoir d'État de Droit véritable là où le politique règne sans partage.¹⁶³ Il faut, pour qu'il puisse y avoir un véritable État de Droit, que le Droit ne soit pas totalement dans la main du pouvoir politique. Il faut que le Droit ait une existence propre et que l'office du Juge ne consiste pas seulement à dire la loi mais aussi à Dire ce Droit. Léon Duguit à qui l'on doit la notion « d'État de droit », le caractérisait dans l'édition de 1923 de son *Traité de Droit Constitutionnel* par le fait que « l'État est subordonné à une règle de droit supérieure à lui-même qu'il ne crée pas et qu'il ne peut violer »¹⁶⁴. Et ses définisseurs ultérieurs ne disent, au fond, rien de fondamentalement différent.¹⁶⁵ Alors qu'à l'évidence, il ne peut y avoir de règles supérieures à l'État. Qu'il ne peut y avoir d'autres règles, y compris la Constitution qui n'est pas tombée du ciel, que celles dont l'État s'est lui-même doté. L'État, c'est-à-dire le pouvoir en place qui l'incarne et dispose des moyens matériels et humains de les faire respecter. Un pouvoir qui peut ou non être l'auteur de la Constitution et qui s'il ne l'est pas, peut toujours la modifier, la supprimer sinon la violer. Le « passage à l'acte », dès lors qu'il en a la volonté, n'est qu'une affaire de circonstances politiques et de rapport de force, y compris en démocratie. Il n'existe par exemple aucun obstacle juridique à ce qu'un parti fasciste ou néofasciste qui conquiert le pouvoir par les urnes, qui obtient la présidence de la République et une majorité parlementaire suffisante à cet effet, rende possible constitutionnellement l'édiction de lois

¹⁶³ Et il en serait bien entendu de même avec un « gouvernement des juges » sans limite. Mais dont l'existence est pour le moins hypothétique, au moins en France.

¹⁶⁴ Tome III, *La théorie générale de l'État*, chapitre IV, § 88. Intitulé *L'Etat de droit*, édit. Ancienne librairie Fontemoing & Cie, E. de Boccard, success., Paris, 1923.

¹⁶⁵ On peut, parmi eux, se référer à l'Etat lui-même. Dans un article publié sur le site officiel de la Direction de l'information légale et administrative rattachée aux services du Premier ministre, intitulé *Qu'est-ce que l'Etat de droit ?* on lit : « L'État de droit peut se définir comme un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit. Cette notion, d'origine allemande (Rechtsstaat), a été redéfinie au début du vingtième siècle par le juriste autrichien Hans Kelsen, comme un État dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée. Dans ce modèle, chaque règle tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. Un tel système suppose, par ailleurs, l'égalité des sujets de droit devant les normes juridiques et l'existence de juridictions indépendantes. » La référence à Kelsen sur un tel site est évidemment démonstrative de la dominance du positivisme, de son quasi statut de théorie du droit officielle. Et il ne faut surtout pas se méprendre sur la limitation de la puissance de l'Etat par des « juridictions indépendantes » alors que, comme cela a déjà été noté, la magistrature est constitutionnellement placée, en tant que simple autorité, sous la férule de l'exécutif et particulièrement de celui qui, sous la cinquième République, le domine, le président de la République.

liberticides. Pourrait-on alors encore, parler d'État de droit ? Sans doute, si l'on exclut de sa définition la dimension éthique attachée dans notre théorie à la définition même du Droit, la dimension qui lui confère avec celle de l'office du Juge, son autonomie. Non, si au contraire on distingue sur le fondement de cette même dimension, *État de loi* et *État de Droit*. Le premier pouvant s'approcher au plus près du second si le pouvoir « joue le jeu » de la démocratie et des libertés, mais sans que rien ne puisse juridiquement lui être opposé dans le cas contraire.

74. Il est vrai que le placement d'une norme baptisée « Constitution », stipulée supérieure à toute autre norme et donc solennellement placée au sommet de l'édifice normatif de l'État, supposée garantir les citoyens contre l'arbitraire du pouvoir qui l'incarne, peut être vu comme un progrès. Mais non comme une garantie absolue ou même simplement optimale, puisque l'histoire comme l'actualité démontrent assez que dans les faits, les régimes les plus autoritaires s'accommodent fort bien de l'existence d'une telle « norme suprême » ; une norme dont la protection qu'elle procure peut n'être, comme n'importe quelle autre norme, que purement formelle. Pour que, sans viser un impossible idéal État de Droit, la protection par le Droit soit la plus effective possible, il faut que l'incarnation de l'État ne soit pas exclusivement politique ; il faut qu'elle soit aussi juridictionnelle. « La démocratie ce n'est pas la loi de la majorité mais la protection de la minorité » ¹⁶⁶ notait Camus dans ses *Carnets* en 1959. Penser le Droit avec lui, c'est penser que l'État de Droit qui lui correspond et qui est nécessaire à une démocratie aboutie, implique que la protection de la minorité et *a fortiori* du citoyen isolé face au Léviathan politique, soit assurée par un Juge en capacité de Dire un Droit qui ne soit pas que politique. Un Juge auquel il est reconnu une légitimité Juridique distincte de la légitimité politique, et donc un pouvoir lui-même distinct du pouvoir politique.

75. Un pouvoir juridictionnel dont la reconnaissance conditionne l'instauration d'un véritable État de Droit, constituerait une avancée concrète, sur le plan judiciaire pour les plaideurs soustraits aux injustices flagrantes de la loi, mais aussi plus largement une avancée du point de vue de la confiance des citoyens dans les institutions. La confiance ou la défiance que suscite la justice est en effet révélatrice de la santé d'une démocratie. Si une majorité de citoyens estiment ne pas pouvoir lui faire confiance, c'est qu'ils sont persuadés que le pouvoir politique la maintient sous sa férule parce que la défense de leurs intérêts n'est pas sa priorité et/ou parce qu'il est corrompu. Autrement dit, il doit être admis que les « ressorts de la

¹⁶⁶ OC/CA, T. IV, p. 1292.

normativité sont en définitive *fiduciaires*, en cela que le droit repose à la fois sur l'autorité et la légitimité : le droit n'a que l'autorité et la légitimité que ses destinataires lui reconnaissent. »¹⁶⁷

De la suspicion citoyenne légitime à l'égard du pouvoir et de la justice, Camus s'est fait par exemple le porte-voix lorsque, jeune journaliste à Alger républicain, il a dénoncé l'instrumentalisation avérée de la justice par le pouvoir colonial en Algérie. Une suspicion qui peut bien entendu être plus ou moins fondée, mais qui est toujours dévastatrice pour la démocratie. Il est certain que la preuve par les faits que constitueraient des décisions judiciaires claires de refus d'application de lois manifestement contraires à l'éthique du Droit et avec elles l'affirmation de cette éthique, ne pourrait par la valeur hautement symbolique de telles décisions, que contribuer à la restauration d'une confiance dans les « élites » et les institutions de l'État qu'aujourd'hui la plupart des observateurs estiment gravement compromise. Des décisions que le pouvoir en place ne pourrait contrecarrer sans prendre le risque de renforcer la suspicion qui pesait sur lui quant à l'effectivité de l'État de Droit dont il pouvait se réclamer.

XIII. Un dépassement de l'opposition entre Droit et morale

76. Une telle conception qui fait une place à l'éthique dans la compréhension du Droit, heurte de plein fouet la théorie dominante qui au contraire l'en exclut. Bien qu'à la lecture des introductions générales au droit du début du cursus universitaire, on le présente comme un objet qui nécessite pour être appréhendé dans toute sa complexité, ou autrement dit dans toute sa réalité, une approche pluridisciplinaire ¹⁶⁸, dont la morale (ou l'éthique) n'est pas exclue. Mais sans qu'au final il soit tiré une quelconque conséquence théorique et *a fortiori* pratique, de cette apparente ouverture. Tout au plus en ce qui concerne, précisément, la morale, laissera-t-on parfois subsister une certaine ambiguïté sur ses rapports avec le droit. C'est ainsi, par exemple, que François Terré écrit que : « Tandis que certains auteurs atténuent la distinction de la morale et du droit et en viennent à soutenir soit que le droit est une morale, soit qu'il est constamment irrigué par la morale, d'autres prétendent qu'il conviendrait d'établir entre eux une séparation rigoureuse. Il est probablement plus exact de penser que la solution moyenne est préférable. Et,

¹⁶⁷ François Brunet, *op. cit.*, préface du professeur Etienne Picard, p. 20.

¹⁶⁸ Une complexité dont on peut se rendre compte en lisant la table des matières, par exemple du précis de François Terré où figure au Livre 1 Existence du droit, Chapitre 1 Le critère du droit, Section 1 Critères tenant au fond : §1 Droit et sciences normatives : A. Droit et morale, B. Droit et logique, C. Droit et esthétique, D. Droit et littérature/ §2. Droit et sciences de l'homme, B. Droit et sciences de la vie, C. Linguistique, sémiologie, sémiotique juridiques, D. Economie du droit. François Terré, Précis, édit. Dalloz, 9^e édit., 2012, p. 647.

s'il en est ainsi, c'est dans une large mesure parce que, dans la vie en société, les règles de conduite, telles que le droit les exprime et les sanctionne, n'ont pas seulement pour fin d'assurer la justice, mais aussi de satisfaire d'autres besoins, tels que celui de la sécurité ». ¹⁶⁹ Mais c'est à l'affirmation d'une rigoureuse séparation du droit et de la morale qu'en tout état de cause on reviendra lorsque l'on passera à l'étude du droit positif, défini tout aussi étroitement par sa sanction.

[77.] Or comment ne pas voir qu'aucune de ces positions par rapport à la morale, ne tient un seul instant ? Comment soutenir sérieusement que sans perdre toute spécificité, toute existence propre, le droit pourrait être une morale, une morale parmi d'autres morales ? Comment soutenir sérieusement que le droit pourrait être une morale si par droit on entend n'importe quel système normatif émanant de n'importe quel pouvoir politique pourvu qu'il soit en mesure d'en imposer le respect au besoin par la force, tel par exemple que celui du III^e Reich ? Comment soutenir sérieusement que le droit est constamment irrigué par la morale comme s'il l'était par l'effet d'on ne sait quelle volonté extrahumaine, divine ? Il l'est ou il ne l'est pas par la volonté de ceux qui, dans la réalité, le produise. Et il l'est surtout dans des États démocratiques où les droits humains sont globalement respectés. Enfin que vaut une « solution moyenne » justifiée par le fait qu'à côté de la justice, le droit aurait à prendre en compte une exigence de sécurité ? Comme si l'on pouvait concevoir la sécurité en dehors de toute considération morale et de justice. Et vice versa. Ainsi une loi justifiée officiellement par la nécessité d'assurer la sécurité des citoyens mais qui autorise leur détention sans charges précises, sans limitation précise, sans assistance d'un avocat, préventive et soumise à aucun contrôle judiciaire indépendant, n'aurait-elle rien à voir avec la justice ? La seule question qui vaille en matière de rapports entre le droit et la morale est en fait la suivante : est-ce que dans une telle hypothèse le juge doit appliquer la loi ? A l'instar de Camus dans l'incipit du *Mythe*

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 12. Quel est l'intérêt de relever que « de très nombreuses règles de droit sont (...) empruntées à la morale », que cela « peut porter à considérer que le droit n'est pas autre chose que la morale relayée et sanctionnée par le groupe social », que « les relations étant réciproques, l'on peut aussi estimer qu'en influençant les mœurs, le droit peut rejaillir sur la morale », pour ensuite affirmer que « les sources du droit et de la morale sont différentes {puisque} les préceptes de la morale résultent de la révélation divine, de la conscience (individuelle ou collective), voire de données de la science, tandis que les règles de droit — disons du droit appliqué dans un pays donné, à un moment donné — sont issues de la volonté de certaines autorités », que « les contenus de la morale et du droit sont différents », le droit par exemple pouvant comporter « des règles moralement neutres, voire de nature à consolider des situations immorales (le voleur devenant propriétaire après trente ans de possession) ; enfin que « Les sanctions de la morale et du droit sont différentes ? Bref, d'expliquer, ce qui est évident que la morale et le droit sont de façon variable superposables, mais qu'ils appartiennent à deux ordres normatifs d'essence différente. *Ibid.* p. 10 à 12.

de Sisyphe pour la philosophie, on peut affirmer que pour le droit il n'y qu'un problème vraiment sérieux : celui de la limite morale ou éthique à l'application du droit par le Juge dont c'est la mission de Dire le Droit. Que c'est uniquement dans ces termes que la question des rapports du Droit et de la morale est pertinente.

78. Il faut cesser de tergiverser et affronter cette question dans le cadre d'une réflexion dont la racine et la portée philosophiques ne peuvent faire aucun doute pour celui qui réfléchit en dehors de toute idéologie ; y compris en dehors du scientisme tardif des juristes qui, sur le fondement d'une conception erronée, dépassée, de l'objectivité scientifique, les conduit à faire du discours *sur* le droit un objet à proprement parler sans valeur. Un objet dégagé de l'éthique dont, par ailleurs, ils reconnaissent, parce que c'est évident, que le discours *du* droit est pétri. Pétri de l'éthique du pouvoir — de ses choix, de ses préférences ou autrement dit de ses valeurs. Des juristes dont l'objet « d'observation » n'est en réalité rien d'autre que celui qu'ils se sont artificiellement constitués pour répondre à une exigence de neutralité axiologique sans véritable fondement scientifique. Des juristes qui avec la pseudoscience positiviste, ne font en réalité que recycler, plus ou moins à nouveaux frais, le vieux dogmatisme légicentriste révolutionnaire auquel elle est censée fournir une caution scientifique. Ce dogmatisme qui fait du droit un objet réduit à un moyen à toutes fins du politique, n'est certainement pas étranger à la lourde propension des magistrats à l'obéissance au pouvoir, à leur attitude en général révérencieuse à l'égard de ses représentants et à leur sensibilité aux hommages qu'ils leur rendent volontiers lorsqu'ils suivent une carrière sans « débordements ».

79. Un droit sans autre limite éthique que celle, toujours aléatoire, que se pose à lui-même, dans les conditions et pour la durée qui lui convient, le législateur. Il est entendu que l'exercice de la politique au sein de la cité s'entend de la conquête du pouvoir par la force, par la ruse, par les urnes, par des campagnes électorales, des discours ; puis de son installation, de sa pérennisation au moyen des règles que le « conquérant » lui impose. Mais, ou bien ce dernier peut imposer sa volonté à la cité sans limite normative et alors en effet le droit n'est rien d'autre que de la politique mise en normes ; ou bien le pouvoir rencontre une limite qui ne peut être située ailleurs que dans le Droit lui-même, qui ne peut qu'être de nature éthique — éthico-Juridique — et il revient alors au Juge de poser la limite qui caractérise l'État de Droit authentique, complet, abouti sans être idéal.

XIV. Une interdiction absolue de toute exclusion de l'humanité

80. On peut dire, écrit Eve Morisi, que « la vie et l'œuvre entières » de Camus sont « modelées par la quête et l'établissement de balises susceptible d'aider l'homme et la communauté à adopter des comportements, règles de conduite et valeurs jugés préférables à d'autres et bénéfiques à tous ». ¹⁷⁰ Des balises dont l'évidente nécessité est sans aucun doute possible à l'origine du droit qui a précisément pour fonction d'encadrer et au besoin de contraindre les relations des individus et des groupes au sein de la cité. Des balises ou une balise — une balise des balises — qui, avec Camus, ne saurait être « formelle, dogmatique, abstraite, ou aveuglement ambitieuse ». ¹⁷¹ Cette balise qui est au fondement de toutes les autres, c'est, selon ce qui précède, la solidarité. Sans elle, l'égalité, la liberté et la justice sont dénués de sens, sans repères. Quelque chose par exemple, ne peut pas être juste ou injuste pour moi seul. « La plupart des vertus ne sont que des rapports particuliers, observe Montesquieu, mais la justice est un rapport général : elle concerne l'homme en lui-même : elle le concerne par rapport à tous les hommes ». ¹⁷² Et si ce rapport est de solidarité, l'injustice peut être analysée comme une rupture de la solidarité envers tous les hommes, sans exception.

81. Le bourreau dont il a été question plus haut (n°28), ignore le projet dont il est, en tant qu'homme, porteur. Pour des raisons qui tiennent à son histoire personnelle, contingentes, il n'éprouve pas le sentiment d'injustice éprouvé par sa victime. Un sentiment qu'elle tient pourtant de leur commune nature humaine. Un sentiment chez le bourreau, empêché de s'exprimer. Un sentiment éprouvé par l'esclave mais qui peut bien entendu tout autant être ressenti par un agent du droit : « Un fonctionnaire qui a reçu des ordres toute sa vie juge soudain inacceptable un nouveau commandement. Il se dresse et dit non. Que signifie ce non ? Il signifie par exemple : « les choses ont assez duré », « il y a des limites qu'on ne peut pas dépasser », jusque-là oui, au-delà non », ou encore : « vous allez trop loin ». En somme, ce non

¹⁷⁰ *Camus et l'éthique*, sous la direction d'Eve Morisi, édit. Garnier, 2014, p. 9.

¹⁷¹ Camus « était à la fois profondément sensible à l'existence d'une morale et critique à l'égard de cette notion ». Une morale qui « tue », « dévore » (...) quand elle est formelle, dogmatique, abstraite, ou aveuglement ambitieuse. », *Ibid.*

¹⁷² Montesquieu, *Fragment du Traité des devoirs*, édit. La Pléiade, T. I, p. 110. Diderot dans le même sens note que « La justice renferme tout ce qu'on se doit à soi-même et tout ce qu'on doit aux autres ». Diderot, *Entretiens avec Catherine II*, chap. 7., source Gallica.

affirme l'existence d'une frontière. (...) la frontière, pour finir, fondant le droit ». ¹⁷³ Lequel ne saurait en effet avoir pour fin et/ou pour conséquence de rompre la solidarité qui le fonde et lui donne sens en contraignant celui qui doit l'appliquer à commettre une injustice. Et ce qui vaut pour n'importe quel fonctionnaire, vaut évidemment à plus forte raison pour le Juge à qui il revient de Dire le Droit.

82. Le refus de la démesure, ou autrement dit la reconnaissance de ce qu'il y a une limite au déploiement de la pensée et de l'action humaines, explique que Camus n'ait pas écrit de traité, n'ait pas construit un système philosophique et que, solidement attaché à la sagesse grecque ¹⁷⁴ comme Ulysse au mât de son navire, il n'ait jamais cédé aux sirènes de l'idéologie ; mais cela explique aussi la singularité de sa révolte. « La révolte naît du spectacle de la déraison devant une condition injuste et incompréhensible. Mais son élan aveugle revendique l'ordre au milieu du chaos et l'unité au cœur même de ce qui fuit et disparaît. » Il faut « qu'elle consente à s'examiner pour apprendre à se conduire », ¹⁷⁵ à respecter la solidarité fondée sur son mouvement même. Car « toute révolte qui s'autorise à nier ou à détruire cette solidarité perd du même coup le nom de révolte et coïncide en réalité avec un consentement meurtrier (...). Pour être, l'homme doit se révolter, mais sa révolte doit respecter la limite qu'elle se découvre en elle-même et où les hommes, en se rejoignant, commencent d'être ». ¹⁷⁶ Pour être juste, il faut à la fois ne jamais se résigner à l'injustice et ne jamais se laisser aller à jouer les justiciers. A cet égard, « En 1944 dans *Combat*, Camus parle de la justice comme d'une « chaleur de l'âme », mais aussi d'une « terrible passion abstraite qui a mutilé tant d'hommes. » ¹⁷⁷

83. Du justicier pour qui la justice est une passion, Louis Antoine Saint-Just (au nom déjà tellement évocateur !), le plus jeune élu de la Convention nationale, est une figure emblématique et son discours devant cette assemblée du 13 novembre 1792 demandant la mort du roi, est terriblement exemplaire d'une position idéologique, sans limite : « Pour moi, je ne

¹⁷³ OC/HR, T. III, Appendices, p. 325. Souligné par nous.

¹⁷⁴ Pour les Grecs la démesure ou *hybris*, est associée à la figure mythologique de Némésis qui personnifie la Vengeance exercée contre tous ceux qui rompent l'ordre apollinien, qui se prennent pour des dieux, qui ne reconnaissent aucune limite à leur pouvoir, comme Caligula.

¹⁷⁵ OC/HR, T. III, p. 69-70.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.79.

¹⁷⁷ Denis Salas, *Albert Camus, la juste révolte*, édit. Michalon, 2002, p.10.

vois point de milieu : cet homme doit régner ou mourir (...). On nous dit que le roi doit être jugé par un tribunal comme les autres citoyens... Mais les tribunaux ne sont établis que pour les membres de la cité (...) [or] par quel abus de la justice même en feriez-vous un citoyen, pour le condamner ? » puisqu'il n'y a rien « de commun entre Louis et le peuple français (...) » ? ¹⁷⁸ Pour Camus, le discours de Saint-Just le révolutionnaire intransigeant, « l'adolescent accusateur » ¹⁷⁹ a « tous les airs d'une étude théologique »¹⁸⁰, mortifère, son « Louis étranger parmi nous » renvoyant le roi « hors du contrat » ¹⁸¹, et préfigure, en d'autres circonstances historiques et pour d'autres raisons que l'usurpation de « la souveraineté absolue du peuple », l'élimination de la cité de groupes humains entiers jugés « hors contrat », ou autrement dit indignes d'y être maintenus (les Juifs, les Roms, les Tutsis, les Rohingyas ...). C'est une exclusion en fait de l'humanité, c'est-à-dire une rupture totale de la solidarité humaine qui constitue sans aucun doute le crime le plus grave que puissent commettre des hommes à l'égard d'autres hommes ; celui qui ne fait pas qu'altérer le lien social, mais le rompt purement et simplement. Il ne s'agit évidemment pas de prendre le parti de Louis XVI contre Saint-Just, contre la révolution qui a aboli d'indéfendables privilèges, ni de prétendre qu'il y a un lien direct entre le discours régicide du premier et les génocides commis bien plus tard, mais de comprendre qu'un tel discours d'exclusion de la part de celui que l'on surnommait *L'Ange de la Terreur* (auteur de la « loi des suspects ») ouvre toujours la possibilité du pire. Ce dont il a pu vérifier lui-même la vérité, puisqu'il a été guillotiné.

84. Du crime d'exclusion de l'humanité, se rend complice le juge qui applique une loi qui la prescrit, même si l'individu ou le groupe exclu a commis d'horribles crimes. Pour qui pense le Droit avec Camus, il ne peut y avoir d'exception. La peine de mort, pour légale qu'elle soit (ce qu'elle a été en France jusqu'en 1981), n'en est pas moins criminelle au regard du Droit. Une exclusion de l'exclusion irréparable, qui n'a rien de dogmatique, qui n'a bien entendu avec lui rien de dogmatique,

¹⁷⁸ *Œuvres complètes de Saint-Just, L'Elite de la Révolution*, texte établi par Charles Vellay, Eugène Fasquelle éditeur, 1908, T.I, p. 364-372.

¹⁷⁹ OC/HR, T. III, p. 161.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.* Saint-Just qui a « fait entrer dans l'histoire les idées de Rousseau » sur un contrat social qui est « un catéchisme dont il a le ton et le langage dogmatique ». Un dogme qui vire en effet à la religion avec l'érection de la raison en un nouveau dieu dont le représentant au lieu et place du roi qui était celui de l'ancien dieu, est « le peuple considéré dans sa volonté générale ». *Ibid.* Un contrat social fondé sur un raisonnement totalement déconnecté des faits : « Commençons donc par écarter tous les faits, car ils ne touchent point à la question », Rousseau *Du contrat social*, Edit. GF Flammarion, 1992, p. 169.

pour être au contraire fondée sur une vision réaliste et donc modeste, de l'humanité : « Il y a une solidarité de tous les hommes dans l'erreur et dans l'égarement. Faut-il que cette solidarité joue pour le tribunal et soit ôtée à l'accusé ? Non, et si la justice a un sens en ce monde, elle ne signifie rien d'autre que la reconnaissance de cette solidarité ; elle ne peut, dans son essence même, se séparer de la compassion. »¹⁸² Laquelle « ne peut être ici que le sentiment d'une souffrance commune et non pas une frivole indulgence qui ne tiendrait aucun compte des souffrances et des droits de la victime. Elle n'exclut pas le châtement, mais elle suspend la condamnation ultime. Elle répugne à la mesure définitive, irréparable, qui fait injustice à l'homme tout entier puisqu'elle ne fait pas sa part à la misère de la condition commune. »¹⁸³ L'exigence de ne jamais perdre de vue la condition et la nature humaines, fait toute la différence entre la révolte camusienne qui se sait vouée à une régulière réactualisation en raison de la réactualisation sans fin de l'injustice, et « [l']action révolutionnaire » qui se croit porteuse de la solution définitive à l'injustice.¹⁸⁴

85. C'est la révolte d'un homme qui « d'abord (...) dit non mais qui s'il refuse (...) ne renonce pas », car « c'est aussi un homme qui dit oui ». ¹⁸⁵ « Non » à tout ce qui nie ou rompt la solidarité qui est la matrice de toutes les valeurs qui donnent sens humain à l'existence humaine. Ainsi de l'égalité ou de la liberté qui, si elle n'est pas « accrochée » à la solidarité, n'est qu'« une passion purement individuelle visant au bonheur ou à la domination égoïste »¹⁸⁶, comme c'est le cas des personnages de Mersault (*La mort heureuse*), de Caligula et de Martha (*Le malentendu*). Il n'y a de liberté authentique qu'indexée sur la responsabilité et soucieuse « d'éveiller le goût de la liberté chez les autres. »¹⁸⁷ « Non », donc, à tout ce qui nuit à la solidarité et « oui » au contraire à tout ce qui la renforce, la grandit, en révèle avec la liberté solidaire, l'horizon. « Non » s'agissant du Droit à « la puissance d'oppression que la justice des

¹⁸² OC/RG, T. IV, p. 156.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ « Une action révolutionnaire qui se voudrait cohérente avec ses origines devrait se résumer dans un consentement actif au relatif », une action qui « serait fidélité à la condition humaine » qui est celle de tous, sans exception, et qui garderait, en particulier, au droit la possibilité permanente de s'exprimer ». OC/HR, T.III, p. 310. La révolution « cohérente avec ses origines » correspond bien entendu à la révolte telle que la conçoit Camus.

¹⁸⁵ OC/HR, T.III, *Ibid.*, Appendices, p. 325.

¹⁸⁶ DAC, p.483.

¹⁸⁷ *Ibid.*

hommes peut générer »¹⁸⁸, souvent dénoncée par Camus, et « Oui » avec lui qui n'a jamais renoncé à sa « quête d'une communauté juste »¹⁸⁹, à une conception du Droit et de l'office du Juge qui intègre une dimension éthique fondée sur la solidarité. Une quête qui peut et doit être aussi celle des juristes décidés à rompre avec un neutralisme à proprement parler « sans valeur ». Et s'il écrit qu'« [i]l n'y a pas de justice, en société, sans droit naturel ou civil qui la fonde » et qu'« Il n'y a pas de droit sans expression de ce droit »¹⁹⁰, cela ne veut pas dire qu'il estime que le progrès vers la « communauté juste » appelée de ses vœux ne peut venir que des philosophes du droit qu'il n'a au demeurant guère fréquentés. Il peut bien entendu venir de toutes parts — de ces derniers, des politiques, des artistes, des citoyens... —, mais s'il est vrai que la théorie dominante du droit a pour effet de stériliser chez la plupart de ses spécialistes toute réflexion sur le sens de leur discipline et de son objet, rien n'interdit à certains de tenter de renverser une telle situation, pour le moins paradoxale. Sans pour autant bien entendu prétendre à un quelconque monopole.

XV. Un troisième voie entre jusnaturalisme et juspositivisme

86. Dans son maître livre *Droit naturel et histoire* paru en 1953, Léo Strauss (ré)affirme vigoureusement que « Le besoin du droit naturel est aussi manifeste aujourd'hui qu'il l'a été durant des siècles et même des millénaires. Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes. En passant de tels jugements, nous impliquons qu'il y a un étalon du juste et de l'injuste qui est indépendant du droit positif ».¹⁹¹ Mais s'il est vrai qu'il peut y avoir un « étalon du juste et de l'injuste », il n'est par contre pas vrai que l'on soit condamné à une opposition binaire entre droit positif et droit naturel. Il y a au contraire la place pour une troisième voie : celle du *Droit juridictionnel*, c'est-à-dire celui qui est dit par le Juge en tant que Juge qui interprète la dimension éthique du Droit requise par la conception dominante, non pas chez les juristes, mais dans le peuple dont la souveraineté est affirmée depuis plus de deux siècles.

¹⁸⁸ DAC, p.461.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ OC/HR, T.III, p. 310.

¹⁹¹ Léo Strauss, *Droit naturel et Histoire*, édit.Flammarion, Champs essais, 2008.

87. Une conception qui n'est pas l'invention des Juges, mais l'expression d'une culture, d'une vision du monde et singulièrement de l'organisation et de la régulation de la société qui a progressivement exclu, dans l'esprit des citoyens, que l'ordre social puisse être une pure et simple affaire de puissance et de domination. Et ce, quelles que soient les justifications données, dès lors qu'elles méconnaissent gravement que cet ordre est humain, créé par des hommes pour des hommes dont la solidarité est un fait et une valeur et la condition même de leur salut (terrestre). Une conception de la normativité sous l'appellation de Droit, d'origine essentiellement occidentale et singulièrement française, mais qui est liée au sentiment d'injustice qu'éprouvent tous les hommes en tous lieux et tous temps, lorsqu'ils sont confrontés à l'arbitraire de leurs semblables — une conception qui autrement dit, est au plus profond, assise sur une donnée anthropologique qui lui confère une possible universalité. Ce que semble vérifier le fait qu'un peu partout dans le monde, dans des aires culturelles très diverses où il n'existe pas vraiment d'équivalent historique aux notions de droits humains et de démocratie telles qu'elles ont été pensées en Occident, elles sont pourtant parfaitement comprises et revendiquées par tous les progressistes. Comme on le voit par exemple en s'en tenant à l'actualité récente, dans des mouvements tels que ceux des « printemps arabes » ou Hongkongais. Ce qui renvoie bien entendu à la notion de nature humaine héritée des Grecs et chère à Camus.¹⁹²

88. C'est pourquoi le rejet de l'injustice rapportée avec l'insolidarité à son expression la plus fondamentale et à ses manifestations les plus saillantes, et par voie de conséquence l'intégration dans la compréhension du Droit (au sens de la logique conceptuelle) d'une dimension éthique dont elle est la valeur matricielle, s'impose à tous ceux qui refusent que la loi puisse conduire « en Droit » à la commission des pires crimes, comme cela a été le cas au siècle dernier. Des « crimes de logique »¹⁹³ au sens de crimes en parfaite cohérence avec la

¹⁹² Une nature spécifiquement humaine, car s'il peut être tentant, et même justifié, de voir dans les yeux du chien battu par un maître brutal la lueur d'un sentiment d'injustice, et plus encore chez les grands singes, à l'œuvre dans leurs ensembles sociaux, des normes politiques et donc en quelque manière éthiques, qui les éloignent de l'instinct, on ne peut nier, sans qu'il soit besoin de prétendre à l'existence d'une rigoureuse solution de continuité, qu'avec l'homme la réaction à l'arbitraire de ses semblables a une signification, un retentissement psychique et social, d'une ampleur incomparable ; et ce, en raison sans aucun doute des performances inégalées dans le monde connu, de son cerveau (capacités cognitives, degré de conscience et langage).

¹⁹³ « Il y a des crimes de passion et des crimes de logique. Le Code pénal les distingue, assez commodément, par la préméditation. Nous sommes au temps de la préméditation et du crime parfait. Nos criminels ne sont plus ces enfants désarmés qui invoquaient l'excuse de l'amour. Ils sont adultes, au contraire, et leur alibi est irréfutable : c'est la philosophie qui peut servir à tout, même à changer les meurtriers en juges. » OC/HR, T. III, p. 63.

logique juridique neutraliste. Des crimes qui au contraire, pour celui que révolte une telle occurrence, font la démonstration, selon un raisonnement apagogique ¹⁹⁴ suivi par Camus lui-même, de l'impossibilité de maintenir une telle conception du droit. Un raisonnement qui, bien entendu, ne tient que si l'on est profondément révolté par les crimes en question, si celui qui réfléchit au droit est un homme qui voit dans l'inhumanité d'une loi une insupportable contradiction dans les termes.

89. « Il y a [sans aucun doute] plus de dignité à assumer la liberté qu'à vivre dans le confort de la soumission » ¹⁹⁵ comme le rappelle Kamel Daoud. Mais, puisque assumer la liberté c'est en assumer toute la responsabilité, il y a pour le juriste et surtout pour le Juge qui refuse le confort de la soumission sans limites à la loi, en tout premier lieu, à assumer la responsabilité redoutable du placement du curseur sur l'échelle de l'indignité : à quel niveau d'indignité faut-il refuser l'application de la loi ? Il ne saurait être question que le juge fasse une obstruction plus ou moins systématique à l'application des lois, ou autrement dit à l'action politique, en se faisant politicien déguisé en Juge. La distinction de la loi et du Droit perdant alors toute valeur. D'un autre côté si, pour faire la preuve par l'absurde de la nécessité d'une telle distinction, on se réfère à des cas extrêmes tels que celui du droit nazi et de Vichy, cela ne veut pas dire que le curseur du refus d'application de la loi ne doive être placé plus bas, en amont de la catastrophe humaine, en présence de lois qui affaiblissent gravement la solidarité et peuvent y mener si l'on n'y prend garde. Autant dire que le déplacement du curseur ne peut qu'être en effet fort délicat et que l'équilibre entre les dimensions politique et éthique du Droit ne peut qu'être évolutif, toujours précaire et en tension. Une tension nécessairement aussi, entre le pouvoir et le Juge. Dans *Le courage de juger*, Denis Salas écrit que « L'acte de juger est une prise de risque. (...) [et qu'] il importe d'assumer le plongeon vertigineux dans l'acte. (...) Un acte de volonté qui suppose une vertu : le courage. » ¹⁹⁶ Mais en quoi consiste exactement ce courage, dès lors que le magistrat s'en est tenu à la loi et quelle est la nature du risque qu'il est censé avoir pris et de ses inquiétudes ?

¹⁹⁴ Au sens du mot dans la logique scolastique, d'un raisonnement par lequel on se propose de démontrer la vérité d'une proposition en prouvant l'absurdité de la proposition contraire.

¹⁹⁵ Interview du 30 octobre 2018 de Kamel Daoud par Virginie Larousse, in. *Le Monde des Religions*. Kamel Daoud, journaliste au quotidien d'Oran et écrivain, auteur de *Meursault, contre-enquête*, qui assume toute la responsabilité de son engagement démocratique en refusant de s'exiler.

¹⁹⁶ Denis Salas, *Le courage de juger*, édit. Bayard, 2014, quatrième de couverture.

90. Qu'il soit difficile de trancher entre des intérêts contradictoires, notamment lorsque plusieurs solutions juridiques apparaissent possibles et que le procès revêt une certaine importance de tel ou tel point de vue (symbolique, patrimonial, humain ...), n'est pas douteux. Mais si les scrupules du magistrat au regard de la décision qu'il doit prendre ou qu'il a prise, ne sont que d'ordre technique, parler du « courage de juger » est peut-être excessif. Il n'y a là en tout cas, rien de très « vertigineux ». Et si ses scrupules débordent le cadre technique, s'ils virent au remord devant les conséquences humainement insupportables de sa décision, il est peut-être plus judicieux de parler à son propos de pusillanimité. Que risque en effet le magistrat inconditionnellement respectueux de la loi, sinon une éventuelle mauvaise conscience qu'il lui sera toujours possible de mettre en balance avec une conscience professionnelle au sens « classique » qui exigeait de lui qu'il passe outre auxdits scrupules ? En tout cas, il ne risquera rien de fâcheux, ni du côté de sa hiérarchie, ni du pouvoir politique puisqu'il l'aura bien servi. Rien, sinon de l'avancement et des honneurs pour l'inflexible serviteur de la loi. Le seul véritable courage, c'est celui du magistrat qui, devant les conséquences humainement insupportables de la décision que la loi lui impose de prendre, refuse de l'appliquer, même si cela doit entraîner pour lui des conséquences réellement fâcheuses, voire graves dans certains contextes politiques.

91. Il s'agit alors d'un refus authentiquement courageux et raisonnable, puisqu'il n'a d'autre but que de préserver l'équilibre entre les deux pôles, politique et éthique, également nécessaires à l'existence du Droit. Un but qui pour être atteint, commande de s'opposer à la tendance du « pendule » à courir « aux amplitudes les plus folles »¹⁹⁷ en sachant que « face à ce dérèglement (...) il faut une part de réalisme à toute morale », que « la vertu toute pure est meurtrière », mais « qu'il faut [aussi] une part de morale à tout réalisme » car « le cynisme est meurtrier ».¹⁹⁸ Autant dire que le *juge révolté* dont il est attendu les plus grandes qualités, n'en doit pas moins demeurer modeste ou en d'autres termes, témoigner en cela de la plus grande sagesse¹⁹⁹, celle que, poétiquement, Camus vise avec sa *Pensée de midi*.²⁰⁰ Il doit certes

¹⁹⁷ OC/HR, T. III, p. 313.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 315.

¹⁹⁹ « La mesure est le signe de la maturité intérieure, l'équilibre est la marque de la sagesse », H.F. Amiel, *Journal intime.*, 25 oct. 1870. In Dictionnaire de la langue philosophique, PUF, 5^e édit. 1986, p. 650.

²⁰⁰ Une formule qui résonne des échos du « Grand midi nietzschéen » et du « Midi le juste » de Valéry dans *Le cimetière marin*, mais qui avant tout, trouve son origine dans son amitié admirative pour René Char auquel il emprunte la formule si expressive et saisissante qui clôt *L'Homme révolté* : « L'arc se tord, le bois crie. Au moment de la plus haute tension va jaillir l'élan d'une droite flèche, du trait le plus dur et le plus libre ». OC/HR, T. III, p. 324. René Char, grand résistant, dont il dit que « Seul vivant parmi des survivants, il reprend à nouveaux frais, la

s'efforcer d'arrêter sa décision au point d'équilibre optimum — métaphoriquement au zénith²⁰¹ —, mais en sachant que ce point trouvé à un moment donné, en un lieu donné et un état donné de la société, sera toujours à reconsidérer compte tenu de sa complexité et de sa constante évolution. Sisyphe n'est jamais bien loin.

XVI. Une conception du Droit comme art de vivre ensemble

92. Penser le Droit avec Camus, un philosophe qui se disait volontiers avant tout artiste mais qui en réalité était indissociablement l'un et l'autre, c'est, en la sachant inatteignable totalement ou en tout cas durablement, tendre vers l'harmonie sociale. Bien que dans un contexte intellectuel fort éloigné, il ne serait pas déplacé d'invoquer à son propos le célèbre triptyque de Victor Cousin (dont il attribuait la paternité à Platon) — « du vrai, du beau et du bien ». La pensée du Droit avec Camus est celle d'un Droit et d'un Juge pour le Dire, soucieux d'éthique, de vérité (penser le Droit tel qu'il est et non tel que les neutralistes en réduisent la notion) et de beauté (celle d'une société aussi harmonieuse que possible), un Droit contre la domination et la laideur, contre la laideur de la domination. Mais penser le Droit avec Camus est aussi l'occasion de prendre la mesure de l'intérêt pour sa connaissance, inaperçu de la plupart des juristes français contrairement à leurs homologues Nord-américains, de la fréquentation des œuvres d'art, notamment littéraires. Nombre d'œuvres de Camus et d'autres auteurs du passé et du présent, rendent en effet visible à tous les lecteurs mais tout particulièrement aux juristes, au travers de fictions, les potentialités positives et négatives que recèlent les lois qu'ils mettent en œuvre et les institutions dans lesquelles ils interviennent²⁰², ces fictions pouvant être considérées comme des « expériences de pensée » et, en quelque sorte, se substituer, *mutatis mutandis*, aux essais en laboratoire dans les sciences de la nature.

93. On ne peut enfin penser le Droit avec Camus sans lui assigner avec la recherche de l'équilibre, celle d'une certaine harmonie sociale.²⁰³ Chez Camus, la beauté est une

dure et rare tradition de la pensée de midi », DAC, p. 658. *La pensée de midi* est le titre donné au chapitre V de *L'Homme révolté*.

²⁰¹ Une « pensée solaire », au « zénith qui figure au mieux ce moment privilégié où la lumière s'immobilise [où] : « une limite dans le soleil » arrête (...) les révolutionnaires sur la voie des excès où mène le nihilisme », DAC, p. 658. C'est-à-dire « l'incapacité à reconnaître des valeurs — la dignité, la solidarité, la liberté, la justice — qui sont pourtant révélées par la révolte bien comprise », *Ibid.*, p. 609.

²⁰² On pense à cet égard immédiatement à Balzac et sa *Comédie humaine* qui, avec plus de quatre-vingt-dix ouvrages de toutes sortes, est particulièrement instructive à cet égard. L'œuvre de Camus aussi, bien que plus courte, et autrement, est instructive.

²⁰³ Non d'une harmonie conçue comme définitive, fixe et parfaite sur le modèle de l'Antiquité grecque qui ne peut plus avoir cours, reflet d'« un ordre cosmique supérieur et extérieur aux hommes (...) juste, beau et bon que les

préoccupation constante en quelque domaine que ce soit. Dans ses *Carnets*, il note en 1955 : « La beauté, c'est la justice parfaite »²⁰⁴, ce qui « signifie qu'on ne saurait, au nom d'autres impératifs, priver les hommes, fut-ce temporairement, de leur droit à la beauté »²⁰⁵ : la beauté qui n'est pas uniquement d'ordre esthétique pour être aussi éthique, « articulée à l'idée du Bien ». ²⁰⁶ « Ainsi « l'honnête homme » pour les Grecs, est-il littéralement un homme « beau et bon ». ²⁰⁷ Un homme qui est « en mesure de montrer qu'on trouve éminemment la beauté dans l'action et dans ses principes, beauté du jugement, de la volonté, beauté en somme de celui qui sait et agit en conformité avec son savoir ». ²⁰⁸ Sans aspirer à une quelconque perfection, le *Juge révolté* est ce juge qui s'efforce par ses décisions de lutter contre les lois qui enlaidissent l'homme et la société. Un juge qui pour penser le Droit en tant qu'art de vivre ensemble, s'est ouvert plus largement à l'art et particulièrement à la littérature qui, selon Denis Salas (que l'on peut rejoindre sans réserve sur ce point), « permet de dire aux juristes : « Le droit n'est pas qu'une pure technique mais aussi une matière humaine. Ne croyez pas que vous serez des bons juges en étant de bons techniciens. Regardez-vous dans les portraits parodiques qu'à travers les âges et les cultures, les fictions ont fait de vous. Vous en apprendrez plus sur vos devoirs. Vous userez de votre pouvoir avec plus d'humilité. Vous apprendrez à douter ». ²⁰⁹ À douter, d'abord, avec Camus, de la vérité d'un neutralisme qui ignore ou feint d'ignorer le parti pris idéologique dont il procède.

En résumé de ce qui précède, pourquoi Camus ?

94. Quels premiers éléments généraux de réponse apporter au terme de cette introduction en forme d'ouverture au sens musical, à la question qui lui a été dévolue : pourquoi entreprendre de penser le Droit (positif) avec Camus, un auteur qui n'a rien écrit sur le droit ?

Anciens désignaient sous le nom de cosmos », L. Ferry, *Dict. amoureux de la Philosophie*, édit. Plon, 2018, p. 599. Ou encore d'une harmonie fondée sur un ordre issu de l'imagination fertile de quelque philosophe visionnaire. Avec Camus dont la pensée est en opposition frontale à toute prétention à l'absolu, il ne peut être question que d'une harmonie « à hauteur d'homme », imparfaite mais perfectible.

²⁰⁴ DAC, p. 79.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 80.

²⁰⁶ Encyclopédie Philosophique Universelle, PUF 1990, T. I, p. 226.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Denis Salas, *op. cit.*, p. 118.

Pourquoi, de surcroît, le faire après une quarantaine d'années d'exercice du métier d'avocat ? Un avocat parfois révolté par la loi en vigueur, mais que le rejet de la plaidoirie de complaisance sinon de connivence, n'a jamais conduit à l'opposé à la « plaidoirie de rupture ». Un avocat qui, avant de faire la théorie de l'*Avocat révolté* sans être révolutionnaire, a estimé qu'il fallait d'abord faire celle d'un *Juge lui-même révolté* sans être révolutionnaire, puisque c'est de lui et de lui seul qu'il peut espérer obtenir que soit écartée dans l'intérêt de son client, une loi qu'il estime manifestement indigne. Un avocat (aujourd'hui honoraire) qui a le sentiment d'avoir pratiqué le droit sans avoir jamais vraiment réfléchi à la possibilité de donner à sa révolte contre une telle loi, un cadre juridique ; à la possibilité que, dans ce cadre, le débat sur les enjeux humains du procès soient étendus au principe même de son application. Or, comme on s'est efforcé de le montrer autour d'une quinzaine de thèmes qui sont comme autant de lignes de fuite vers cet objectif, l'œuvre de Camus (augmentée de sa biographie) rend possible de concevoir un tel cadre théorique et pratique. De concevoir ainsi un Droit (comme objet et discipline) et un Juge pour le Dire, autonomes : un Droit antinomique à l'arbitraire et un juge réellement garant des libertés, comme les conçoit le peuple souverain. Il s'agit ainsi, avec Camus le philosophe de la révolte contre l'absurdité de l'injustice faite à l'homme par l'homme, de la révolte solidaire, de rompre avec la théorie neutraliste dominante, qui, en privant le Droit et l'office du Juge de sa dimension éthique, les prive de sens. Il s'agit aussi, avec sa *Pensée de midi*, de la mesure, de l'équilibre, de penser un Droit et un Juge pour le Dire, au service d'un art de vivre ensemble, nécessairement en tension, mais sans que cela ne fasse obstacle à la recherche d'une certaine harmonie sociale. Il s'agit enfin, avec l'artiste, l'écrivain, de contribuer à une ouverture du droit sur l'art et notamment sur la littérature qui le met en scène. D'où les deux parties :

1^{ère} partie : Penser la dimension éthique du Droit

2^{ème} partie : Penser l'autonomie et l'art du Droit

PREMIERE PARTIE

—

PENSER LA DIMENSION ETHIQUE DU DROIT

Introduction de la première partie

95. Les juristes auxquels s'adresse la présente thèse inspirée avec Camus d'un penseur du sens (signification, valeur et direction) de l'existence humaine — de l'existence en tant spécifiquement et pleinement qu'existence humaine — sont ceux qui se reconnaissent le droit de penser les normes qu'ils mettent en œuvre, à la fois en tant que juristes et en tant qu'hommes parmi les hommes. Ceux qui ne s'estiment pas déliés de leurs responsabilités d'homme au seul motif que la loi, quelle qu'elle soit, s'impose à eux d'en haut, c'est-à-dire du pouvoir politique quel qu'il soit, sans avoir, en tant que juristes-hommes, leur mot à dire. Ceux qui admettent que le Droit, qui structure et détermine directement (plan social) ou indirectement (plan individuel) l'existence humaine, ne peut pas être indifférent au sens que les hommes sont en quelque sorte sommés, par leur conscience « d'être au monde et d'y être mortel », de donner à leur existence ; et bien plus encore, que ce sens ne peut qu'irriguer chaque norme et l'ensemble du système normatif dont ils sont censés être les spécialistes. Et parmi ceux-là, tout spécialement, le Juge puisqu'il est celui à qui il revient, par essence et par délégation du peuple souverain au nom duquel ils rendent leurs jugements, de *Dire le Droit* et non exclusivement la *loi*.²¹⁰ : de Dire avec un « D » majuscule en tant que Juge avec un « J » majuscule le Droit avec un « D » majuscule. Trois majuscules qui signifient que le Juge en question, le *Juge révolté* dans notre terminologie, est sorti de la servitude que lui imposait arbitrairement une conception prétendument juridique et en fait politique, du droit ; et qu'il a investi la plénitude de son office.

96. Ce *Juge révolté* est inspiré de *L'Homme révolté* de l'essai de 1951 dont le portrait se précise page après page, comme de la biographie de son auteur, tant il l'a incarné. Un homme révolté contre tous les manquements graves à la solidarité humaine sans laquelle la loi n'est rien d'autre en son fond que la « loi du plus fort » ou selon l'expression populaire, la « loi de la jungle ». La solidarité est une valeur qui chez Camus concentre toutes les autres valeurs humaines, et en tout premier lieu, celles d'égalité (d'égale dignité des hommes), de justice et de liberté. Une valeur souche dont l'évacuation de la notion de Droit ne peut qu'apparaître totalement injustifiable et insupportable à celui qui s'en inspire pour penser le Droit, mais en

²¹⁰ En fait, compte tenu de ce que c'est le Juge qui seul peut faire advenir à la positivité la conception alternative à la conception neutraliste qui fait l'objet de cette thèse, plutôt que d'indiquer à chaque fois « les juristes et particulièrement le Juge », il ne sera plus question désormais que du Juge ; même si, bien évidemment, cette éventualité n'est concevable que si un mouvement en sa faveur se développe dans l'ensemble de la communauté juridique et singulièrement chez les théoriciens du droit.

fait à toute personne que révolte l'idée que l'on puisse réduire le Droit à un simple instrument technique laissé à la disposition de celui ou de ceux qui sont en capacité d'imposer, au besoin par la force, leur volonté à la cité. Ce qui est le cas depuis la Révolution française (pour s'en tenir à la France) où le droit n'a pas été autre chose, dans les faits, que la « chose » du politique et le juge autre chose que son agent. En temps de paix et en dehors de graves troubles politiques et/ou sociaux, les juges à qui le pouvoir a laissé plus ou moins la bride sur le cou, ont pu croire, confortés en cela par tout un courant doctrinal, qu'ils détenaient un pouvoir propre et qu'ils pouvaient être véritablement (au-delà de l'interprétation et de l'adaptation) « créateurs de droit ». ²¹¹

97. On a pu voir ainsi de grandes manifestations d'indépendance dans des décisions prises dans les « blancs » de la loi ou plus ou moins en contradiction avec sa lettre ou son esprit. Ou encore croire à la « montée en puissance » des juges du fait de l'augmentation de leur sollicitation par les citoyens et de leur capacité de contrôle du comportement des hommes politiques qu'ils peuvent inquiéter, voire mettre en examen et même parfois condamner. Mais comment ne pas voir que tout cela n'est qu'affaire de circonstances politiques ? Le pouvoir politique peut avoir intérêt — un intérêt politique — à se montrer tolérant et même à encourager

²¹¹ Parmi les nombreux auteurs qui ont traité de la prétendue émancipation des juges du pouvoir politique, on peut citer l'ouvrage de Mary Jane Mossman et Ghislain Otis, précisément intitulé *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, édit. Thémis, 2000. Où il est question d'un pouvoir judiciaire qui serait devenu la « troisième branche » de l'Etat démocratique moderne. Pour nombre d'auteurs, la juridicisation de la société s'expliquerait, notamment, par la complexification croissante de la société et donc du droit, et par une « tendance de l'individu à la représentation de soi en termes de sujet de droit et à la traduction simultanée de cette représentation identitaire dans le rapport social (...) Les rapports sociaux [faisant] désormais l'objet d'une redéfinition générale en termes de droits et de devoirs individuels. » *Aux frontières de la justice, aux marges de la société — une analyse en groupes d'acteurs et de chercheurs*, Academia Press, Gent, 2005, p. 259. Le juge en présence « de la multiplication de foyers normatifs » devant « coordonner la complexité de l'articulation juridique » et se faire « désormais garant de l'assemblage structuré des pièces plurielles du puzzle juridique ». Le même auteur n'hésitant pas à affirmer que : « le juge contre-pouvoir ne se borne pas seulement à contrôler les pouvoirs ; il participe aussi d'un dialogue normatif avec eux. (...) L'analyse de l'action régulatrice du juge autorise donc un dédoublement fonctionnel, en quelque sorte. Dans sa fonction de contrôle, le juge a la possibilité de modérer, freiner, voire de s'opposer aux autres pouvoirs ; il utilise pleinement sa faculté d'empêcher. Parallèlement, dans l'exercice de sa fonction d'interpellation (ou « faculté de statuer ») des autres instances du système, le juge participe à l'élaboration de la loi, en complétant ou suppléant le législateur ; cela illustre parfaitement la mise en œuvre de sa faculté de statuer. Dans les deux cas, en tant que pouvoir authentique, le juge doit opérer des choix. Ce faisant, il participe indéniablement à l'exercice de la fonction politique, par la mise en œuvre d'un véritable pouvoir décisionnaire, élément déterminant dans le processus d'affirmation du juridictionnel comme pouvoir comparable aux deux autres », Fabrice Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 119 et 207-209. Ce texte est typique de l'illusion et de la confusion combattues par notre théorie. L'illusion, c'est celle qui résulte du fait de ne pas comprendre ou de ne pas vouloir comprendre, que la marge laissée à l'initiative du juge dépend de décisions, de stratégies, d'un « laisser faire » politique, toujours provisoire. La confusion qui va de pair avec cette illusion, du juridique et du politique : le juge cesse bien entendu d'être un juge dès lors qu'il fait de la politique, ce qu'il fait en l'absence d'une éthique propre du Droit, dès lors qu'il sort des lices d'une interprétation fidèle de la loi.

les initiatives des juges, voire à édicter des lois qui le contraignent. Mais il va de soi que si cet intérêt disparaît, il en sera de même de son autolimitation et qu'il ne tardera pas à revenir sur ses « concessions ». Son éventuelle reprise en mains n'ayant jamais d'autres limites que politiques en l'absence de toute limite éthique intrinsèque au Droit. Les réponses juridiques apportées aux attentats perpétrés récemment en France et la menace terroriste persistante dont il est impossible en raison même de sa nature, de proclamer jamais la fin, par exemple, démontrent assez avec quelle promptitude le pouvoir peut être tenté de porter atteinte à des libertés qui paraissaient acquises ²¹² ; sans que le juge prétendument « monté en puissance » n'ait son mot à dire. « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle » affirmait, non sans raison sur ce point, Carl Schmitt. ²¹³

98. En fait, dans le long terme, les rapports du politique et du judiciaire se présentent sous la forme d'un jeu de yo-yo qui dit-on serait le jouet le plus ancien connu après la toupie. On en trouve en tout cas une trace dans la Grèce du V^e siècle avant J.C. sur une poterie de l'Attique conservée à Berlin où l'on voit un jeune garçon manier le jouet. Le pouvoir aussi et depuis fort longtemps, sinon depuis l'antiquité, « joue » à faire descendre et remonter le yo-yo judiciaire en fonction de la conjoncture politique. Un va et vient qui ne dépend pas du juge mais du doigt du pouvoir autour duquel s'enroule la ficelle. Autant dire que l'émancipation en

²¹² C'est ainsi que l'on peut lire sur le site du *Conseil de l'Europe* (Commissaire aux droits de l'homme) : « Face à la montée du terrorisme, les États sont souvent tentés de restreindre les libertés fondamentales pour le combattre et éviter de nouveaux attentats. Étant donné que le terrorisme constitue une grave menace pour les droits de l'homme et la démocratie, les États ont besoin de prendre des mesures pour empêcher et sanctionner efficacement les actes terroristes. Cependant, l'utilisation de la législation antiterroriste à mauvais escient est devenue en Europe l'une des menaces les plus répandues pour la liberté d'expression, y compris la liberté des médias ». Quelques exemples en France : les arrestations préventives sur le fondement de l'article 222-14-2 du Code pénal ; la loi du 10 avril 2019 « visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations » (loi anticasseurs) qui notamment : autorise des contrôles des effets personnels des passants et des véhicules en dehors de la commission de toute violence ; permet d'interdire de manifester à des gens qui détiennent des objets pouvant constituer une arme, c'est-à-dire à peu près n'importe quel objet ; érige en délit le fait, en soi, de dissimuler, même partiellement, son visage », alors que le port, par exemple, d'une ample capuche, n'est pas nécessairement lié à la participation à une action délictuelle ; prévoit la création d'un fichier des personnes interdites de manifester. Certes le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions qui donnaient la possibilité au préfet d'interdire de manifester à une personne soupçonnée de constituer une menace pour l'ordre public. Mais rien ne permet d'affirmer que dans un avenir qui peut être proche, à l'occasion d'affrontements graves, le gouvernement en restera là. L'installation de l'état d'urgence dans le droit commun en 2017 est en effet révélatrice d'un mouvement de fond visant à la restriction des libertés dans divers domaines (perquisitions, assignations à résidence, interdictions de séjour, fermeture de lieux de réunion...), dont rien ne permet de penser qu'il soit achevé. Le renforcement des pouvoirs accordés à l'autorité de police s'accompagne d'un affaiblissement corrélatif de ceux de l'autorité judiciaire. La montée en puissance, par contre bien réelle, des extrêmes droites et des régimes autoritaires en Europe, peuvent faire craindre que le succès récurrent des discours sécuritaires liés au terrorisme, mais aussi à l'immigration, ne conduisent à terme à une fragilisation de la digue constitutionnelle.

²¹³ Carl Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p. 1

laquelle le juge peut croire dans les périodes de desserrement, de relâchement du yo-yo, demeure, en son principe, un leurre. Le « pouvoir » des juges est et demeure « un pouvoir refusé »²¹⁴, malgré la croyance ou le « vouloir croire » d'une partie des magistrats en la conquête, depuis quelques décennies, de la fameuse indépendance. Comme le note Denis Salas, pourtant en général assez optimiste sur l'évolution de l'institution²¹⁵, le (soi-disant) pouvoir judiciaire « est invariablement resté dans une position de subordination depuis qu'en l'an VIII la magistrature a été transformée en un corps d'officiers placé sous la tutelle de l'exécutif. Aucune République par la suite n'a voulu autonomiser ce pouvoir. Aucun régime n'a pris le risque de se dépouiller d'une telle arme ».²¹⁶ Ce qui est particulièrement visible au travers des hypocrites débats suscités par toutes les oppositions à propos du placement des magistrats du parquet sous la houlette du ministre de la justice.

99. Toutes ces oppositions sont hypocrites puisqu'en réalité, qu'elles soient de droite, du centre ou de gauche²¹⁷, elles se gardent bien lorsqu'elles accèdent au pouvoir, d'engager une réforme de fond sur le sujet. Le seul progrès constaté à cet égard depuis des lustres, tenant à l'interdiction faite au ministre de la justice de donner des instructions individuelles aux magistrats du ministère public par la loi du 25 juillet 2013 (dite Taubira), alors qu'une loi du 9 mars 2004 (illustration du « yo-yo ») avait au contraire renforcé le pouvoir hiérarchique du ministre de la justice en étendant ses prérogatives à la conduite de l'action publique, lui permettant « de saisir le parquet pour demander d'activer une enquête préliminaire, d'ouvrir une information judiciaire ou de poursuivre, de requérir un non-lieu, une relaxe, une peine particulière ou encore un appel. »²¹⁸ Mais il va de soi que le progrès susvisé est très relatif, qu'il est en fait plus formel que réel puisque les membres du parquet demeurent soumis à une

²¹⁴ Jean Foyer, *Un pouvoir refusé*, Pouvoirs, n°16, 1981, p. 17.

²¹⁵ En particulier au travers de certaines avancées au niveau du Conseil Supérieur de la Magistrature qu'il souhaite voir jouer « le rôle d'interface entre le politique et la justice ». Mais une interface où il est évident que l'une des deux parties, en tout état de cause, dispose, seule, de la capacité de fixer les règles du jeu. Denis Salas, *Le courage de juger*, édit. Bayard, 2014, p. 129.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 125.

²¹⁷ Ainsi un ministre de la justice, Jean-Jacques Urvoas, dans l'entre-deux tours de l'élection présidentielle de 2017 et la fin du quinquennat de François Hollande, se fait remettre une note de synthèse confidentielle sur un dossier en cours de fraude fiscale concernant un député, via le parquet de Nanterre, le parquet général de Versailles et la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces, pour la transmettre au député concerné avec ses « amitiés » !

²¹⁸ Site de la Direction de l'Information Légale et administrative, Administration centrale des services du Premier ministre. Article du 26 juillet 2013 relatif à la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique.

puissante hiérarchie interne : la carrière des occupants des étages inférieurs dépend toujours des occupants des étages supérieurs dont la carrière dépend elle-même toujours plus ou moins du pouvoir en place. Lequel au demeurant, n'a pas nécessairement besoin d'écrire ses consignes pour se faire entendre. Il ne fait guère de doute à cet égard que les décisions du parquet sont, aujourd'hui comme hier, influencées par les réactions du pouvoir politique dans les affaires sensibles. ²¹⁹ En outre, l'action du parquet demeure bien entendu déterminée par des instructions ministérielles générales. Mais même à supposer que le ministère public accède à l'indépendance statutaire traditionnellement reconnue au siège, on ne pourrait considérer pour autant que l'institution judiciaire a réellement accédé à l'indépendance, faute de reconnaissance de l'autonomie même du droit par rapport à la loi et de celui qui le dit, par rapport à celui qui la fait.

100. Pour qu'il en aille autrement, il faudrait sortir, dans les faits, de l'amphibologie du terme « indépendance » appliqué à la justice, avec d'un côté une indépendance entendue comme marque d'un véritable pouvoir et de l'autre, comme simple protection consentie par la loi à ses représentants dans l'exercice de leurs fonctions. Une amphibologie qui, il est vrai, selon les circonstances, peut « arranger » les politiques comme les juges. Les premiers parce qu'elle leur permet de se défaire, de manière plus ou moins franche, sur les juges, des conséquences judiciaires impopulaires de leurs lois, ou de s'en prévaloir dans le cas contraire. Les seconds, parce qu'elle leur permet, soit d'apparaître devant une opinion publique favorable, sous l'aspect flatteur de décideurs, d'hommes participant du pouvoir, soit de se réfugier derrière leur modeste fonction d'application de la loi lorsque, notamment à l'occasion d'un bouleversement politique, les opprimés d'hier qui ont pris ou repris le pouvoir, viennent leur demander des comptes. Mais en dehors de la scène sociale, de toute duplicité du côté des

²¹⁹ Un des derniers exemples, presque caricatural, de cette « sensibilité » active, vient d'être donné en mars 2019 par le procureur de Nice dans le contexte des mouvements sociaux dits des « gilets jaunes », avec notamment l'explication qu'il a fournie à la direction des services judiciaires, de son affirmation première selon laquelle une septuagénaire gravement blessée au cours d'une charge des forces de l'ordre n'avait en réalité pas été en contact direct avec elles (contrairement à ce que révélaient sans contestation possible, les images prises sur place) : il n'avait pas voulu mettre le président de la République en difficulté alors que lui-même avait fait précédemment la même déclaration ! L'avocate de la victime a évoqué à cet égard une « porosité malsaine » que la Cour Européenne des Droits de l'Homme avait elle-même condamnée dix ans plus tôt dans l'arrêt *Medvedyev c/ France* du 29 mars 2010 (requête n° 3394/03 puis dans l'arrêt *Moulin c/France* (requête n° 37104/06) du 23 novembre 2010. Après avoir relevé notamment la dépendance hiérarchique du parquet au garde des sceaux, le fait que ses membres ne sont pas inamovibles, qui leur est faite obligation de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui leur sont données, la cour a considéré que, du fait de leur statut ainsi rappelé, « les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3. de la Conv. EDH.

politiques et de toute manifestation d'orgueil du côté des juges, dans les coulisses, « à froid », il est admis par les uns comme par les autres, que le droit est un objet d'une double nature : pétri de valeurs côté production (politique), et neutre, déchargé de toute valeur, dès lors qu'il est passé du stade de la production à celui de l'application et de l'observation. Un objet qui n'engage donc que la responsabilité du législateur (au sens large), même si pour certains juges, leur irresponsabilité de principe peut, de fait, générer une certaine mauvaise conscience lorsqu'ils ont à appliquer des lois manifestement indignes.

101. Cette irresponsabilité de principe est fondée historiquement sur l'affirmation par les révolutionnaires de 1789, au moins tacitement validée par leurs successeurs de tous bords, de la toute-puissance de la loi en tant qu'expression, sinon directe, au moins fidèlement recueillie et transcrite par ses représentants, de la volonté du peuple souverain. Et l'affirmation corrélative de la toute impuissance de ceux dont on attendait qu'ils ne soient rien d'autre que la « bouche qui prononce les paroles de la loi » selon la formule célèbre de Montesquieu de *L'esprit des lois*. Il n'était plus question pour les juges de prétendre à une autonomie qui les aurait placés, sur le plan normatif, à égalité avec le pouvoir politique. Tout juste pouvaient-ils espérer en une certaine indépendance statutaire, c'est-à-dire octroyée et fixée par la loi. Il leur a donc fallu renoncer à l'exercice d'un véritable pouvoir, avec ou sans nostalgie pour un passé peut-être plus glorieux.

102. Il est certain que la variété et la complexité, toujours plus grandes, des situations à trancher, a contraint le pouvoir politique, de son côté, à délaisser l'utopie d'une gestion totale *a priori* de la société par une loi univoque.²²⁰ Mais l'indépendance et l'étendue des marges de manœuvre des juges ont toujours été variables et révisables par le pouvoir politique en place en fonction, exclusivement, de ses intérêts et des circonstances politiques²²¹. Jamais les juges ne

²²⁰ Une utopie qui, on le verra (cf. la section 2 du chapitre 2 du titre 1 de la 1^{ère} partie consacrée au possible remplacement du juge par la machine), est, avec le numérique, en voie de réactivation. Un ordinateur ne serait-il pas idéalement la « bouche qui prononce les paroles de la loi » envisagée par Montesquieu qui ajoutait à propos des juges qu'ils devaient être « des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » ?

²²¹ Des circonstances qui ne sont guère favorables globalement en Europe depuis quelques décennies, malgré une Union Européenne qui n'a eu de cesse d'affirmer, avec la démocratie, son attachement aux libertés. Ce dont rend compte un article du *Monde diplomatique* intitulé *La justice face au pouvoir politique* : « Aujourd'hui, l'institution judiciaire tend un peu partout à perdre progressivement le minimum d'autonomie qu'elle avait acquise face aux exécutifs gouvernementaux, qui concentrent désormais l'essentiel des pouvoirs. Ce sont eux qui négocient la mise en place d'un espace judiciaire européen, accompagné, voire précédé, d'un espace policier. Priorité à la sécurité de l'État, au maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ordre social existant, renforcé pour les besoins de la restructuration capitaliste. Au détriment de la protection et des garanties judiciaires accordées aux droits et libertés des citoyens. Les manifestations de cette tendance à la subordination de la justice au pouvoir politique sont

se sont posés en face du pouvoir politique en pouvoir juridique ou judiciaire indépendant, sinon concurrent. Jamais ils n'ont sérieusement remis en cause leur subordination, même s'ils prétendent et une large doctrine avec eux, avoir conquis au fil du temps une véritable autonomie dans l'oubli, peut-être plus ou moins sincère, de ce qu'ils s'inclineront comme ils se sont toujours inclinés, sans résistance sérieuse, devant toute loi qui remettra en cause peu ou prou cette prétendue conquête.²²²

103. La persistance de cette subordination est certainement favorisée par la prétendue science positiviste, dominante de fait dans les facultés de droit qui, par-delà toutes ses subtilités philosophico-juridiques, toutes ses variantes, voire toutes ses écoles, a eu pour effet de conférer à la neutralité axiologique du juge qui en est le dénominateur commun, un statut usurpé de vérité. Une pseudo vérité reçue par les professionnels du droit lors de leur formation universitaire, quasiment comme un argument d'autorité en l'absence d'une réelle approche critique des fondements théoriques du droit. Avec pour tout bagage théorique, subsistant passé le cap universitaire, une définition du droit par la sanction ou autrement dit par la force dont l'Etat (c'est-à-dire ceux qui exercent le pouvoir), a le monopole de la possession et de l'exercice. Une sanction qui est censée être le critère du droit alors que pour être effective, applicable, positive, elle doit être elle-même instituée par une règle de droit. Autrement dit, selon une bien étrange logique, avant même de savoir ce qui est et ce qui n'est pas du droit, et pour rendre possible ce tri, il faut qu'il y ait déjà du droit ?

104. Dans la vie sociale comme elle va, la nature, l'être, du droit, n'est pas plus pour les professionnels du droit que pour tout un chacun une question. Il s'impose en quelque sorte de lui-même. Son existence ne fait aucun doute. Le droit est pour tous omniprésent, familier, sans mystère. Mais alors que pour les premiers il ne fait aucun doute qu'une loi, même totalement inique²²³, n'en est pas moins du droit, pour les citoyens ordinaires une telle loi ne

multiples, qu'elles s'inscrivent dans des législations de circonstance ou résultent de la pratique. Les plus inquiétantes concernent la criminalisation des actions et des opposants politiques, et pas seulement de ceux qui préconisent une rupture radicale avec le système établi ; la multiplication des juridictions ou des procédures d'exception ; l'extension, y compris dans le domaine de l'action judiciaire, des pouvoirs de la police, directement soumise à l'exécutif politique, au détriment des magistrats... » Site du *Monde diplomatique*, archives, juin 1981, p. 15.

²²² La présente thèse va clairement à contre-courant de la doctrine abondante acquise à l'idée de l'existence aujourd'hui d'une véritable et irréversible autonomie des juges. Une autonomie confondue avec son indépendance statutaire et légale.

²²³ Il doit être entendu que, dans le cadre de cette thèse, les termes iniquité, indignité, injustice, inhumanité, sont employés comme autant de facettes d'une même réalité insupportable pour une conscience morale « normale »,

saurait être du Droit. Elle peut leur être imposée, mais ils n'accepteront pas de lui reconnaître la qualité de Droit. Ce sera le sens de leur protestation, même s'ils ne la formulent pas de manière aussi nette. C'est toute la différence entre les uns et les autres, mais elle est essentielle. Penser le Droit avec Camus, c'est penser que les citoyens ont raison et donc que les juristes ont tort, mais qu'il manque à l'expression de la raison par les premiers, une théorie claire de cette raison.

105. La *théorie du Droit de l'Homme révolté* a l'ambition d'être cette théorie qui reconnaît à tout justiciable le Droit de demander au Juge, au nom du Droit, et non contre le droit confondu à la loi, de refuser d'appliquer une loi inique. Une démarche qui n'est donc pas, en cela, celle du désobéissant civil. Une théorie qui invite le Juge à se « réveiller de son sommeil dogmatique » pour qu'il reconnaisse au Droit, en complément de sa dimension politique, la dimension éthique²²⁴ sans laquelle il n'existe tout simplement pas de Droit en tant qu'objet autonome (et donc de discipline), distinct du politique. Et sans laquelle de même, le Juge n'est qu'un simple agent du pouvoir parmi tous les autres, susceptible d'être, en tout ou partie, progressivement remplacé par une machine à juger. Une théorie dont cette première partie est en quelque sorte l'exposé des motifs du dispositif décrit dans la seconde partie. Un exposé des motifs, d'abord, de l'ignorance ou de l'oubli, plus ou moins conscient et complaisant, par le Juge, avec sa nature humaine, de la dimension éthique du Droit ; puis l'exposé, avec la reconnaissance de l'existence de cette dernière, de l'impossibilité de maintenir le principe de son irresponsabilité en tant que professionnel lorsqu'il applique des lois aux conséquences

c'est-à-dire pour qui n'est sous l'emprise d'aucune perversion, d'aucune idéologie mortifère, d'aucune routine « anesthésiante ». Pour qui il est exclu que l'on puisse, notamment, faire subir à autrui pour quelque raison que ce soit, un traitement dégradant, gravement discriminant, voire confinant à l'exclusion physique. Toutes choses qui, dans notre conception, constituent des insolidarités majeures, puisqu'elle considère que la valeur première, celle dont dépendent toutes les autres valeurs, est la solidarité.

²²⁴ Éthique « suivant la définition proposée par Paul Ricœur : « vivre bien, avec et pour l'autre, dans des institutions justes », in *Camus et l'éthique*, sous la direction d'Eve Morisi, édit. Garnier, 2014, p. 9. Pour Jacqueline Russ, l'éthique se distingue de la morale en ce qu'elle est « davantage tournée vers une réflexion sur les fondements de cette dernière ». Elle ne désigne pas « un ensemble de règles propres à une culture », mais bien plutôt une « métamoralité » : Jacqueline Russ, *La pensée éthique contemporaine*, PUF, Paris, 1994, p. 5. Il est certain que placer ou replacer la question du bien et du mal dans une question aussi fondamentale que celle du sens de l'existence humaine, et y répondre au travers d'une métaphysique de l'absurde et de la révolte par l'affirmation d'une solidarité et d'une nature humaine à vocation universelle, c'est se placer sur le terrain de l'éthique ainsi conçue. Camus exécra comme Nietzsche le moralisme et la « moraline », la moralité au sens bourgeois de la bienséance, de la bien-pensance, du conformisme, de la charité qui vit de l'inégalité. Une éthique que l'on peut rapprocher aussi de celle de Spinoza dans son œuvre éponyme en ce que, chez l'un comme chez l'autre, la métaphysique, l'éthique, l'expérience, la vie, ne sont pas séparables. Et c'est cette continuité, cette filiation, qui justifie de choisir Camus pour penser le Droit autrement et on peut même le dire, en opposition, à ceux qui, au nom de la science, d'une conception de la science étrangement peu soucieuse de la réalité humaine du phénomène, en font un objet désincarné, privé de ce qui le constitue le plus fondamentalement : sa dimension éthique.

humainement désastreuses. L'impossibilité de maintenir une conception neutraliste du Droit et de l'office du Juge qui, certes, ne justifie pas explicitement de telles lois, mais qui non seulement ne les condamne pas, mais exige leur application scrupuleuse par le juge.

Titre 1 : « L'oubli » de la dimension éthique du Droit

Titre 2 : La nécessité de la dimension éthique du Droit

Titre 1. « L'oubli » de la dimension éthique du Droit

« ...vivre est en soi un jugement de valeur.
Respirer, c'est juger. »

L'Homme révolté.

106. Le titre fait bien entendu écho à « l'oubli de la question de l'être » de Martin Heidegger bien que la pensée et l'homme aient *a priori* fort peu à voir avec Camus dont on a déjà mentionné la défiance à l'égard de la philosophie allemande. Peu à voir sinon, précisément, ce thème d'un oubli fondamental. Pour Heidegger, l'homme est défini comme un « pouvoir-être » et non comme une nature, suivant la formule célèbre d'*Être et Temps* : « l'essence du *Dasein* réside dans son existence ». Pour Camus, contrairement à lui et à Sartre qui s'en est largement inspiré, il y a une nature humaine qui n'est ni un destin ni par conséquent une entrave à la liberté, mais dont il doit être raisonnablement tenu compte. Il est de la nature de l'homme de s'interroger sur ce qu'il est et sur ce qui peut donner sens à son existence ; ni sa nature ni son existence n'étant figés. Mais encore faut-il qu'il soit en capacité de pouvoir répondre à de telles questions ou peut-être plus exactement de prendre position par rapport aux différentes réponses qui peuvent leur être apportées. Ce qui n'est pas le cas lorsqu'il est en situation de survie, lorsqu'il ploie sous les contraintes, lorsqu'il est pétri de certitudes ou qu'il est comme anesthésié par la routine. L'oubli de la question de l'être — de ce qu'il en est et de ce qu'il en va, d'être humain —, peut avoir diverses causes, mais aucune d'elles n'est une fatalité.

107. Il faut dit Camus, que « les murs absurdes s'écroulent » (ces « murs de l'oubli ») pour que la question de l'être affleure à la conscience — en l'occurrence des juristes —, et s'y développe. Un développement qui va alors concerner tous les secteurs de l'existence humaine, parmi lesquels, mais en bonne place puisque cette existence est naturellement sociale, celui des relations sociales et de ce qui les régit — le Droit. La question « qu'est-ce que le Droit ? » étant

alors posée en continuité d'un questionnement existentiel fondamental qui, avec Camus, se déploie depuis la révélation solitaire de l'absurdité de la condition et la révolte qu'elle suscite, jusqu'à la révélation du « nous sommes » ou autrement dit de la solidarité comme valeur matricielle de toutes les autres valeurs dont, notamment, la liberté. Une valeur des valeurs de l'existence humaine et donc du droit qui la régit. Une valeur que l'on peut dire oubliée par l'immense majorité des juristes, à l'instar des émissaires d'Ulysse qui, après avoir consommé les fruits du lotus, avaient oublié la raison de leur présence sur l'île des Lotophages. Un oubli sur lequel a pu fleurir sans peine une conception du droit et de l'office du juge qui exclut l'éthique de l'un et de l'autre. Une conception neutraliste qui conduit à l'affirmation d'une fausse égalité du Droit et de la loi (chapitre 1), favorisée par l'existence d'une définition du droit qui a toutes les apparences de l'évidence, mais d'une évidence qui est en réalité trompeuse et dangereuse (chapitre 2).

Chapitre 1. La fausse égalité neutraliste du Droit et de la loi

108. La neutralité axiologique du juge ou autrement dit la neutralité axiologique du droit pour le juge, qui est au cœur du credo neutraliste, a pour conséquence de priver le droit et conjointement le juge, de toute autonomie. Pourtant, le juge sans nécessairement se référer à la théorie correspondante, croit en cette autonomie et même, pense que sa neutralité en est la condition *sine qua non*. Ce qui est étonnant puisqu'en s'interdisant tout jugement de valeur sur la loi, le juge ne fait évidemment qu'appliquer la volonté politique qu'elle exprime sous forme de norme. Sa neutralité étant au contraire de ce qu'il pense, ce qui fait obstacle à toute autonomisation du droit comme objet et discipline. Et cela malgré tout l'appareillage juridique mis en place pour donner à la loi un semblant de protection contre la toute puissance politique. En particulier avec la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Un appareillage dont en réalité, en l'absence d'une véritable autonomie du droit et corrélativement de l'office du juge, l'efficacité est et demeure dépendante du pouvoir politique et de lui seul. Autrement dit, le droit tel qu'il est compris et mis en œuvre aujourd'hui, est et demeure la seule expression normative de l'action politique (section 1), et le juge est toujours impuissant à dire le Droit contre l'arbitraire éventuel de la loi (section 2).

Section 1. Un droit réduit à l'expression normative de l'action politique

109. On peut dire que malgré une considérable expansion et sophistication du droit positif²²⁵ au cours des âges, sa conception n'a pas foncièrement évolué. Le droit est toujours, exclusivement, le système des normes voulues par ceux qui détiennent, avec la force, le pouvoir politique (§1). Des normes qui expriment les valeurs que ce pouvoir entend promouvoir, qu'il est illusoire pour les juges de prétendre appliquer en toute neutralité, toujours, en toutes circonstances, quelles que soient ces valeurs (§2). À cette illusion de neutralité inconditionnelle sur laquelle repose la fausse grandeur, le faux honneur, de l'office du juge, il est proposé de substituer, avec l'affirmation d'une limite éthique à l'application de la loi qui est la condition même de l'autonomie du Droit et de l'office du juge, la véritable grandeur, le véritable honneur de ce dernier (§3). Il s'agit, au final, de sortir du mirage que constitue l'émancipation du juge et du Droit du pouvoir politique, en l'absence d'une telle autonomisation de l'un et de l'autre qui est l'objet central de cette thèse (§4).

Paragraphe 1. L'archaïsme de la conception contemporaine du droit

110. La balance de Thémis, la déesse grecque, composée de deux plateaux suspendus à un fléau, est dans la conscience collective la représentation exacte de la justice. Elle est associée à des notions d'ordre, mais aussi d'impartialité (le bandeau que porte la déesse), d'équilibre, d'équité et d'harmonie. Il y a le glaive (le troisième élément) mais il ne saurait s'abattre sur qui ce soit arbitrairement. Pour allégorique qu'elle soit, elle est conforme à la représentation populaire²²⁶ d'une justice en tant qu'institution qui ne saurait se délier des valeurs qui lui sont spontanément associées ; qui ne saurait donc être réduite à une simple courroie de transmission de la volonté du pouvoir auquel elle devrait au contraire pouvoir s'opposer lorsqu'elle est arbitraire. Cette exigence populaire d'autonomie est forte ; d'autonomie ou, en d'autres termes, de limitation du pouvoir à laquelle la pensée de Camus de

²²⁵ Au sens courant des lois au sens large effectivement applicables, c'est-à-dire au besoin sous la contrainte.

²²⁶ « Populaire » est un mot auquel il est urgent de donner ou redonner toute sa profondeur et sa noblesse. Non seulement il ne doit pas être assimilé, mais opposé, au « populisme ». Il n'a rien à voir en effet avec la démagogie nationaliste, xénophobe, répandue par des politiciens qui n'ont rien à faire en réalité des intérêts du plus grand nombre. Il vise au contraire les solidarités qui s'expriment dans des événements ou entreprises tels, parmi une infinité d'exemples, que la bataille de Valmy qui sauva la Révolution et fût remportée par une armée de « sans-culottes », le *Front populaire*, l'*éducation populaire* et une multitude d'associations d'entraide comme *Le secours populaire* qui a pour devise « Tout ce qui est humain est nôtre », en écho à Térence le poète latin.

la mesure, de l'équilibre et de la limite que toute action humaine doit rencontrer pour ne pas sombrer dans *l'hybris*, permet de conférer une forme.

111. C'est une pensée que l'on s'attend à voir partagée en toutes circonstances par le juge, alors qu'il n'en est rien. Ce n'est pas le juge qui est la source de la mesure quand la loi est mesurée ²²⁷, mais le législateur, et lui seul. Que la loi sombre dans la pire démesure et le jugement suivra. Un « suivisme » qui trouve son explication dans le fait que, selon la conception à laquelle le juge se croit tenu (et contrairement à ce que pense tout un chacun), le droit n'est qu'un autre mot pour désigner la loi. Ce que dit le juge en disant le droit, ce n'est pas autre chose que de la politique mise en loi. Dans cette optique, le contenu politique de la loi (ses motivations, ses fins, ses conséquences) échappe donc totalement en tant que tel à l'appréciation du juge. Et le pouvoir politique peut toujours — à condition bien entendu d'en avoir les moyens politiques — prendre toutes les mesures qu'il veut pour l'instauration de l'ordre social tel qu'il le conçoit, aussi préjudiciable soit-il éventuellement pour la cité, sans que le juge n'ait son mot à dire. Le droit d'aujourd'hui, confondu avec la loi du pouvoir politique en place, n'est pas, en cela, fondamentalement plus évolué que les droits les plus archaïques, par exemple que celui codifié en 1730 avant Jésus Christ par Hammurabi le sixième roi de la première dynastie de Babylone.

112. La loi dite du Talion souvent traduite en « œil pour œil, dent pour dent », dont on retrouve des traces dans le droit pénal musulman fondé sur la charia, n'est pas pour un neutraliste plus à exclure qu'une autre, puisque pour lui il n'y a aucun jugement de valeur à porter sur le droit identifié à la loi. Il n'y avait de même pour lui aucun inconvénient de principe à ce que la loi en France jusqu'en 1981 punisse de mort la commission de nombreuses infractions ; non seulement sur les personnes, mais également sur la propriété, telles que le vol aggravé par le port d'une arme apparente ou cachée ou la destruction volontaire par explosifs de certains biens. Une peine de mort que Camus, en son temps, a vigoureusement combattue, notamment en publiant en 1957 aux côtés d'Arthur Koestler, un essai en forme de réquisitoire vibrant et très documenté en écho à Victor Hugo qui plus d'un siècle auparavant à l'Assemblée constituante, le 15 septembre 1848, avait déclaré y voir « le signe spécial et éternel de la

²²⁷ Le juge peut bien entendu faire preuve de mesure dans l'application de la loi. Mais c'est une mesure de second ordre ou de seconde main, subordonnée, une mesure dans la mesure de ce que la loi autorise. Une mesure qui n'est possible que si la loi laisse la possibilité au juge de se montrer mesuré. Une mesure dont le principe ne dépend pas du juge, mais du législateur.

barbarie ». Laquelle pourrait bien entendu retrouver une actualité à l'occasion d'un revirement politique qui ne peut jamais être exclu. Ainsi sur le média « France info » en janvier 2018, Louis Aliot député du Front National n'avait-il pas hésité à défendre la peine capitale à laquelle selon un sondage publié en 2015, rapporté et commenté dans *Le Monde*, 52% des français se sont également déclarés favorables. Il n'est pas douteux que ce qui a été présenté à juste titre comme un progrès du droit assimilé à celui de la civilisation, au moment de son abolition, puisse au contraire à d'autres moments où règne par exemple un climat d'insécurité, éventuellement plus ou moins créé, entretenu et amplifié par ceux qui peuvent y avoir intérêt, être considéré comme l'une de ses causes ou en tout cas comme un frein au rétablissement de l'ordre.

113. Plus généralement, les dirigeants en place, pour se maintenir au pouvoir, peuvent être tentés de recourir à la vieille et toujours efficace méthode du « bouc émissaire » et tenir telle ou telle catégorie de citoyens, telle ou telle minorité, pour responsable de tous les maux, réels ou supposés, du pays ; et recourir pour y remédier, à une législation gravement discriminatoire et attentatoire aux libertés, que les juges appliqueront en bon « bras du politique »²²⁸, avec la neutralité professionnelle attendue d'eux et sans plus se préoccuper de la perte en termes de progrès de la civilisation qui en résultera. Et cela, même si cette application a pour effet « d'élargir le champ de la violence prétendue légitime en faveur du pouvoir et déclencher en retour des montées de violences qualifiées d'illégitimes. »²²⁹ Ce sont des questions qui, pour eux, débordent le champ clos sur la technique, de leurs attributions. Ce qui ne veut pas dire que les juges sont majoritairement sans scrupules, dénués de sensibilité et d'humanité, voire sanguinaires, ce qui serait stupide. La magistrature n'est sans doute ni plus ni moins bien pourvue en qualités humaines que n'importe quel autre corps. Et il va de soi qu'ils peuvent désapprouver à titre personnel les motifs et les conséquences humainement insupportables pour une conscience morale moyenne, de certaines lois. Ce qui signifie seulement qu'ils s'estiment obligés de tenir sous le boisseau leurs désaccords quels qu'ils soient, pendant qu'ils jugent. Mais il se peut bien entendu que la loi leur laisse une certaine liberté de jugement, ce qui est même la plupart du temps le cas, par exemple en France en droit pénal où l'on sait que la personnalité du juge n'est pas sans incidence sur la fixation de la peine entre un minimum et un maximum qui peuvent être parfois très éloignés. Mais la marge de manœuvre qui lui est laissée,

²²⁸ Monique Chemillier-Gendreau, *Régression de la démocratie et déchainement de la violence*, édit. Textuel, Paris, 2019, p. 17

²²⁹ *Ibid.*, p. 17-18.

dépend de la manière dont le pouvoir actionne le « yo-yo » évoqué plus haut. Une métaphore qui est sans doute plus adaptée à la réalité que la balance de Thémis. Il ne fait aucun doute que le pouvoir en place peut toujours être tenté, même en l'absence de graves et réitérés troubles à l'ordre public, de resserrer, voire d'annuler, le pouvoir d'appréciation du juge au moyen de peines dites automatiques.²³⁰

Commentaire. Sans multiplier inutilement les exemples, on voit qu'en effet on ne peut que constater que la conception de la normativité au sein des sociétés politiques n'a pas fondamentalement changé depuis des temps sinon immémoriaux, à tout le moins fort lointains. Les États modernes démocratiques notamment, sont dotés d'institutions diverses et complexes dont le fonctionnement est régi par toute une pyramide de principes, de déclarations, de textes nationaux et internationaux dont en Europe des traités très contraignants, qui enserrent l'action des pouvoirs politiques dans des réseaux de contraintes tellement denses, que ceux-ci en paraissent privés d'autonomie ou en tout cas soumis à de constants contrôles. Ce qui conduit dans l'esprit de beaucoup, surtout chez les plus sincères parmi les juristes, à un renversement de perspective : c'est le droit (au sens courant) qui semble premier et le politique second, avec pour caractériser cette situation, la notion d'État de droit. Mais un renversement qui ne tient pas si l'on veut bien admettre que les fondations de l'édifice de la légitimité démocratique sont politiques, c'est-à-dire établies sur un rapport de forces. Il est possible qu'on ne les voie plus, qu'on ne voit plus que l'édifice bâti dessus, mais il n'en demeure pas moins que la solidité de ce dernier dépend du maintien du consensus politique qui a permis sa construction. Un consensus qui peut toujours à la faveur de circonstances politiques opposées, s'étioler voire se fracasser et entraîner la chute de l'édifice. L'histoire témoigne de l'écroulement comme des châteaux de cartes, de grandioses constructions juridiques sous l'effet de bouleversements politiques. Ce que ce paragraphe a voulu rappeler, c'est au fond la persistance du droit des

²³⁰ C'est ainsi que des peines dites « planchers » contraires au principe de l'individualisation des peines, ont été instituées sous la présidence de Nicolas Sarkozy pour tous les crimes et délits commis en récidive. Puis supprimées en 2014 sous la présidence suivante de François Hollande, Christiane Taubira étant Garde des sceaux. L'actuel Premier ministre a fait savoir au tout début 2018, qu'il n'était pas envisagé pour le moment de les rétablir, malgré les souhaits en particulier des policiers, exprimés entre-autres par le secrétaire départemental du syndicat de police Alliance à la suite d'une agression de policiers à Champigny-sur-Marne : « aujourd'hui, dans le code pénal, vous avez des peines qui sont annoncées pour des violences commises sur les forces de l'ordre. Ces peines-là ne sont jamais prononcées par le tribunal, donc nous on demande à ce qu'il y ait une peine minimale sur laquelle le juge ne pourrait pas transiger. » (Site de France Info, France Télévision, article du 4 janvier 2018). Il n'est pas exclu, par exemple dans le contexte des violences liées au mouvement dit des « gilets jaunes », que la question ne réapparaisse tôt ou tard dans le débat public ou ce qui en tient lieu.

origines sous la loi contemporaine, l'idée que sous l'appellation de loi ou de droit on ne vise au fond, aujourd'hui comme hier, qu'une excroissance de la politique.

Paragraphe 2. L'impossible et illusoire apolitisme du juge neutraliste

114. Le droit dans sa conception classique et courante n'est qu'une superstructure élevée sur une infrastructure politique. Marx aurait dit sur une infrastructure économique. Ce qui aujourd'hui, dans le contexte de la mondialisation néolibérale initiée et développée sous l'impulsion des multinationales, n'est pas sans résonance. Mais qu'importe. Dès lors que les acteurs économiques les plus puissants s'emparent du pouvoir politique ou en tout cas déterminent directement ou indirectement son action, ils deviennent de fait des acteurs politiques ; ils font de la politique. Qu'ils agissent ouvertement ou en sous-main n'y change rien. Ce qui est certain, c'est que les juges, eux, n'auront pas leur mot à dire. Ils ne détiennent aucun pouvoir propre, ils ne représentent personne et ils sont institués par une loi dont ils tiennent toute leur légitimité. Une loi qui est la traduction normative de la conception que le pouvoir qui l'a prise, se fait du droit et de la justice.

115. Pourtant, selon certains théoriciens tels que les adeptes de la « théorie réaliste de l'interprétation » (pour prendre la plus étonnante), bien loin d'être dans la dépendance étroite du pouvoir politique dont la plasticité des lois contrairement à celle des matériaux, ne semble devoir comporter aucun point de rupture, les juges disposeraient d'un pouvoir considérable. Pour eux en effet, la « loi est en fait un simple énoncé, un texte qui n'a aucune valeur normative (...). [C'] est l'interprétation opérée par le juge qui va lui donner sa qualité de norme ». ²³¹ Un juge qui ne serait donc « plus la simple bouche de la loi comme le pensait Montesquieu, mais (...) le véritable auteur de la norme » ²³², celui qui lui donne sens, puisque « préalablement à l'interprétation les textes n'ont encore aucun sens mais sont seulement en attente de sens ». ²³³ Est-ce-à-dire que lorsque la loi est indigne, c'est le juge qui l'applique qui est le responsable et unique responsable de cette indignité à laquelle il a « donné sens » ? Ou à

²³¹ Jean-Benoist Belda, Centre du droit de la consommation et du marché, Université de Montpellier, *La théorie réaliste de l'interprétation, Réflexion sur la place du juge*, p. 9.

²³² *Ibid.*

²³³ Michel Troper, *Une théorie réaliste de l'interprétation*, in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Léviathan, 2001, p. 74

tout le moins le co-responsable en tant que co-auteur ? Et s'il ne veut pas l'assumer, ne lui faut-il pas, plus encore que refuser d'appliquer la loi, la tenir pour inexistante, lui interdire d'accéder, avec le sens, à l'existence juridique ? Sinon, que vaut l'affirmation que le juge est « le véritable auteur de la norme » ? Une conception manifestement sans rapport avec la réalité judiciaire ; et dangereuse.

116. Une conception irréaliste, puisqu'aucun juge depuis la Révolution de 1789 ne s'est reconnu et probablement ne se reconnaîtra jamais comme auteur des lois (au sens large) établies par les instances dédiées du pouvoir politique. C'est aussi une conception dangereuse, puisqu'elle opère une sorte de transfert sans partage de l'obligatorité des lois, du législateur au juge qu'elle fait entrer ainsi, *ipso facto*, dans le champ politique. Mais une conception qui, pour irréaliste et dangereuse qu'elle soit, n'est pas à rejeter en bloc. Elle rejoint en effet l'idée populaire partagée par notre propre conception du Droit et du Juge, selon laquelle le juge n'est pas, ou en tout cas ne devrait pas être, un simple fonctionnaire d'exécution. Ce qu'il est pourtant, même si le processus technique du jugement peut s'avérer complexe dès lors que la solution légale étant dégagée, il n'a d'autre choix que de l'appliquer sans sourciller, même si elle doit avoir des conséquences humainement insupportables. Ce qui en quelque manière signifie que l'on attend du Juge une certaine validation éthique. Dans notre conception, il s'agit d'une évaluation de la conformité de la loi à l'éthique du Droit dont dépend l'acceptation ou le refus du Juge de l'appliquer.

117. Il est certain que jusqu'à présent le juge ne répond nullement à de telles attentes. La défiance des citoyens à l'égard de la classe politique a aujourd'hui gangrené la plupart des institutions ; y compris l'institution judiciaire, malgré l'engouement général dont elle serait l'objet selon certains auteurs. Des citoyens qui en viennent à penser, non sans raison et non sans le regretter, que tout vient « du pacte politique entre les hommes »²³⁴ ... de pouvoir. Que « le droit n'est qu'une mise en musique de ce pacte »²³⁵, c'est-à-dire plus prosaïquement en démocratie, des promesses unilatérales de campagne des élus, censées être acceptées par les électeurs. Des promesses que les premiers respecteront plus ou moins, selon qu'ils estimeront que l'évolution de la situation l'autorise ou non, les seconds devant attendre l'échéance

²³⁴ Monique Chemillier-Gendreau, *op. cit.*, p. 24.

²³⁵ *Ibid.*

électorale suivante pour les sanctionner et voter pour la mise en œuvre, toujours aussi hypothétique, du programme des nouveaux élus.

118. Le pouvoir politique a bien entendu tout intérêt, lorsqu'il prend des mesures iniques, à ce que sa population croit en l'existence d'un « sacre judiciaire », dès lors qu'il sait le juge sans pouvoir réel. Même les régimes les plus despotiques estiment utile de maintenir un appareil judiciaire entre eux et les justiciables afin de faire croire à l'intérieur comme à l'extérieur de leurs frontières, en l'existence d'une distance minimale entre l'acte de poser la loi et l'acte de la dire ou en termes plus directs, entre la condamnation sur le papier et la condamnation qui conduit des gens de chair et d'os à la geôle et/ou à la mort. C'est ce que l'on voit à l'œuvre à des degrés divers en Russie, en Chine, en Corée du Nord, aux Philippines et dans de nombreux autres États. Dans les pays démocratiques, la situation est évidemment différente, même si à certains moments de troubles politiques et/ou sociaux graves, elle puisse l'être beaucoup moins, y compris chez les plus authentiquement démocratiques. Et l'on peut distinguer grossièrement en ce qui concerne les rapports du juge au pouvoir, entre un rapport de complaisance et un rapport plus caractéristique de l'illusoire et ambiguë prétention à l'autonomie du juge « apolitique » :

— **119.** Le premier cas est celui de juges qui aiment le pouvoir, mais n'ont ni le goût ni le courage de le conquérir sur le terrain purement politique avec tous les aléas que cela comporte. Des juges qui savent que le pouvoir a besoin d'eux, qu'ils incarnent eux aussi symboliquement ce pouvoir, comme en témoignent l'architecture et l'apparat judiciaires. Des juges qui, n'ayant pas eu l'audace de faire de la politique, n'auront pas celle de s'affranchir sérieusement (pouvant cependant à l'occasion prendre quelques libertés avec l'interprétation pour se donner quelques frissons) de la tutelle du pouvoir politique. Mais ils attendront de lui d'être reconnus et récompensés pour leur loyauté à son endroit par de beaux avancements et de belles médailles. On pourrait à cet égard penser qu'un nouveau pouvoir pourrait à son arrivée se défier des magistrats qui ont fidèlement servi son prédécesseur honni, mais il faut plutôt penser que si ce nouveau pouvoir est un tant soit peu perspicace, il comprendra qu'ils le serviront avec une égale fidélité ; qu'ils ne sont pas attachés à *un* pouvoir, mais *au* pouvoir.

— **120.** Le second cas, à l'opposé du premier et sans doute le plus fréquent, surtout dans les démocraties dites apaisées où les libertés sont globalement respectées et où par conséquent les juges ne sont pas confrontés à de graves problèmes de conscience, est celui d'hommes et de femmes qui sont entrés dans la magistrature pour diverses raisons (une certaine

sécurité et un certain niveau d'emploi, un certain goût pour le droit et la justice, un certain prestige, etc.), mais sans éprouver d'attrait particulier pour le pouvoir, et sans même d'ailleurs éprouver le besoin de réfléchir à leur rapport au pouvoir, puisqu'un tel rapport n'existe tout simplement pas pour eux. Pour eux tout est clair : il y a deux réalités bien distinctes : d'un côté la politique et de l'autre le droit. Et s'ils ne se posent pas la question de leur rapport au pouvoir, c'est parce qu'ils veulent s'en tenir strictement à leurs fonctions, qu'ils tiennent à demeurer en toutes circonstances des professionnels et rien que des professionnels qui mettent en œuvre une matière débarrassée de toutes les scories du débat politique. Une matière qui leur est livrée une fois le débat politique éteint, prête à son emploi purement technique. Il n'est pas plus question pour eux de complaisance que d'opposition à l'égard du pouvoir, et s'il peut y avoir parfois quelques tensions, quelques frictions avec lui, par exemple s'il entreprend de remettre en cause leur statut sur tel ou tel point, leur réserve à la fois « naturelle » et légale les maintiendra toujours en dessous d'un certain « plafond de verre » : il ne saurait être question, en tout état de cause, d'aller peu ou prou contre la loi.

121. L'illusion de l'autonomie est sans doute à son comble dans les démocraties les plus affirmées. Celles où les juges n'ont pas de raison (évidente, flagrante) en l'absence d'incident majeur, d'interroger leur statut, leur pratique et leur conception du Droit et de leur office, ou autrement dit de douter fortement de la réalité de cette autonomie, confondue en fait avec « l'indépendance » qui leur est reconnue par la loi. De douter « Fortement », car l'illusion ne peut être totale. Aucun juge ne peut ignorer absolument la force d'attraction, certes variable, mais jamais totalement absente même dans le cours le plus linéaire de la vie sociale, exercée par le pouvoir politique sur l'institution judiciaire. Les symboles, les allégories, les inscriptions en latin sur les frontons et les parois des palais, peuvent peut-être encore aujourd'hui impressionner quelques justiciables naïfs et donner parfois à quelques juges au tempérament religieux, entre deux raisons concrètes de se souvenir de leur allégeance à la loi contingente (relatives par exemple au déroulement de leur carrière en termes réglementaires de grade et d'indice), le sentiment d'appartenir à une sorte de prêtrise dans un lieu où l'on met en œuvre une *LEX* écrite en lettres majuscules et majestueuses, intemporelle sinon transcendante. Mais cela ne peut guère durer plus longtemps que les effets de l'encens à l'église et les palais ne peuvent qu'apparaître à tout esprit lucide pour ce qu'ils sont : rien d'autre que les enceintes où sont rendues par des fonctionnaires appointés, les décisions que commandent les lois avec un « l » minuscule écrites par ceux qui, seuls, détiennent un réel pouvoir.

122. Pour qui pense le Droit avec un philosophe de l'absurde (de l'absurdité de la condition humaine), il ne peut y avoir d'autre Droit et d'autre justice qu'immanents ou autrement dit que purement humains. L'espèce humaine est une espèce parmi les autres espèces vivantes et sociales, ni plus ni moins naturelle que les autres, mais dont l'une des caractéristiques essentielles réside dans le fait que ses membres sont dotés d'une conscience à la fois réfléchie et morale, qui leur permet d'ériger le constat de leur interdépendance en valeur. Une capacité spécifique au sens littéral, qui leur permet de comprendre que la régulation de leurs sociétés en tant que sociétés humaines, requiert de distinguer entre ce qui correspond à la nécessité première de toute régulation de toute société animale, soit l'imposition d'un ordre, et ce qui fait le propre humain de cette régulation, généralement désigné par « la justice » et plus précisément avec Camus, par la solidarité. Qui leur permet de distinguer la loi du Droit. Les sociétés humaines sont certes politiques, mais elles sont aussi et dans leur plus grand développement humain, éthiques. Ceux qui y exercent le pouvoir peuvent certes imposer leur loi, mais ils ne peuvent imposer *leur* Droit. Leur loi ne sera du Droit que pour autant qu'elle respectera l'éthique du Droit. Ce qu'ils imposeront par la force n'exprimera jamais que leurs choix. Dire le Droit pour le Juge, c'est Dire la loi conforme au Droit ou refuser l'application de la loi dans le cas contraire. Ce qui implique de rompre avec un apolitisme naïf ou hypocrite qui consiste, pour le juge, à appliquer une loi manifestement indigne, comme s'il n'était qu'un simple rouage matériel entre le législateur et le justiciable.

123. Un tel juge, fonctionnaire au sens le plus étroit, compatible avec n'importe quel régime politique, n'hésitera pas, par exemple, s'il le faut, si son maintien dans son poste (voire plus) en dépend, à battre prudemment sa coulpe à l'occasion d'un retour à la démocratie après une dictature ; comme il s'était éventuellement empressé de manifester son zèle lors du retournement de situation inverse précédent. De cette adaptabilité judiciaire à l'air du temps, les exemples abondent, parmi lesquels celui de la justice chilienne qui a couvert les multiples atteintes aux Droits de l'homme commises sous la dictature du général Augusto Pinochet. Une Justice dont la Cour suprême à Santiago arbore sur environ quatre mètres carrés la fameuse inscription *LEX* au milieu d'un haut-relief grandiose. Une *lex* qui fût donc celle d'une dictature féroce pendant seize ans. Quelques jours avant le quarantième anniversaire du coup d'État militaire qui avait renversé le 11 septembre 1973 le gouvernement du socialiste Salvador Allende légalement élu, l'association des magistrats du Chili a estimé « L'heure (...) venue de demander pardon aux victimes, à leurs proches et à la société chilienne », et a publié une déclaration dans laquelle on peut lire : « Nous devons le dire et le reconnaître clairement et avec

force : le pouvoir judiciaire – et, en particulier, la Cour suprême de l'époque – a manqué à son devoir de garant des droits fondamentaux et de protection des victimes face aux abus de l'État ». Et en effet, « Entre 1973 et 1990, environ 3200 personnes sont mortes ou ont disparu » et « Quelque 5000 demandes de protection pour les disparus ou les personnes détenues illégalement avaient été rejetées sous la dictature par les tribunaux chiliens, qui prétextaient ne pas avoir d'information à ce sujet. »²³⁶ Il n'est guère douteux que les magistrats de la dictature qui avaient été pour beaucoup ceux du régime précédent et seront ceux du régime suivant, n'étaient pas très différents des magistrats qui ont rédigé la déclaration en question. Le repentir est sans doute une bonne chose mais, même sincère, il n'a jamais été un antidote à la récidive ; surtout lorsqu'il est exprimé en dehors de toute réflexion en profondeur sur l'autonomie du Droit et de l'office du Juge par rapport à la loi ou autrement dit du pouvoir politique.

Commentaire. Le juge — un juge que l'on suppose humaniste et juge en rapport avec cet humanisme —, qui se prétend apolitique professionnellement parce qu'il s'interdit en toutes circonstances de porter un quelconque jugement politique, de valeur, sur la loi, ne peut tenir avec quelque vraisemblance cette prétention que s'il officie dans une démocratie effectivement respectueuse des droits humains au sens large. Dans ce cas, il peut avec une certaine sincérité penser qu'il dit avec la loi autre chose que les stricts choix, la stricte volonté, du pouvoir ; qu'il dit un droit conforme à ce qui est humainement, socialement, souhaitable, que cette volonté ne fait au fond qu'exprimer. Il peut être troublé face à des lois liberticides prises dans une période d'instabilité politique et/ou sociale. Mais dès lors que la nature démocratique de l'État n'est pas directement remise en cause, et qu'il n'est pas directement porté atteinte à son indépendance statutaire, il peut encore soutenir sa position d'extériorité axiologique. Il peut se dire, en doutant quand même un peu à la périphérie de sa conscience de la parfaite sincérité de son propos intérieur, qu'il n'est pas complice du pouvoir qui est l'auteur de lois qu'il réprouve en tant qu'homme et citoyen. Mais il ne peut plus être question de sincérité lorsque le régime bascule dans la dictature et bafoue les libertés. Si le juge ne se démet pas, il ne peut, alors, qu'être complice ; et éventuellement futur repentant. À moins de se maintenir en tant que Juge qui dit le Droit distingué de la loi quand la loi est indigne. Un Droit qui intègre l'éthique qu'il avait spontanément intégrée dans sa vision du Juge au moment de son entrée dans la carrière, mais qu'il a paradoxalement écartée en endossant la robe, en adoptant la conception neutraliste du

²³⁶ Source : *Le Monde* avec l'AFP, article publié en ligne le 5 septembre 2013.

droit en vigueur dans le corps. Il doit être entendu que le rejet de l'apolitisme qualifié plus haut de naïf ou d'hypocrite, n'a pas pour corollaire l'engagement politique du juge. Ce qui est rejeté, c'est le discours qui consiste à nier l'existence d'une limite éthique à la loi en tant qu'expression des choix politiques du pouvoir législateur. L'apolitisme visé consistant au contraire à considérer que ces choix sont sans limite. Or dans les deux cas, il s'agit de prendre position sur le politique — sur ce qui entre ou n'entre pas dans le champ du politique.

Paragraphe 3. L'unique chemin, avec l'autonomie, d'un authentique honneur de juger

124. La présentation du rapport du juge au pouvoir qui vient d'être faite est bien entendu quelque peu caricaturale. Ces rapports sont sans aucun doute plus complexes, surtout pour les magistrats les plus hauts placés dans l'institution judiciaire. En laissant de côté les membres du parquet dont la qualité même de magistrat est contestable et contestée en raison de leur lien hiérarchique, organique, à la Chancellerie. Mais il demeure que, dans les faits, les juges ne se distinguent des autres fonctionnaires de l'État qu'en apparence ou en tout cas superficiellement. Pour s'en distinguer de façon essentielle, il leur faudrait sortir du registre unique de l'application de la loi. Non plus simplement l'interpréter voire la tordre pour en infléchir le sens ou la portée, ce qui implique pour le juge de reconnaître l'impossibilité de la contester frontalement et donc de reconnaître par là-même sa suprématie, mais au contraire l'écarter purement et simplement s'il la considère contraire au Droit qu'il lui appartient de définir et de Dire. L'écarter clairement, expressément, pour cette raison. Ce qui introduit un troisième type de rapport possible au pouvoir politique et la création de deux niveaux de positivité et donc de deux niveaux de jurisprudence — légale et juridictionnelle. Jusqu'à présent la jurisprudence, fût-elle qualifiée de prétorienne, n'est pas une véritable source de droit. Le juge moderne n'est pas un préteur de rang sénatorial égal en pouvoir au Consul de la Rome antique, et l'on peut faire toutes sortes de distinctions entre les sources formelles ou directes et les sources matérielles ou indirectes, réelles ou substantielles, du droit, sans que cela ne change rien à la seule réalité qui importe vraiment ici : le juge qui admet le discours des politiques selon lequel il n'est dépositaire d'aucune légitimité propre ne dispose logiquement — du point de vue de la seule logique politique — d'aucun pouvoir propre. Son activité est de part en part subordonnée au pouvoir politique. Il n'est pas même pensable pour le juge comme pour les politiques, qu'il puisse y avoir une autre source de légitimité que politique.

125. Cette autre légitimité, intrinsèque à l'office du Juge, exclut tout empiètement sur le domaine politique comme ce fût le cas un temps, dans la foulée de « la pensée 68 » (selon le titre de l'essai de Luc Ferry et Alain Renaut), lors de quelques actions d'éclat consécutives à la création retentissante du Syndicat de la Magistrature. Une création et des actions qui, en fait, ne modifièrent pas durablement et en profondeur la situation, et qui peut-être même la conforteront en entretenant et exacerbant l'idée qu'il n'y a pas d'autre alternative pour le juge qu'entre la soumission et la politisation. Et l'on en est toujours là aujourd'hui, on est toujours d'un côté ou de l'autre, il n'y a toujours pas de troisième voie. En s'opposant à l'application d'une loi en l'absence de toute limite éthique intrinsèque au Droit propre à le justifier, le juge ne peut que se poser en concurrent du pouvoir politique, c'est-à-dire lui-même en détenteur d'un pouvoir de nature politique. Ce qui doit être absolument exclu, y compris et de plus fort du point de vue de notre conception du Droit qui prône une rigoureuse séparation du politique et du juridique. Une séparation qui ne doit cependant, en aucun cas, être confondue avec le neutralisme artificiel positiviste selon lequel, par un bien étrange phénomène de transsubstantiation que l'on aurait pu croire réservé au seul domaine religieux, les lois, une fois édictées, sorties du giron politique où elles étaient pétries de valeurs, se transforment entre les mains du « scientifique du droit » et du juge, en purs objets d'observation.

126. Nombre de scientifiques du droit, note à cet égard non sans une certaine ironie le professeur Alain Supiot, n'hésitent pas ainsi à se comparer « à des physiciens nucléaires ! »²³⁷, bien que l'objet « droit » soit une pure création humaine et n'ait en lui-même d'autre existence que mentale. Pour ces « scientifiques du droit » et pour les juges avec eux, l'objectivité scientifique exige qu'ils fassent abstraction des valeurs qui s'attachent à toute création humaine ou autrement dit, qu'ils se dédoublent : d'un côté l'humain à part entière, de l'autre le « scientifique du droit » et le juge, résorbés dans leurs fonctions. Avec inévitablement, quoi que de façon variable, une certaine porosité entre les deux « états », qui fera que le juge conservera une certaine humanité dans l'exercice de sa fonction ; mais sans cependant jamais remettre en cause leur étanchéité de principe. Une invitation en somme à une certaine forme de schizophrénie, avec d'un côté l'homme en complet-veston qui vit dans le monde concret, le monde de la vie comme elle va ; et de l'autre, à heures fixes, l'homme du palais, de l'abstraction juridique, l'homme dont la robe noire ou rouge équivaut à la blouse blanche des laboratoires.

²³⁷ Alain Supiot, professeur au Collège de France, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, édition du Seuil, 2005, p. 25.

127. Pour l'immense majorité des magistrats, un tel dédoublement constitue une sorte d'idéal de justice et ce qui fait, s'ils s'efforcent de l'atteindre sans faiblir, tout l'honneur de leur fonction. Un honneur dont la revendication peut apparaître quelque peu étrange à l'homme de la rue doté d'une conscience morale moyenne, lorsqu'elle est inconditionnelle ; lorsque notamment les juges appliquent le plus « fonctionnellement » possible, des lois manifestement indignes. Comment, se demande l'homme ordinaire avec une certaine candeur du point de vue des juges en question, concilier l'honneur avec l'indignité ? Comment concevoir un juge qui ne fait aucun tri entre le juste et l'injuste ? Un juge, pour qui le juste en tant que professionnel, consiste le cas échéant à choisir l'injuste si la loi le veut — l'injuste pour le justiciable et pour tout homme « éthiquement normal », voire pour le juge lui-même à titre personnel. « Si veut le roi [en fait n'importe quel pouvoir], si veut la Loi » ; l'affirmation de l'Abbé Suger²³⁸ est toujours aussi pertinente en son principe. Qu'il soit d'essence divine ou qu'il soit laïc, le pouvoir entend, en quelque sorte naturellement, imposer sa suprématie sur la justice. En France une suprématie peut-être plus continument dogmatique que dans les autres démocraties depuis la Révolution ; et plus qu'elle ne l'était sous l'Ancien régime.

128. Pour concevoir un juge qui puisse rendre des jugements indignes sans être indigne lui-même, il faut admettre qu'une même personne puisse, d'un côté, en tant que juge, sans perdre son honneur, condamner injustement mais en toute légalité un justiciable, et d'un autre côté, en tant qu'homme de la rue (doté lui aussi d'une conscience morale moyenne), considérer que seule la loi sur laquelle est assis un tel jugement est déshonorante ; en aucune façon le juge qui l'aura prononcé. Un juge qui, dans cette configuration, rejettera bien entendu la responsabilité de l'indignité de la loi et de son jugement sur le seul législateur-auteur. Un juge qui se présentera comme l'honorable juge qui aura été contraint par un honteux législateur à se faire violence en parfait professionnel, pour ne pas céder à la tentation de rétablir la justice en refusant d'appliquer la loi humainement réprouvée. Qui se présentera ainsi à ses propres yeux et éventuellement à d'autres yeux, mais en petit comité familial ou amical afin de ne pas prendre le risque de sortir d'une réserve considérée comme allant de pair avec l'interdit de tout jugement éthique sur la loi.

²³⁸ Ministre et ami successivement de Louis VI le Gros et de Louis VII, l'Abbé Suger (1081-1151) s'est efforcé de développer l'autorité du Roi. La citation se trouve dans le *Manuel de plusieurs règles du droit coutumier* d'Antoine Loysel.

129. Pour Camus et donc pour celui qui pense le Droit avec lui, l'honneur pour tout homme quelle que soit sa fonction est un et indivisible et une telle conception est inacceptable. On peut s'étonner du recours avec l'honneur à une notion et valeur quelque peu surannée. Mais il n'en est rien. Ce n'est évidemment pas à la conception de l'honneur aristocratique exaltée dans la tragédie classique que l'on se réfère ici. Pour Camus proche en cela de Bernanos, l'honneur est « une valeur qui loin d'être inactuelle comme le pense la plupart des contemporains, « fait corps avec la liberté et la justice ». ²³⁹ Une valeur qui ne saurait être étrangère au Juge dont la mission est, précisément, de garantir la liberté, de rendre la justice et plus généralement de veiller à la préservation de la dignité humaine. C'est l'honneur qu'invoque dans *Les Justes* contre Stepan le représentant du parti, Kaliayev qui s'est abstenu de lancer la bombe sur la calèche du Grand-Duc parce que s'y trouvaient des enfants :

- Kaliayev : (...) « Frères, je veux vous parler franchement et vous dire au moins ceci que pourrait dire le plus simple de nos paysans : tuer des enfants est contraire à l'honneur. Et si, un jour, moi vivant, la révolution devait se séparer de l'honneur, je m'en détournerais. Si vous le décidez, j'irai tout à l'heure à la sortie du théâtre, mais je me jetterai sous les chevaux ».

- Stepan : L'honneur est un luxe réservé à ceux qui ont des calèches.

- Kaliayev : Non, il est la dernière richesse du pauvre. Tu le sais bien et tu sais aussi qu'il y a un honneur dans la révolution. C'est celui pour lequel nous acceptons de mourir. C'est celui qui t'a dressé un jour sous le fouet, Stepan, et qui te fait parler encore aujourd'hui. » ²⁴⁰

130. L'honneur véritable du Juge, l'honneur de son office, c'est de ne pas appliquer systématiquement ce qui lui est commandé par la loi, lorsque cette loi porte atteinte à la dignité humaine. Et son plus grand déshonneur, c'est de s'abriter pour ne pas s'opposer à cette application, derrière cet office réduit à une fonctionnalité. Qu'un juge n'ait pas le courage de s'opposer à une loi indigne est une chose, qu'il est prudent lorsqu'on n'a pas été confronté à une telle situation, de ne pas condamner trop vite ; une autre chose est, qu'il le justifie par l'honneur qu'il y aurait à l'appliquer ou à l'avoir appliquée parce qu'il est juge, que c'est la loi et que c'est l'honneur du juge d'appliquer la loi quelle qu'elle soit et en toutes circonstances, même s'il la réproouve absolument dans son for intérieur. C'est un « honneur servile » ²⁴¹

²³⁹ DAC, p. 395.

²⁴⁰ OC/LJ, T. III, p. 23. Dans *L'Etat de siège*, le mot honneur est prononcé vingt-deux fois.

²⁴¹ « Ces hommes dont la destinée est d'obéir, n'entendent point sans doute la gloire, la vertu, l'honnêteté, l'honneur, de la même manière que les maîtres. Mais ils se sont fait une gloire, des vertus et une honnêteté de

en contradiction avec l'égale dignité humaine, qui peut-être un refuge compréhensible pour ceux que leur condition sociale notamment a destiné à l'asservissement, mais qui qualifie chez les autres une imposture morale, et spécialement chez le juge une trahison du Droit qu'il a pour mission — en un certain sens « sacrée »²⁴² —, de Dire. Une imposture morale qui s'apparente, par le renversement qu'elle opère, à celle des « juges pénitents », c'est-à-dire ceux qui s'accusent pour mieux accabler les autres. Sous cette appellation, Camus vise dans ses *Carnets*²⁴³ les « existentialistes » germanopratsins dont il s'est toujours démarqué. Ceux qui « font de l'autocritique un usage systématique et pervers. Au lieu de recourir à elle pour éviter de s'ériger en juges, ils étalent leurs torts afin de s'assurer, sous prétexte de lucidité ou de sincérité, une supériorité sur leurs semblables. »²⁴⁴ C'est une trahison du Droit, puisque, ce qui est à son principe même, c'est la solidarité que rompt toute injustice majeure, fût-elle légale. Une injustice sur laquelle en quelque sorte renchérit, en reconnaissant à la loi inique la qualité de Droit, celui qui est censé incarner la justice.

131. C'est une trahison avec le Droit, de la solidarité que Camus découvre avec le « nous sommes »²⁴⁵ qui s'impose à la conscience de *L'Homme révolté* lorsqu'il parvient à convertir sa révolte vaine contre l'absence de sens préétabli à sa présence dans l'univers, éprouvée spontanément (puérilement à la réflexion) comme une injustice, en une révolte adulte et féconde contre l'injustice faite à l'homme par l'homme. L'unique injustice possible. Une injustice ignorante de la solidarité comme fait et valeur, une ignorance que le neutralisme juridique perpétue, consacre, fige au nom d'une science qui ainsi ignore l'essentiel de son objet. Une ignorance qui n'est pas celle du peuple, du moins lorsqu'il n'est pas sous l'emprise d'un individualisme destructeur comme c'est le cas avec le néolibéralisme dominant, puisqu'au contraire pour lui, le Droit s'entend spontanément des règles qui font obstacle à toutes les

serviteurs, et ils conçoivent, si je puis m'exprimer ainsi, une sorte d'honneur servile. », Alexis de Tocqueville, *Œuvres complètes*, édit. Michel Lévy, Paris, 1866, vol. 3, p. 287.

²⁴² Le sacré n'implique pas nécessairement une transcendance. Il peut y avoir une « transcendance dans l'immanence » comme l'a montré, notamment, Luc Ferry, au chapitre intitulé *Vers une pensée inédite de la transcendance*, de son essai *Apprendre à vivre, traité de philosophie à l'usage des jeunes générations*, paru en 2006 chez Plon.

²⁴³ « L'existentialisme. Quand ils s'accusent on peut être sûr que c'est toujours pour accabler les autres. Des juges pénitents. » OC/CA, T. IV, p. 1212. On retrouve l'oxymore dans *La chute* avec son héros, Clamence qui en est l'illustration.

²⁴⁴ DAC, p. 453.

²⁴⁵ OC/HR, T. III, p. 79

formes de domination, c'est-à-dire à tout ce qui, précisément, rompt la solidarité. Ne pas trahir pour le Juge Honorable (avec une majuscule), c'est le cas échéant devoir s'opposer à l'application d'une loi qui trahit, avec la solidarité humaine, ce qui ne peut qu'être au principe d'un Droit humain.

132. Il s'agit d'une opposition qualifiée de révolte pour tenir compte du fait que du point de vue du pouvoir auteur de cette loi, elle est constitutive d'une véritable rébellion, puisque notre hypothèse est celle d'une loi dont la positivité au regard de la conception dominante neutraliste, ne fait aucun doute. Le *Juge révolté* agit de son point de vue et du point de vue de la conception alternative du Droit proposée ici, au nom du Droit, mais contre la loi. Pour qu'il n'en soit plus ainsi, il faudrait que la loi consacre cette théorie. En sachant bien que, pour autant, la source vive de la légitimité de ce *Juge révolté légal*, ne serait toujours pas dans la loi fût-elle constitutionnelle ; qu'elle est, et qu'elle ne peut qu'être, dans la compréhension même de ce qu'est le Droit et l'office du Juge à qui il appartient de le Dire.

133. Mais la révolte du *Juge révolté* ne doit pas être comprise comme une possible résurgence au XXI^e siècle de l'opposition des Parlements d'Ancien régime au pouvoir royal, ni comme une nouvelle synthèse du droit naturel et du droit positif que voient certains dans l'œuvre des révolutionnaires avec la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁴⁶, même si leur évocation n'est pas dénuée d'intérêt. Auparavant, « durant la phase monarchique de la longue histoire de l'Etat français, c'est (...) lors de la procédure de l'enregistrement des ordonnances, aux juges « ordinaires » que revenait la charge de « vérifier » (...) que la loi (...) présentait bien les caractères nécessaires pour être « jugée loi », et, en conséquence de ce jugement, être validée définitivement comme telle par l'inscription sur les registres de la cour ». ²⁴⁷ Or, « Sauf à disqualifier la volonté souveraine pour la réduire en fait à une volonté particulière, il est évident que le magistrat ne peut prétendre juger de l'éventuelle

²⁴⁶ « Le plus important domaine de synthèse féconde du droit naturel et du droit positif est constitué par les droits de l'homme. Certes existait déjà la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis de 1776. Mais le plus important apport à cet égard est sans doute la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que l'Assemblée nationale française devait adopter le 26 août 1789, Vladimir-Djuro Degan, *L'affirmation des principes du Droit naturel par la révolution française. Le projet de Déclaration du Droit des Gens de l'abbé Grégoire*. Annuaire Français de Droit International / Année 1989 / 35 / pp. 99-116.

²⁴⁷ Article de Marie-France Renoux-Sagame, *Juger la loi au nom du droit naturel : fondements et portée du contrôle des parlements de la Monarchie*, Ecole de Droit de la Sorbonne, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, publié dans les Cahiers du Conseil constitutionnel (n° 28 de juillet 2010) et sur son site internet, p. 2.

validité de la loi qui l'exprime, qu'au nom d'un droit supérieur à toute autorité et à toutes normes ». ²⁴⁸

134. Ce que les juges exigent que respecte le législateur dans le droit « A travers les lois fondamentales (...) c'est au fond ce qui est pour eux le *verum jus*, le droit naturel, le droit de la raison, cet ensemble de principes inviolables qui (...) fonde la validité de chacune des lois, (...), assure la cohérence de l'ensemble qu'elles constituent » ²⁴⁹ et « sont indispensables à la vie des hommes et des sociétés formées par eux ». ²⁵⁰ Ce qui distingue, on le voit profondément, la conception qu'avait de son office le juge monarchique, de la conception qu'a du sien le juge post révolutionnaire et d'aujourd'hui encore malgré l'existence d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* des lois, puisque « les critères d'invalidation utilisés étaient infiniment plus larges que la simple infraction à des normes que l'on qualifierait aujourd'hui de constitutionnelles. » ²⁵¹

135. Sans entrer ici dans des discussions sur les motivations diverses, y compris politiques, des Parlements, et sur les critiques qui ont pu à tort ou à raison leur être adressées, pour s'en tenir à une réflexion sur le principe des rapports du droit et donc du juge au pouvoir, on peut dire au vu de ce qui précède, que la conception du droit d'avant la Révolution était celle d'un droit positif qui n'était pas réductible à la volonté du souverain exprimée dans la loi. C'était un modèle emprunté au droit Romain qui « permet[tait] de fonder la puissance législative du Prince en posant que sa volonté a par elle-même force de loi », mais qui prenait également en compte des « principes et maximes conduisant à soumettre l'Etat à « l'autorité du droit » » ²⁵² afin qu'il ne soit pas porté une atteinte « éventuellement illégitime aux droits des particuliers, et par là au droit en général. » ²⁵³ Un droit véritable pour un juge véritable en ce sens où le premier n'était pas l'instrument discrétionnaire du pouvoir, où il était doté d'une existence distincte et donc constituait un objet autonome pour une discipline autonome ; et où

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 9.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 11.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 12.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 2.

²⁵² *Ibid.*, p. 5.

²⁵³ *Ibid.*

l'office du second n'était pas défini par le monarque mais résultait de sa nature même. Il y a là, sans la moindre nostalgie pour un passé monarchique lointain — une nostalgie qui serait pour le moins surprenante dans une recherche articulée sur un corpus camusien dont le fond est libertaire ²⁵⁴ —, comme une racine historique pour une pensée de l'autonomisation conjointe du Droit et du juge par rapport au pouvoir politique qui est au cœur de cette recherche ; une pensée qui implique la définition d'une limite à son action normative, sans laquelle le droit et le juge ne sont que des moyens à toutes fins de ce pouvoir.

Commentaire. Tant que le juge pensera que la seule façon d'élargir son office est de tirer le plus loin possible sans le rompre l'élastique de l'interprétation, il demeurera en fait soumis au pouvoir qui, s'il l'estime nécessaire et en a les moyens politiques, veillera à faire revenir cet élastique à sa longueur de base, de repos. Tant que le juge ne concevra pas un troisième type de rapport — entre le rapport de subordination à la loi (une loi qui est tout le droit) et le rapport de concurrence à la loi où le juge s'affranchit explicitement de la loi (sort de l'interprétation même la plus « élastique » possible), auquel cas il s'érige en pouvoir politique bis à l'instar des parlements d'Ancien régime, il n'accèdera pas à la plénitude de son office. Ce troisième type de rapport est un rapport de pouvoir, mais entre un pouvoir de nature politique et un pouvoir de nature juridique/juridictionnelle. Un rapport, non de concurrence mais de complémentarité. Un pouvoir exercé par un homme qui ne cesse pas d'être un homme lorsqu'il juge et qui, en tant que juge, ne feint pas d'ignorer qu'entre ses mains la loi demeure ce qu'elle est, c'est-à-dire un acte politique. Un acte en forme de norme qu'il lui faut appliquer quel que soit ses opinions politiques personnelles, dans la seule limite, juridique, de sa compatibilité avec le Droit. L'originalité (par rapport à l'ensemble des agents de l'État) et l'honneur de son office résident dans cette assignation d'une limite juridique/juridictionnelle à l'application de la loi lorsqu'elle

²⁵⁴ Un fond tardivement exhumé grâce à un chercheur allemand, Lou Marin qui a collecté, rassemblé et organisé une multitude de textes disséminés dans des revues libertaires de plusieurs pays. Dans son introduction à *écrits libertaires*, Lou Marin parle du courant anarchiste non violent auquel s'adressait Camus, qui estimait que « si la société engendre le pouvoir, cette société est aussi à même de le supprimer : il faut pour ce faire, qu'elle cesse de se soumettre et qu'elle refuse de soutenir les personnes qui l'exercent [et observe que dans] ce contexte, Camus représente, pour beaucoup de militants libertaires, une référence obligée. Sa conception mesurée de la révolte, pensée jusque dans ses limites, son refus de sacrifier des êtres humains pour un avenir hypothétique définissent toujours les contours d'une éthique révolutionnaire acceptable, dont il convient de s'inspirer pour mener à bien nos luttes du présent... ». *Écrits libertaires, 1948-1960*, rassemblés et présentés par Lou Marin, éditions Égrégories et Indigène, 2013. La suppression du pouvoir n'était bien entendu qu'un horizon pour Camus, mais un horizon vers lequel il fallait sans jamais désarmer s'efforcer de tendre afin que le pouvoir soit le moins arbitraire possible, le plus respectueux possible de la dignité et donc de liberté, humaines.

contrevient gravement à l'éthique du Droit. L'honneur qu'il y a pour le Juge à garantir au peuple au nom de qui il rend ses jugements, la justice qu'il attend de lui. Un honneur qui ne va pas — qui ne va jamais —, sans courage. Un « courage de juger » pour reprendre le titre d'un livre de Denis Salas, dont le juge doit faire preuve déjà dans le cadre de la conception neutraliste du droit lorsque les enjeux humains de la décision qu'il a à prendre sont importants. Mais un courage qui serait bien plus important encore lorsque dans le cadre de notre conception du Droit, il aurait à s'opposer — certes en tant que Juge, mais certainement du point de vue du pouvoir politique qui en est l'auteur, personnellement —, à l'application d'une loi.

Paragraphe 4. Le mirage d'une émancipation du politique, du juge et du droit

[136.] Pour un juge qui n'a pas choisi, en intégrant l'institution judiciaire, d'intégrer en tant que technicien ou ingénieur une fabrique à jugements soumise à des impératifs de production et de gestion des flux, mais qui a choisi d'intégrer une institution dont la finalité est de résoudre, avec le Droit qui est une création des hommes pour des hommes, certes avec rigueur et sans perdre de vue l'exigence d'ordre qui lui est inhérente, le plus humainement possible des problèmes humains, pour celui-là, la réduction de son office à l'application instrumentale de la loi ne saurait être admise. Mais encore faut-il pour que ce refus soit converti en acte, ne pas se méprendre sur ce qui explique cette instrumentalisation et sur la réalité de la situation actuelle des rapports du Juge et du pouvoir politique. Encore faut-il prendre conscience de la véritable « révolution copernicienne » que ce passage à l'acte implique pour que le juriste, le penseur du Droit et singulièrement le Juge se libèrent, dans les faits, du carcan qui leur est imposé par une tradition ancrée dans un parti pris politique purement idéologique.

[137.] Dans un éditorial à *Droit & Justice*²⁵⁵ Sandrine Zientara-Logeay, directrice de la *Mission de recherche Droit et Justice*, explique en trois points ce qui, selon elle, s'oppose au maintien du « modèle du juriste positiviste (...) technicien du droit » :²⁵⁶

— D'abord, le fait que la norme n'est plus « pour le professionnel du droit, un donné absolu qui, visant la perfection, a vocation à perdurer et s'impose à lui, même s'il doit

²⁵⁵ Sandrine Zientara-Logeay, *Le professionnel du droit aujourd'hui : un technicien du droit ? Un juriste global. Ou un nouvel humaniste ?* Lettre de la Mission de recherche Droit & Justice du GIP (créé par un arrêté du 11 février 1994), site internet, juin 2015.

²⁵⁶ *Ibid.*, p.1.

être interprété » ; « l'inflation législative », « l'introduction par le législateur (...) d'un principe d'évaluation de la loi », a « achevé le processus de désacralisation de la loi » et « l'introduction du contrôle de conventionalité et de constitutionnalité *a posteriori* » a transformé » radicalement le rôle des juristes à qui il revient désormais de porter un jugement sur la loi. »²⁵⁷

— Ensuite, « la globalisation qui s'entend tant de la mondialisation du droit que de l'émergence de modes alternatifs de règlement des conflits [remet] en cause le droit national et [exige] du « juriste global » qu'il ne se cantonne évidemment pas à la connaissance des droits positifs nationaux (...), la capacité à construire de nouveaux modèles juridiques. »²⁵⁸

— Enfin, « la régulation par le droit de domaines de plus en plus variés et complexes [élargit] les sphères d'intervention du juriste et le [conduit] à dominer suffisamment des savoirs spécialisés qui lui sont étrangers pour garder à l'égard du travail des experts une distance critique. »²⁵⁹

138. Mais rien de tout cela en réalité ne modifie en profondeur le rapport de subordination du juriste et particulièrement du juge à la loi non distinguée du Droit et donc au pouvoir politique. On retrouve là, autrement formulée, la croyance déjà évoquée dans le second paragraphe de cette section, en un mouvement d'émancipation, de libération, de création, qui notamment ferait des juges d'aujourd'hui les membres actifs d'un troisième pouvoir, judiciaire, (à côté du législatif et de l'exécutif qui n'en forment en réalité plus qu'un ou presque avec le « pouvoir présidentiel » issu de la cinquième République) qui en réalité n'a jamais existé qu'en théorie ; et ne peut advenir dans le cadre mental persistant des juristes. Lesquels, confondent leur désir d'exister en dehors de l'ombre portée du pouvoir politique, avec les marges qu'il leur accorde selon ses propres besoins.

139. Il est certain que la loi a beaucoup, sinon tout, perdu de sa sacralité au sens classique. Une sacralité dont au demeurant il ne faut sans doute pas exagérer l'existence dans le passé après l'extinction de la fièvre révolutionnaire. L'affirmation de son caractère sacré n'a plus guère été qu'un slogan politique à destination du public et des juristes et parmi eux, évidemment, tout particulièrement des juges dont il était attendu et dont il est toujours attendu,

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*, p.2

²⁵⁹ *Ibid.*

que les initiatives soient le plus limitées possible ou en tout cas ne dépassent pas ce qui est politiquement acceptable. Qu'une certaine souplesse interprétative, voire une certaine liberté interprétative en présence de lacunes ou de textes inadaptés, soit apparue nécessaire tant aux juristes qu'aux politiques, est une chose ; une autre chose est de prétendre que l'institution judiciaire serait aujourd'hui un véritable tribunal de la loi. Ce dont l'inflation législative fait la démonstration, c'est en réalité du refus du politique de laisser le juge adapter la loi aux situations concrètes, multiples, évolutives auxquels ils doivent s'affronter.

140. Si la loi n'est plus sacrée, son hégémonie n'est non seulement pas remise en cause, mais intégrée dans une idéologie de la maîtrise totale stimulée par le développement des technologies de l'information ; ce qui, au fond, ne fait que rejoindre l'utopie centralisatrice de certains révolutionnaires. Et le principe d'évaluation dont l'inefficacité semble démontrée par le simple fait de la poursuite de l'inflation législative, n'est bien entendu en rien contradictoire avec l'idéologie en question. Quant au contrôle de conventionalité et de constitutionnalité *a posteriori*, on ne voit pas non plus en quoi il autorise l'affirmation de ce que les juges auraient acquis, conquis, le droit de porter un jugement sur la loi. Le contrôle de conventionnalité est fondé sur l'article 55 de la Constitution de 1958 aux termes duquel : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » Que font-ils d'autre, en effet, que d'appliquer la loi constitutionnelle, avec la marge aujourd'hui raisonnablement reconnue à l'interprétation et éventuellement à l'adaptation, mais toujours sous réserve qu'elle ne déplaise pas aux politiques qui ont toujours la possibilité de contrer une décision qui ne leur convient pas. Les seules difficultés que ces derniers puissent rencontrer à cet égard, que ce soit à l'échelon national ou international, étant d'ordre politique. En aucun cas les politiques ne tiendront compte dont on ne sait quel pouvoir du juge de juger la loi.

141. Un tel pouvoir du juge ne saurait s'induire de l'augmentation des compétences du juriste requise par « la mondialisation du droit » qui le contraint à s'intéresser aux droits d'autres pays que le sien, de la diversification des domaines du droit dont certains sont très techniques ou encore de « l'émergence de modes alternatifs de règlement des conflits » (négociation, médiation, arbitrage...). Le juriste, pompeusement rebaptisé « juriste global », n'est pas foncièrement différent de ses prédécesseurs. Qu'il doive parfois « se référer à des principes supérieurs, en construction permanente (...) qui obligent souvent à trancher des

questions nouvelles à forts enjeux sociaux, économiques et sociétaux »²⁶⁰, ne veut pas dire qu'il tire ces principes de son propre fond, mais qu'il doit les déduire de textes conçus en des termes très généraux ; ce qui, en soi, n'excède pas le domaine de compétence traditionnel du juriste et particulièrement du juge.

142. Ni la nouveauté des questions qu'il a à trancher, ni l'importance des conséquences de ses décisions, ne sont l'indication d'une transformation substantielle de sa fonction. Ses décisions demeurent dépendantes des lois, traités et conventions produits, modifiables ou abrogeables à différents niveaux exclusivement politiques. Il va de soi, là encore, qu'aucun juge n'a eu son mot à dire lors de leur création et n'aura aucun mot à dire lors de leur modification et abrogation éventuelle. Et même, aurait-il son mot à dire que cela ne changerait nullement la nature de la décision finale. La bataille pour l'autonomie que prétendent mener les juristes et singulièrement les juges contre l'hégémonie politique, est perdue d'avance dans le cadre de leur rapport au politique inchangé depuis plus de deux siècles. Ce n'est pas sur le terrain de la loi qui est l'apanage naturel du pouvoir politique que les juges peuvent et doivent, dans l'intérêt des citoyens et de l'État de Droit, entreprendre de conquérir, avec celle du Droit, l'autonomie de leur office. C'est fondamentalement, avant toutes choses, sur le terrain même de la compréhension du Droit, de ce qu'il est et doit être pour être distingué de la loi, qu'ils doivent se placer.

143. L'auteur de l'article de référence cite Massimo Vogliotti pour qui « le rôle des juristes devient déterminant dans la construction d'un ordre juste » et le titre dudit article évoque même un juriste devenu un « nouvel humaniste ». Ce qui est assez surprenant. Que parmi les juristes il y ait des humanistes n'est pas douteux, que dans leurs fonctions respectives ils s'efforcent de ne pas oublier leur humanisme lorsque la loi le permet, ne l'est pas non plus. Mais pour la quasi-totalité d'entre eux et d'autant plus s'ils sont juges, il ne saurait être question de refuser purement et simplement de l'appliquer en raison de son iniquité. Rien ne permet d'affirmer que l'humanisme est dominant chez les juristes (les précédents récents de Vichy et de la guerre d'Algérie, permettent encore d'en douter) ou qu'ils tendraient vers « la construction d'un ordre juste », alors que ne cessent de croître les inégalités et de fondre les protections sociales. Et que rien ne démontre, à la supposer réelle, que ladite construction est à leur initiative

²⁶⁰ *Droit & Justice*, Sandrine Zientara-Logeay, *op. cit.*, p.1.

et qu'ils sont prêts au besoin à la défendre contre les politiques. Quel habitué des prétoires serait prêt à le croire ? En réalité ce sont les politiques en fonction de l'évolution des opinions publiques en démocratie (qui s'influencent mutuellement) qui déterminent l'orientation humaniste ou non de la justice. Si les juges ont acquis « une certaine capacité à douter, à aborder le droit du point de vue externe, notamment celui des sciences humaines », ²⁶¹ cela ne se ressent guère dans leurs décisions qu'à la faveur d'un climat général (politique et opinion) favorable. Les juges sont en règle très générale plus les suiveurs que les anticipateurs des changements.

144. En fait aujourd'hui, la principale ouverture vers les sciences humaines des juristes, est sans doute vers la science qui a le plus oublié qu'elle en était une, la science économique, soi-disant fondée, avec le marché et sa mythique « main invisible », sur des lois nécessaires, objectives, qui s'imposeraient aux lois humaines. Une ouverture qui est en réalité une fermeture puisqu'elle conduit à une pure et simple instrumentalisation du droit, à rabattre la question du Droit sur celle de l'économie dans la mouvance de « l'analyse économique du droit » d'inspiration Nord-américaine. ²⁶² Or qu'est-ce que le droit pour un économiste majoritaire, aujourd'hui néolibéral (non « atterré »), sinon un simple moyen au service du développement de l'économie telle qu'il la conçoit ? « La particularité du paradigme néolibéral, explique Romaric Godin, est qu'il maintient un rôle central pour l'Etat. Mais cet Etat a un rôle bien différent de celui de l'Etat-providence défendu par les keynésiens de l'après-guerre. Son rôle est de s'assurer partout que la balance du pouvoir pèse du côté du capital. Il doit donc devenir le principal allié du capital. » ²⁶³ Et c'est bien entendu par le truchement du droit que doit se concrétiser cette alliance, aux antipodes de la conception du Droit fondée sur la solidarité et d'une démocratie égalitaire. ²⁶⁴ Les réformes entreprises par l'actuel président de la République, celles qui tendent à la contraction des services publics (dont le danger a été mis en évidence

²⁶¹ *Droit & Justice*, Sandrine Zientara-Logeay, *op. cit.*, p.3.

²⁶² Cf. les observations en introduction générale (n° 52) relatives à « l'ouverture » à l'économie de la cour de cassation.

²⁶³ Romaric Godin, *La guerre sociale en France, Aux sources économiques de la démocratie autoritaire*, édit. La découverte, 2019, p. 32.

²⁶⁴ « L'aspiration néolibérale est celle d'une démocratie limitée et encadrée, où les droits du capital et sa liberté de circulation sont garantis contre les tentations de la population de les remettre en cause. Avec ces limites, les néolibéraux proposent de protéger le peuple contre lui-même, contre ses décisions hâtives, intéressées et à courte vue. Aujourd'hui, dans les salles de marché et dans les bureaux des économistes, mais aussi pour plusieurs dirigeants, rien n'est plus dangereux que le « risque politique ». » *Ibid.*, p. 39. Que dire alors du « risque juridique » avec la conception d'un Droit fondé sur la solidarité et d'un *Juge révolté* qui se reconnaît une légitimité propre ?!

pour le service public hospitalier avec la pandémie du coronavirus), à la précarisation des salariés (la réforme du droit du travail) et à la diminution de la protection sociale (la réforme de l'assurance chômage), notamment, vont clairement dans ce sens.

145. S'ajoute à cela la colonisation croissante du monde du droit par des hommes politiques et des hauts fonctionnaires qui en sont proches, non pour y exercer de véritables fonctions juridiques ou judiciaires — ce dont ils seraient en général bien incapables ²⁶⁵ —, mais pour tirer le plus de profit possible de leurs carnets d'adresses. C'est ainsi qu'entre 1990 et 2015, « plus de deux cents fonctionnaires, anciens ministres ou parlementaires sont devenus « avocats » en droit des affaires, ce qui ne manque pas [en effet] d'interroger sur les transformations de l'État. » ²⁶⁶, et au sein de l'État, de l'état d'esprit de ses « grands commis ». Une transformation, peut-être, en une « start-up nation » vouée en tout premier lieu au développement des affaires au moyen, entre-autres, du droit. ²⁶⁷ Il y a des juges qui, bien loin d'être soucieux de construire un « ordre juste », sont soucieux de servir cet objectif. Soit qu'ils adhèrent franchement aux idées qui le sous-tendent, soit qu'ils se prétendent neutres en tant que professionnels du droit, avec une sincérité dont il est parfois permis de douter. Une neutralité qui leur permettrait, en l'absence de toute éthique propre du Droit, de servir avec une égale conscience professionnelle n'importe quel autre objectif.

²⁶⁵ « Antoine Vauchez étudie un phénomène très contemporain (...) : celui de la création d'un nouvel espace frontière entre avocats et élite politico-administrative. Mais alors qu'au XIX^e siècle, le flux s'opère de l'avocature vers le monde politique, le phénomène est aujourd'hui inverse. » Sandrine Zientara-Logeay, *op.cit.*, p. 3. Mais avec cette inversion du flux, ce sont souvent des gens sans formation professionnelle qui intègrent le barreau — par privilège. Le décret du 3 avril 2012, depuis supprimé (mais subsistent de nombreuses dérogations), qui permettait aux anciens ministres et parlementaires d'accéder à la profession d'avocat sans formation théorique et pratique ni Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat, dès lors qu'ils avaient exercé des responsabilités publiques les faisant directement participer à l'élaboration de la loi pendant huit années, est à cet égard exemplaire. Sandrine Zientara-Logeay note aussi que les étudiants de Sciences Po sont autorisés « à présenter l'examen du barreau, introduisant ainsi une première brèche dans le monopole des facultés de droit » et de « la création de l'École de droit de Science Po en 2009 » sur le modèle anglo-saxon (*op cit.*, p. 2) : Des étudiants férus de sciences politiques, mais certainement bien peu enclins à penser l'autonomie du droit.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ « Start-up nation » selon la formule qu'affectionne Emmanuel Macron. « L'histoire du capitalisme sur une longue période nous enseigne que l'accumulation très rapide de grandes richesses passe presque toujours par des activités de prédation. Pour reprendre la terminologie d'Aristote, il s'agit de *Chrèmatistikos* (l'art d'acquérir des richesses), et non pas d'*Oikonomia* (l'art d'administrer sa maison). Les start-ups sont poussées à accumuler la plus grande richesse possible en un minimum de temps par les fonds d'investissement qui les financent. Or, c'est précisément dans le cadre de telles ambitions démesurées que la prédation devient le facteur explicatif le plus probable de la réussite ». Michel Villette sociologue, « *La start-up nation : un symptôme, mais de quoi ?* », article en ligne du 26 octobre 2018 sur le site du média en ligne *The conversation*. On est bien loin de la quête d'un ordre juste.

Commentaire. Il est certain que le Droit a beaucoup évolué. Il a beaucoup évolué parce que la société a beaucoup évolué. Des innovations techniques constantes (dont aujourd’hui le numérique et la téléphonie mobile sont deux exemples évidents), le développement dialectique non moins constant de la production (industrielle et services) et de la consommation, l’ouverture des frontières à un marché global, le jeu de groupes de pression et de courants d’idées puissants dans tous les domaines (politique, économique, social, sociétal), ont façonné et continuent de façonner une société qui ne ressemble plus guère en France pour s’en tenir à son exemple, à celle qui a produit le code Napoléon. Le droit s’est adapté. « Le droit ne domine pas la société, il l’exprime »²⁶⁸, même si le législateur (issu de la société) peut dans une certaine mesure freiner ou au contraire anticiper les évolutions pour mieux les canaliser. Les tribunaux aussi s’adaptent aux évolutions de la société, mais dans la mesure du politiquement compatible. Aucun juge encore aujourd’hui ne prétend promouvoir une adaptation contre la loi ; laquelle a toujours le dernier mot. Dès lors, soutenir qu’il existerait chez les professionnels du droit, mais avant tout chez les juges puisque ce sont eux qui ont prise directement sur le droit positif, une doctrine et une action propres visant, au-delà de la simple adaptation subordonnée, à la construction d’un ordre juste, ne semble guère réaliste. Ce n’est pas parce que certaines décisions à l’échelon national ou supranational (notamment européen) vont, ou semblent aller dans le sens d’une telle construction, que l’on peut en inférer sérieusement, sans réserve, l’émergence significative d’un « nouvel homme du droit » ; que de telles décisions auraient été rendues et pourraient l’être encore et toujours plus nombreuses, en l’absence d’un contexte politico-légal favorable. En l’absence du véritable changement de paradigme juridique que constituerait l’abandon d’une conception du droit qui exclut de faire de la construction d’un ordre juste une question proprement juridique, au profit d’une conception du Droit qui, au contraire, le permet avec l’intégration dans son dispositif d’une dimension éthique fondée sur la solidarité.

Section 2. Un juge impuissant à Dire le Droit contre l’arbitraire de la loi

[146.] Dans cette seconde section, sont tirées trois conséquences comme trois faits, de la fausse équation du Droit et de la loi. D’abord, le fait que l’office du juge est politique, qu’il jouisse ou non d’une certaine indépendance statutaire. Non pas parce que les juges font de la

²⁶⁸ Jean Cruet, *La vie du droit et l’impuissance des lois*, Paris, édit. Flammarion, 1908, p. 336.

politique comme le font les hommes politiques, mais parce que, au travers des lois (y compris celles qui ont trait à leur indépendance), ils appliquent de la politique mise en normes. Parce que le droit qu'ils mettent en œuvre n'est qu'un aspect de l'action politique (§1). Ensuite, le fait que, puisque la loi est exclusivement définie par la capacité du pouvoir politique en place de la faire respecter par la force, l'office même du juge est fondé sur la possession de cette force. Autrement dit, la loi que dit le juge n'est rien d'autre que la loi du plus fort (§2). Enfin, le fait que le juge qui ne dit rien d'autre que la loi du pouvoir politique, peut être conduit à rendre un jugement inique, indigne, sur le fondement de la loi prise par un pouvoir lui-même inique, indigne. À condamner, comme ce fût le cas par exemple au cours de la seconde guerre mondiale, un « juste parmi les hommes » (§3).

Paragraphe 1. Un juge dont la fonction est une affaire politique et non juridique

147. Il est erroné de voir dans le contrôle de conventionnalité ou de constitutionnalité des lois une limite proprement juridique opposée par un juge libéré de son joug, de sa suprématie, au pouvoir politique ; ainsi que la preuve de l'achèvement par le droit de la démocratie et de l'État de Droit. En effet, ce contrôle n'a pas fait disparaître le lien de subordination du droit et du juge au pouvoir politique. Il n'a pas modifié en profondeur la situation qui existe depuis la Révolution et le passage de la monarchie à la République et à la démocratie sans laquelle un tel contrôle est inconcevable. Mais demeure insuffisant pour asseoir un véritable État de Droit qui suppose la présence en son sein, avec la reconnaissance de l'autonomie du Droit par rapport à la loi, celle du Juge par rapport au pouvoir politique. Une autonomie à deux volets qui, en fait comme en théorie, est doctrinairement exclue depuis bientôt deux siècles et demi. Une autonomie en ce qui concerne le juge, entendue au-delà de la simple indépendance statutaire et légale plus ou moins large, mais toujours octroyée par le pouvoir politique. Une autonomie traditionnellement inenvisageable par ce dernier, ce qui n'est évidemment pas surprenant, mais également en fait par les juristes, bien qu'il soit assez courant aujourd'hui, comme on l'a vu, de reconnaître aux juges en général et en particulier à ceux des sphères les plus élevées nationales et supranationales, une part significative, sinon même déterminante, dans les « avancées » du droit. Or on ne peut sérieusement soutenir, en l'état de la conception et de la pratique de la relation du juridictionnel au politique, que cette part est effectivement l'œuvre propre de juges autonomes. Ce qui supposerait, si c'était le cas, qu'ils soient prêts à le soutenir en présence d'un pouvoir politique qui, dans des circonstances politiques favorables, entendrait l'abolir. Ce qui n'est pas le cas. En réalité les juges ne contestent jamais franchement qu'ils tiennent leurs

compétences exclusivement de la loi (au sens large), c'est-à-dire du pouvoir politique, et ils ne tardent jamais longtemps à obtempérer quand leurs initiatives sont contrariées.

148. La démocratie en vigueur, la démocratie telle qu'elle est comprise et appliquée jusqu'à présent, y compris dans son prétendu aboutissement dans l'État de droit constitutionnel, est exclusivement politique. Elle n'est pas juridique puisqu'elle dépend exclusivement de la volonté politique. Qu'un coup d'État la supprime brutalement par la force, ou que dans le plus parfait respect du droit et des institutions, à la faveur là aussi de circonstances politiques qui la rendent possible, une réforme constitutionnelle radicale la fasse basculer dans son contraire, et toutes les juridictions à tous les étages de la pyramide suivront : aucune n'invoquera l'existence d'un Droit qui s'opposerait aux plus antidémocratiques des nouvelles lois. Ce qui était inconstitutionnel hier deviendra constitutionnel (si tant est que demeure une constitution) aujourd'hui. La démocratie et les valeurs qui s'y attachent auront politiquement et, par voie de conséquence, juridiquement, vécues. La démocratie rappelle Monique Chemillier-Gendreau « peut parfaitement engendrer le pire [car son] (...) maléfice est qu'elle peut se retourner en son contraire : n'oublions pas qu'Hitler a été élu démocratiquement, comme plus près de nous Donald Trump, et plusieurs autres politiciens affichant leur mépris pour la démocratie ». ²⁶⁹

149. Le propos dans ces conditions n'est pas de penser un autre système que la démocratie, mais au contraire de s'efforcer de la conforter. Il est certain en effet que la démocratie est « le pire des systèmes, à l'exclusion de tous les autres », comme le disait, avec un pragmatisme très britannique, Churchill. Il est aussi le plus menacé, même si sa résurgence permanente là où il a réussi à prendre racine en profondeur, témoigne aussi d'une certaine résistance, sans doute liée au fait qu'elle répond le mieux à l'aspiration à la justice des hommes, rapportée avec Camus à la nature humaine. Comme toute l'histoire moderne le démontre, et singulièrement l'histoire de France post révolutionnaire : il y a eu le Premier empire, la Restauration, le Second empire, Vichy, mais la démocratie n'a jusqu'à présent cessé de germer et refaire des « pousses ». Ce qui cependant ne constitue pas une garantie absolue d'avenir. La démocratie n'est qu'un rempart fragile à l'arbitraire du pouvoir détenteur de la force et avec elle de la « raison du plus fort » qui est, au final, « toujours la meilleure » en ce qu'elle permet d'écarter toutes les autres quelles qu'elles soient, d'un revers de main ; ou de patte. Dans la célèbre fable *Le loup et l'agneau*, ce dernier qui fait la preuve de l'absurdité des raisons du

²⁶⁹ Monique Chemillier-Gendreau, *op.cit.*, p. 70.

premier, n'en sera pas moins mangé « sans autre forme de procès ». Pour conforter la démocratie et aller vers un véritable État de Droit, il faut penser un Droit et un Juge séparés de la loi et de la justice du « loup ».

150. On ne peut méconnaître l'importance du contrôle juridictionnel de constitutionnalité pour la démocratie et donc pour la pensée du Droit. Surtout avec l'instauration en sus du contrôle d'initiative politique *a priori*, du contrôle à l'initiative des justiciables *a posteriori*. Mais on ne peut méconnaître non plus le fait qu'il est abusif de voir dans le Conseil constitutionnel une instance d'une autre essence que les juridictions des deux ordres traditionnels, judiciaire et administratif, d'une autre essence au sens d'une instance qui ne serait pas subordonnée au pouvoir politique. Sa composition même en fait, apparemment, une instance hybride. Le fait que l'alinéa 2 de l'article 56 de la Constitution dispose que « font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République » (une disposition que le Conseil constitutionnel français ne partage qu'avec le Conseil constitutionnel de Djibouti et la Cour constitutionnelle du Gabon) et que les autres membres au nombre de neuf sont nommés pour un tiers chacun par le président de la République et les présidents des deux chambres (alinéa 1^{er}), avec un président nommé par le président de la République qui a voix prépondérante en cas de partage (alinéa 3), donne indéniablement à l'institution une forte coloration politique. Et l'on sait de différentes sources que ses membres peuvent être soumis à de très fortes pressions politiques et même que certaines de ses décisions peuvent n'avoir d'autres motifs que politiques. Ainsi dans son livre de souvenirs, de commentaires et de mises au point intitulé significativement *Ce que je ne pouvais pas dire*²⁷⁰, Jean-Louis Debré, ancien président du Conseil constitutionnel, relate les pressions dont ont fait l'objet les membres de l'institution de la part d'un ancien président de la République et membre de droit du Conseil, Nicolas Sarkozy, pour les inciter à censurer une décision de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques qui lui était défavorable.

151. Ce qui ne veut pas dire que si le Conseil constitutionnel est allé bien au-delà du rôle « d'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics » que sont censés avoir eu en vue

²⁷⁰ Jean-Louis Debré, *Ce que je ne pouvais pas dire*, édit. Robert Laffont, 2016. Dans une interview au Figaro (publication en ligne du 27 janvier 2015), un autre ancien président du Conseil constitutionnel, Roland Dumas, a reconnu avoir validé, en 1995, les comptes de campagne d'Édouard Balladur et de Jacques Chirac qui étaient manifestement irréguliers. Un autre membre du Conseil, Jacques Robert, un juriste qui siégea de 1989 à 1998, reconnaîtra avoir servi à cet égard « de caution à une belle entourloupe » lors de l'examen des comptes (article du Monde en ligne du 28 janvier 2015).

les pères fondateurs de la V^e République, ce franchissement de frontière ²⁷¹ n'a pas eu aussi de belles motivations et n'a pas permis de significatives avancées dans le sens, sinon de la construction d'un ordre juste, au moins d'une amélioration de la démocratie et de l'État de droit. Dont l'une des plus remarquables est sans doute, de notre point de vue, la décision du 16 juillet 1971 ²⁷² où il s'est reconnu compétent pour apprécier la constitutionnalité d'un texte au regard du préambule de la Constitution et, par-là, interprète et gardien des droits fondamentaux des citoyens, comme s'il avait acquis avec une représentativité propre, un pouvoir propre. Ce qui le distinguerait des autres juridictions et le rapprocherait, si c'était exact, de notre conception du Juge — du *Juge révolté*.

152. Mais il n'en est rien. Le Conseil constitutionnel n'est pas malgré les apparences, malgré la fiction avec la Constitution d'une loi d'une autre nature que les autres, d'une autre essence que les autres juridictions. Les principes et valeurs sur lesquels il se fonde sont tirés de textes dont l'origine a été, et dont le maintien est et demeure, une affaire exclusivement politique. Hautement politique. Il est certain que l'élargissement de sa compétence avec la reconnaissance de la positivité de ces principes et valeurs n'est pas le résultat d'une simple application de textes dont l'interprétation ne souffrait aucune difficulté et ne nécessitait aucun engagement propre. Mais, pour autant, jamais le Conseil constitutionnel n'a pris une décision en se fondant sur un Droit distingué de la loi quelle qu'elle soit. Un Droit tel qu'il est conçu avec Camus, qui ne disparaîtrait pas n'étant pas la chose du pouvoir politique, si d'aventure ce dernier, à l'occasion d'un bouleversement politique, décidait de supprimer la Constitution et partant le Conseil constitutionnel ou au moins de modifier l'une pour restreindre clairement la compétence de l'autre.

153. Un Droit, il convient de le rappeler ici, qui n'est pas un droit naturel, idéal, mais dont le concept est celui du phénomène normatif qui s'est développé sous cette appellation en occident et singulièrement en France au fil de son histoire. En France où, pour le peuple

²⁷¹ Avec la théorie dominante, la frontière entre le politique et le juridique est inévitablement incertaine en raison de l'occultation par le juge de l'éthique inhérente avec le Droit, à une normativité qui n'a de sens qu'humain. Qualifier de Droit et appliquer en tant que tel une norme, ne peut pas être une opération neutre. Autrement dit, l'éthique est nécessairement présente, mais à défaut d'être traitée, elle est abandonnée à toutes les errances.

²⁷² Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*. Cette décision a intégré le préambule de la Constitution de 1958 dans le « bloc de constitutionnalité » et avec lui la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui n'est visée que dans ce préambule.

contrairement aux juristes, l'arbitraire est en soi antinomique au droit. Comme on le voit très simplement affirmé avec le « vous n'avez pas le Droit » spontané, révolté du quidam, adressé à un agent de la force publique qui procède à une arrestation légale mais fondée sur une loi manifestement inique ; par exemple fondée sur l'appartenance à une certaine communauté ethnique. Ce qui pour le juriste est peut-être regrettable, mais ne saurait justifier qu'une telle arrestation ne soit pas validée par le juge saisi de sa régularité. Une invalidation par contre non seulement concevable mais de rigueur sur le fondement de l'éthique du Droit, de l'éthique de la solidarité, pour un *Juge révolté*, un juge en accord en cela avec le peuple, c'est-à-dire en démocratie avec l'unique source de la souveraineté et donc de la légitimité, au nom duquel les lois sont censées être prises et les jugements rendus.²⁷³

154. Le concept de *Juge révolté* n'exclut aucune des juridictions existantes, parmi lesquelles le Conseil constitutionnel occupe une place indéniablement importante. Un Juge qui ne se pose en concurrent, ni des juridictions existantes, ni du pouvoir politique, qu'au contraire il contribue à rendre plus clairs dans leurs fonctions sociales. Un Juge qui par contre s'affirme en tant que détenteur d'une autre légitimité que politique : une légitimité proprement juridique. Un Juge qui ne fonde pas son autonomie et celle du Droit sur les grandes valeurs, les grands principes tirés des grands textes intégrés dans le droit positif dont il ne méconnaît évidemment pas la valeur en tant que tels, mais sur la conception du Droit que l'on peut dire, elle aussi, positive en ce qu'elle est celle du peuple, issue pour ce qui concerne la France de son histoire ; sur le fond anthropologique d'une résistance universelle à l'injustice. Une histoire dans laquelle les grandes valeurs et les grands principes en question, dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 marque une sorte de point de non-retour, ont leur part mais ne sont pas l'unique source du Droit. Si, en effet, ils sont comme autant de jalons et de preuves de l'existence de cette conception, ils n'en sont pas l'unique support. Si un parti politique réactionnaire parvenu au pouvoir entreprenait par exemple de faire sortir de la légalité tout ce qui a trait aux droits de l'homme, cela ne leur retirerait pas automatiquement toute efficacité juridique.

155. Pour le *Juge révolté*, s'il y a la loi, il y a aussi le Droit dont il est le dépositaire, l'interprète et le garant, dont le concept dans sa compréhension comporte une dimension

²⁷³ Monique Chemillier-Gendreau pense que « pour avancer sur la voie de la démocratie, il est nécessaire de cesser de penser la politique à partir de la souveraineté ». (*Op. cit.*, p. 92). Mais en réalité ce qu'elle dénonce, c'est l'abus qui consiste pour le pouvoir politique en place à prétendre l'incarner alors qu'il l'a confisquée à son profit. Avec d'autant plus de facilité qu'aucun autre organe que politique, ne se revendique dépositaire de la souveraineté ou d'une partie de la souveraineté pour opposer une limite à cet abus.

éthique qui rejoint, sans se confondre avec elles, les valeurs consacrées par les grandes déclarations humanistes. C'est une éthique propre du Droit qui est la condition de son autonomie en tant qu'objet et discipline, distincte des différentes éthiques véhiculées par les différents pouvoirs politiques successifs, mais qui peut bien entendu plus ou moins coïncider avec elles en situation de démocratie effective et de proximité avec l'État de Droit. Mais ce qui ne doit jamais conduire à confondre les unes avec l'autre. Il est, en d'autres termes, éminemment souhaitable que la dimension politique et la dimension éthique du Droit se recouvrent ou à tout le moins tendent à se recouvrir, mais, dans le cas contraire, c'est-à-dire en cas de divergence grave entre les deux dimensions, le *juge révolté* serait conduit à s'opposer à la volonté du pouvoir politique exprimée avec et dans la loi.

Commentaire. Une pandémie comme le coronavirus, rappelle aux hommes des sociétés les plus avancées, les plus structurées, les plus riches, les plus puissantes et les plus sûres, qu'elles ne sont jamais que des géants aux pieds d'argile ; qu'elles ne sont jamais à l'abri d'une de ces catastrophes qu'elles croyaient appartenir à leur passé lointain, alors qu'elles peuvent toujours survenir à tout moment et les ébranler de fond en comble. Il serait bon qu'elle leur rappelle que cette fragilité est en fait générale. Que la démocratie, les libertés, les droits sociaux, peuvent aussi être menacés de disparition à l'occasion d'une catastrophe politique. Que leur protection, même renforcée avec une institution comme le Conseil constitutionnel érigé en garant des droits fondamentaux, dépend toujours de lois dont le maintien et est demeure exclusivement une question politique. Que le pouvoir législateur fasse table rase des « acquis » et tous les juges, non seulement ne les protégeront plus, mais concourront à leur abolition en appliquant les nouvelles dispositions. Une réflexion étendue à toutes les formes de fragilité, parmi lesquelles la fragilité politique, devrait conduire à penser une protection juridique qui ne soit plus exclusivement axée sur la loi et sur un juge qui ne dit que la loi. Il faut penser un Droit et un Juge pour le Dire, autonomes, Un Droit protecteur indépendamment de la loi, des acquis en question, rapportables avec Camus à l'exigence de solidarité découverte au cœur de la révolte contre l'injustice. Il faut un Juge dont la fonction ne soit plus une affaire strictement politique, comme c'est le cas avec la théorie dominante du droit, mais fondamentalement, une affaire juridique.

Paragraphe 2. Un juge qui, à défaut de Dire le Droit, ne dit jamais que la loi du plus fort

156. Il ne saurait en effet être question pour ce Juge « de plein exercice » d'appliquer une loi qui contredit gravement la dimension éthique du Droit, de rendre une décision en contradiction flagrante avec cette dernière. Le citoyen injustement traité par la loi attend du Juge qu'il soit, non la bouche de la loi dont il est la victime, mais celle du Droit. Ce citoyen et justiciable qui n'est pas nécessairement naïf, peut fortement douter de la capacité du Juge devant lequel il comparaît à s'opposer à l'application de la loi ; mais il ne doute pas pour autant de ce qu'un véritable Juge d'un véritable Droit ferait, si celui qui le juge ne le fait pas. Il est certain que tant que le juge n'aura pas investi pleinement sa fonction, c'est la loi du pouvoir qui seule « fera la loi », sans partage à défaut pour elle de rencontrer d'autres limites que celles qu'elle s'est elle-même, et toujours provisoirement, imposée. C'est un investissement auquel doivent contribuer, au plan théorique, les penseurs du Droit libérés de l'attraction des deux pôles magnétiques traditionnels du jusnaturalisme et du juspositivisme. Des juristes convaincus de la nécessité de dépasser une opposition archaïque et stérile entre ceux qui sont à la recherche d'un droit conforme à un idéal qui s'apparente souvent à « l'inaccessible étoile » de la chanson, et ceux qui prétendent à une objectivité scientifique dont serait exclue par nature toute considération d'ordre métaphysique et/ou éthique. Cette exclusion, pour le moins datée au regard de l'épistémologie contemporaine, les conduit à priver le droit, avec l'éthique, de sa substance propre ou autrement dit, à faire de la prétendue science du droit, la science, non pas du Droit, mais de la loi ou en d'autres termes de la seule dimension politique du Droit. La science de la normativité bancale d'une démocratie bancale.

157. L'imposante pyramide des normes en vigueur, visées ici sous le vocable générique de « loi », présente dans le détail une très grande diversité entre la Constitution et le simple arrêté municipal. Mais toutes les normes ont en commun d'être nées de la politique et d'en dépendre pour leur survie. Ce qui ne fait aucun doute pour nous comme on l'a vu plus haut, et ce qui n'est pas une question pour la plupart des juristes, mais ce qui cependant pour certains mérite d'être pour le moins nuancé lorsqu'on vise les textes les plus généraux et généreux, les plus émancipateurs : ceux qui donnent l'impression, lorsqu'on les lit, d'être en quelque sorte détachés de la pyramide, en lévitation au-dessus d'elle, hors d'atteinte du pouvoir politique, tels la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950. Ainsi

avec ces trois considérants de la seconde déclaration visée : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme. Considérant qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression. »

158. Cette impression est renforcée à la lecture du troisième texte visé, signé par les États du Conseil de l'Europe, où ils réaffirment « leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament ». Ces textes qui, pour laïcs qu'ils soient, n'en n'ont pas moins une résonance sacrée, hors de portée de la politique. Ce qui fait dire à François Saint-Pierre que « Le choix de ces termes n'était pas neutre dans l'esprit de leurs rédacteurs, qui ont souhaité distinguer ainsi le politique du juridique, et lui fixer une limite infranchissable, le respect des droits fondamentaux des personnes ». ²⁷⁴

159. Mais comment admettre que les pouvoirs politiques qui les ont produits, aient pu sincèrement croire en une telle distinction qui suppose que le juridique visé est doté d'une valeur en quelque sorte transcendante ? Et comment auraient-ils pu conférer à leur production une telle valeur ? Comment auraient-ils pu ignorer qu'eux-mêmes et leurs successeurs pourraient très bien un jour, à la faveur de circonstances politiques qui ne seraient plus celles de l'après seconde guerre mondiale, mais par exemple des circonstances comparables à celles de l'avant-guerre, revenir sur l'universalité, l'impérativité, des « droits fondamentaux ». Voire en nier purement et simplement l'existence comme le font certains dirigeants de grandes nations telles que la Chine. Et alors qu'au sein même de l'Union Européenne, certains tendent à s'en

²⁷⁴ François Saint-Pierre, *Le Droit contre les démons de la politique*, édit. Odile Jacob, 2019, p. 22.

affranchir. L'impression de neutralité politique que communiquent ces grandes déclarations est trompeuse. L'initiative de l'instauration ou non, le maintien ou non, d'un « régime de droit » tel « que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression » (cf. le considérant susvisé) appartiennent toujours aux pouvoirs politiques en place pourvu qu'ils disposent de la contrainte efficace qui les caractérise. Des pouvoirs politiques qui, le cas échéant, si leur idéologie et/ou leurs intérêts le commandent, n'hésiteront pas à réprimer toute révolte en niant toute forme d'oppression.

160. Le même auteur se félicite de certains développements par la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, de jurisprudences protectrices des libertés ; mais les contre-exemples ne manquent pas, et parmi eux le long épisode de la guerre d'Algérie postérieur aux grandes déclarations visées, pendant lequel on ne peut pas dire que les juges ont été à la pointe de la défense des libertés, comme on le verra plus loin. Autant dire que la résistance au franchissement de la limite, que ce soit des politiques ou des juges, que constituerait le respect des droits fondamentaux des personnes, demeure grandement fonction des circonstances ... politiques. Comme d'ailleurs François Saint-Pierre en conclusion de son essai ce qui n'est pas anodin, en convient : « La question qui nous préoccupe le plus, en conclusion de cet essai, est de savoir si la justice saurait vraiment défendre les principes de l'Etat de droit contre un gouvernement, même issu d'élections régulières, qui déciderait de conduire une politique indigne, violant les droits et libertés des personnes, au nom d'une idéologie de l'ordre, comme la France en connut par le passé. »²⁷⁵ En l'état, on ne peut hélas guère douter de la réponse.

161. Il est vrai que « l'Etat souverain n'a pas tous les droits, et certainement pas celui de violer les droits humains. [Que] le pouvoir politique n'est légitime que dans le respect de ces droits, qu'il a l'obligation de protéger, et que, à défaut doivent garantir en dernier recours »²⁷⁶ les juges. Mais ce recours est tout simplement impensable dans le cadre de la conception neutraliste et en fait politique, du droit et de l'office du juge. Il faut, pour penser ce recours, repenser le droit et l'office du juge à nouveaux frais. Il est certain que la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), notamment, à partir des années 1980, « a conduit une

²⁷⁵ François Saint-Pierre, *op. cit.*, p. 131

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 22.

jurisprudence novatrice, développant les droits et libertés des personnes ». ²⁷⁷ Mais il est là encore abusif (après l'avoir fait à propos de la jurisprudence novatrice du Conseil constitutionnel) d'en tirer la conclusion de l'existence désormais « d'un droit supérieur au pouvoir politique. » ²⁷⁸ Il est certain en effet, d'une part, que l'avenir de la CEDH et de sa jurisprudence dépend de l'évolution politique de l'Europe et que le fait qu'elle ait pu faire échec dans une certaine mesure au « souverainisme » ne constitue en rien une garantie.

162. On a vu avec le « Brexit » que l'Union Européenne elle-même est constitutivement encore fragile, et que dire de l'organisation pan-européenne du Conseil de l'Europe dans laquelle se trouvent des États dont le moins qu'on puisse dire est qu'ils ne sont guère soucieux de la protection des droits humains (tels que la Fédération de Russie ou la Turquie). Il est certain que les États membres de l'une et l'autre entités peuvent toujours s'affranchir des contraintes de toutes sortes qu'elles génèrent, radicalement en s'en détachant, ou en agissant de l'intérieur pour les affaiblir ou même à terme les faire disparaître. La question est et demeure politique et non proprement juridique ou juridictionnelle. ²⁷⁹ Ce qui vaut bien entendu pour la CEDH dont au demeurant la jurisprudence n'est que partiellement appliquée ²⁸⁰ par les États concernés, ce qui montre bien ses limites dans un ensemble d'États qui, certes, délèguent une partie de leurs attributs, mais conservent jalousement l'essentiel de leurs prérogatives de souveraineté. Comme on le voit avec le repli à l'intérieur des frontières de chacun pour l'organisation de la lutte contre la Covid-19.

163. Il est entendu que la conception alternative du Droit et de l'office du Juge proposée n'est pas de nature à empêcher un pouvoir politique autoritaire qui ne craint ni ses opposants,

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 24.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 23.

²⁷⁹ La CEDH est d'ailleurs régulièrement critiquée de l'intérieur même des États. Par exemple au Royaume-Uni les conservateurs veulent en sortir et risquent fort d'y parvenir avec le « Brexit ». En France, lors des dernières élections présidentielles, M. le Pen et F. Fillon avaient eux-aussi promis une sortie. Le second n'avait pas hésité à déclarer au Figaro le 16 janvier 2015, que « la France a un problème avec le gouvernement des juges européens. »

²⁸⁰ De façon étonnante François Saint-Pierre écrit à cet égard : « Succès juridique, mais aussi géopolitique, car la CEDH supervise les justices de 47 États au total, en Europe et au-delà, puisque la Turquie et la Russie en font partie. Des États aux régimes politiques bien disparates, la plupart démocratiques, certains autoritaires, voire dictatoriaux, qui tous firent l'objet de condamnations plus ou moins nombreuses pour des violations parfois graves de leurs obligations, sans qu'aucun d'eux n'ait pourtant décidé de se retirer — du moins à la date de rédaction de ces lignes. N'est-ce pas le signe de l'attraction qu'aura exercée sur eux, sur une longue période, le modèle d'Etat de droit... », alors que les dirigeants de ces pays multiplient les atteintes aux droits humains ! N'est-il pas évident que leur adhésion et leur maintien sont purement stratégiques et de façade !

ni l'opinion publique, de passer outre à tout refus d'application d'une de ses lois au nom de l'éthique du Droit, par exemple en n'en tenant aucun compte ou en supprimant le passage par le Juge. Mais elle n'en est pas moins essentielle en ce qu'elle rend clair aux yeux des citoyens ce qu'il faut à la loi pour qu'elle réponde à l'exigence de justice qu'ils associent en général au Droit et à l'office du Juge. Et ce qu'il faut que ce dernier fasse pour que cette exigence soit respectée, avec leur soutien éclairé s'ils sont eux-mêmes conséquents. Pour Victor Hugo aussi « Le droit et la Loi (...) sont les deux forces ; de leur accord naît l'ordre ; de leur antagonisme naissent les catastrophes ». ²⁸¹ Mais il pensait possible de parvenir un jour, grâce aux progrès de la connaissance scientifique de l'homme et de la société, à une fusion du politique et de l'éthique, de l'être et du devoir-être, de la loi positive et de la loi naturelle. Ce que la pensée du Droit avec Camus n'autorise assurément pas.

164. Mais ce que, par contre, elle favorise avec la mise en lumière de la dualité du Droit, c'est en abandonnant un espoir vain, la recherche lucide d'un équilibre qui ne peut qu'être en tension, entre une dimension politique aussi basique que nécessaire, et une dimension éthique qui n'est pas moins indispensable à la construction d'un véritable Etat de Droit où la légitimité normative déléguée par le peuple, ne soit plus accaparée par un pouvoir législateur sans limite exposé à l'*hybris*. Ce pouvoir, dès la Révolution, s'est empressé de museler les juges afin d'étouffer toute velléité de juger en dehors ou contre, la loi. Un pouvoir qui avait alors sans doute quelque raison de le faire, mais qui estime toujours, plus de deux siècles après, que la seule alternative pour un juge est entre le fonctionnaire qui applique la loi sans porter un quelconque jugement sur elle, et dans le cas contraire, le justicier solitaire ou l'activiste sectaire infiltré, déguisé en juge. Un Pouvoir politique dont l'exercice dans les États modernes, surtout démocratiques, est réparti entre plusieurs instances productrices de normes de différents niveaux, mais dont aucune ne saurait faire l'objet d'un jugement éthique par un appareil juridictionnel conçu comme de nature administrative au sens large (qui dépasse la séparation en France entre les juridictions administratives et judiciaires).

165. Un appareil juridictionnel qui, au contraire, disposerait d'une capacité de jugement de la loi ²⁸², disposerait par là-même d'un pouvoir normatif propre qui le hisserait au

²⁸¹ Victor Hugo, *Le Droit et la loi*, édit. Michel Lévy frères, 1875, (Bnf) Gallica, V.

²⁸² Dans cette thèse le juge et le « scientifique du droit » sont souvent associés dans la critique du neutralisme dominant. Pour le second cela ne signifie pas qu'il lui est reproché de s'interdire tout jugement sur la loi. Il peut et il ne s'en prive pas, critiquer la loi d'un point de vue objectif. Par exemple en considérant que ses dispositions ne sont pas cohérentes avec ses objectifs, qu'elles ne permettent pas de les atteindre ; qu'elles ne sont pas

niveau des instances politiques situées au sommet de l'État, soit le gouvernement et les assemblées délibératives. Un appareil juridictionnel qui, toujours du point de vue des politiques, ne pourrait qu'être considéré, lui-aussi, comme une instance politique, puisque seules les instances politiques peuvent exprimer au travers de la loi, des choix éthiques. Un appareil juridictionnel qui ne serait plus la simple « autorité » que la cinquième République a pris soin en son titre VIII, non pas d'instituer, mais de confirmer, afin que personne et en tout premier lieu les juges, ne puissent douter de leur subordination au pouvoir et plus précisément à celui qui en détient l'essentiel, le Président de la République, porté « garant » de son indépendance. Ce qui pour n'importe quel citoyen lucide, en dit long sur cette indépendance. De notre point de vue, refuser de passer, de cette « indépendance subordonnée » du juge, à son autonomie, revient à refuser l'existence d'un véritable juge pour Dire un véritable Droit, lui-même reconnu en tant que phénomène autonome. Revient autrement dit, sous l'appellation usurpée de « juge » et de « droit », à refuser qu'advienne un véritable État de Droit.

166. Le Droit véritable postulé est un Droit dont la conception a pour terreau toutes les luttes menées pour la justice, siècle après siècle, et toutes les lois qu'elles sont parvenues à susciter, inspirer ou imposer pour le progrès de l'humanité. Des luttes pour la promotion de la connaissance et de la civilisation. Des luttes sociales et intellectuelles telles que celles menées aux XVII^e et XVIII^e siècle ²⁸³, sans lesquelles des textes tels que la déclaration des Droits de

suffisamment claires, voire qu'elles comportent des contradictions ; qu'elles ne s'insèrent pas correctement dans l'ordonnement juridique préexistant ; que leurs conséquences n'ont pas été bien évaluées ; etc. Ce qui est reproché conjointement au scientifique du droit et au juge neutralistes, c'est de s'interdire de poser une limite, pour le premier à la qualification de « Droit », et pour le second à son application, en présence d'une loi ou d'un système juridique global, humainement indignes.

²⁸³ Il a été démontré, notamment par Jonathan I. Israel, professeur d'histoire moderne à Princeton, que les Lumières européennes ne doivent pas être limitées au XVIII^e siècle, puisqu'en réalité non seulement elles plongent leurs racines dans le siècle précédent, le XVII^e siècle, mais que c'est dans ce siècle qu'elles ont été les plus radicales, notamment dans leur expression spinoziste. J. I. Israel, *Les Lumières radicales, La philosophie, Spinoza et la naissance de la modernité*, Edit. Amsterdam, 2001. Spinoza pour qui « L'arbitraire gouvernemental, sous peine de destruction du régime, ne peut franchir certaines bornes » ; « l'exercice du commandement [doit être] soumis à un contrôle. Celui-ci, bien souvent, demeure spontané et diffus. Sa forme la plus courante est le mécontentement populaire, qui se déchaîne lorsque le Souverain, mal informé, a pris des décisions manifestement contraires aux vœux unanimes de ses sujets ; ou lorsque, bien informé, il a passé outre ; ou lorsqu'il a donné des ordres contradictoires, donc inapplicables ; ou lorsque ses ordres, approuvés par l'opinion publique, n'ont pas été exécutés ». Alexandre Matheron, *Individu et communauté chez Spinoza*, Les Éditions de Minuit, 1988, p. 333. Pour éviter le risque d'une guerre civile franche ou larvée, il faut donc pour assurer la stabilité de la communauté politique, poser avec le refus de l'arbitraire, une limite à la volonté du Souverain et pour que cette limite ne soit pas franchie, poser simultanément le principe et les modalités d'un contrôle de « non franchissement » de cette limite. Si « Régner, c'est avoir la troupe bien en mains. [Si] L'armée est donc, en toute rigueur, l'ultime fondement de la société politique [et que] c'est donc d'elle que l'Etat tire son pouvoir », il demeure que ce pouvoir ne peut tenir que « si les sujets dépourvus d'armes sont eux-mêmes d'accord pour l'essentiel ; une armée qui devrait constamment intervenir ne suffirait pas à la tâche. » *Ibid.*, p. 335.

l'homme et du citoyen visée dans le Préambule de la Constitution actuelle, n'auraient pu voir le jour. Des luttes incessantes pour la conquête de nouveaux droits et le maintien des acquis, menées jusqu'à présent sur le seul terrain politique en l'absence de la reconnaissance de l'existence d'un terrain proprement juridique. Des luttes qui ont, certes, concouru à la formation dans la conscience collective de la conviction d'une antinomie du Droit et de l'arbitraire, que le Droit ne peut avoir d'autre finalité qu'humaine/humaniste, qu'il ne peut être ravalé au rang d'un simple instrument dont le pouvoir politique peut user discrétionnairement et à des fins de domination. Mais des luttes qui n'ont pas débouché sur la conception d'un Droit intrinsèquement porteur d'une telle finalité.

167. Ces luttes dont le sens et l'exigence qui ne sont autres que ceux du peuple souverain, n'ont pas pour autant pénétré le monde clos sur lui-même des juristes qui, au contraire, ont proclamé, arbitrairement, la neutralité du droit et la toute-puissance de la loi. Ce qui a eu pour effet de priver les grands textes tels que celui susvisé, de leur source vive, en les ravalant au rang de loi. Des lois présentées comme supérieures, fondatrices, quasi-sacrées, qui requièrent que soient réunies pour leur réforme ou leur suppression, si la voie légale est suivie, des conditions très difficiles à réunir ; mais des lois dont le sort dépend toujours exclusivement de facteurs politiques. Rien, dans le principe, tenant au droit, ne s'oppose à ce qu'un pouvoir « réactionnaire », s'il en a la volonté et les moyens politiques, ne mette à mal de telles lois. Et que les nouvelles lois qui leur seront substituées soient appliquées par les juges comme l'auront été les précédentes, c'est-à-dire docilement, sans qu'ils prétendent avoir leur mot à dire au nom d'un Droit différencié de la loi.

168. Plutôt que de prendre en considération la véritable source, factuelle, historique et en cela empirique, populaire, de la juridicité, les juristes ont jusqu'à aujourd'hui préféré la fiction, l'artifice tel que celui conçu par Hans Kelsen pour la Constitution, avec son mystérieux pour ne pas dire improbable, « acte de création particulier » d'une « assemblée d'individus ». Des « individus » qui ne tiennent de rien et de personne leur pouvoir « constituant », mais à qui cependant on doit accorder de posséder ce pouvoir en vertu, non d'un privilège exorbitant — ce qui au demeurant ne réglerait rien —, mais d'une « condition logique transcendantale ». Et encore, selon le même auteur, « s'il est permis d'utiliser par analogie un concept de la théorie kantienne de la connaissance » ! ²⁸⁴ Autant dire que la « norme-fondement » n'est rien d'autre

²⁸⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 267. « Kant appelle transcendantale 1) toute condition *a priori* qui rend une connaissance possible. Cependant, tout élément *a priori* (non-empirique) n'a pas

qu'un nom donné à ce que Kelsen et ses héritiers ne peuvent expliquer, une « pirouette » intellectuelle destinée à donner une apparence de cohérence à leur prétendue « science du droit ».

169. Cette science dépourvue d'objet propre n'est, autrement dit, qu'une apparence de science. En réalité, il s'agit d'une idéologie à laquelle les juristes praticiens adhèrent rarement par conviction, le plus souvent sans avoir eu vraiment l'occasion de réfléchir à ses présupposés et à ses conséquences ou en d'autres termes à sa validité, lors de leur formation quasi exclusivement technique. En somme, leur « adhésion » s'apparente à un « contrat d'adhésion » défini comme celui conclu entre deux parties dont l'une, la plus puissante, impose à l'autre, unilatéralement, sans discussion possible, toutes les clauses. L'alternative pour la partie la plus faible étant exclusivement entre prendre ou laisser. Si l'on prend, il n'y a plus à penser. Ainsi, si l'on devient juge, on adhère à la fonction telle qu'elle est définie par la loi, c'est-à-dire par le pouvoir politique en place. Sa définition est et doit demeurer, une affaire purement politique.

Commentaire. Le jeune généreux qui s'inscrit en faculté de droit en vue de devenir avocat (autre que d'affaires) ou magistrat, imagine son avenir autrement qu'en technicien d'une machine à fabriquer des syllogismes. Il est spontanément plus proche de Léo Strauss que de Machiavel, plus sensible à l'idée de contribuer par le droit à la construction d'une cité bonne et juste, qu'enclin à se mettre au service d'un Prince, même revêtu des habits de la démocratie. Juge et donc membre d'une hiérarchie pesante, il ne peut qu'éprouver assez vite un certain désenchantement. La justice juste qu'il avait en vue ne peut guère en fait s'exercer que si la loi l'autorise. Ses jugements peuvent manifester plus d'ouverture, d'empathie, de compréhension et de bienveillance, que ceux de ses collègues blasés et il peut s'il parvient à accéder aux plus hautes sphères de la pyramide, faire ce que Raymond Saleilles préconisait déjà il y a plus d'un siècle : faire dire à des textes positifs plus qu'ils ne disent littéralement, plus que ce que le

nécessairement une fonction transcendante : il en est ainsi de la logique purement formelle qui a pour objet les formes de la pensée indépendamment de tout contenu possible. Mais tout ce qui est transcendantal est nécessairement *a priori* ou pur ; 2) toute connaissance qui en général ne s'occupe pas tant des objets que de nos concepts (le transcendantal pose donc un rapport de notre connaissance à la faculté ou pouvoir qui en est la source). (...) La philosophie kantienne répond, par la fonction transcendante, à la question de la possibilité, de la légitimation *d'un fait*. » Article *Transcendantal*, Encyclopédie philosophique universelle, T. II, PUF, Paris, p.p. 2636-2637. Le problème, en l'occurrence, c'est que le recours au transcendantal, loin de légitimer le fondement factuel, réel, du droit, lui assigne, lui substitue avec la Constitution, un fondement purement formel. Autrement dit, on confond la logique formelle avec la logique transcendante.

législateur avait lui-même envisagé ; par exemple en y puisant des principes et valeurs auxquels jusqu'à présent on n'avait guère prêté attention, alors que désormais, on leur accorde une portée juridique certaine. Mais rien de tout cela ne sort pour autant du champ de la loi et donc du champ politique. La société est trop complexe pour qu'un pouvoir puisse espérer en maîtriser par la loi tous les aspects, même si les régimes les plus autoritaires s'efforcent d'y parvenir. Le pouvoir doit donc admettre la nécessité d'une certaine souplesse dans l'application de la loi, variable selon sa nature plus ou moins démocratique ; mais avec la possibilité pour lui de reprendre la main à tout moment. Il ne saurait être question pour lui de délégation et *a fortiori* d'abandon, de partage, de transfert de pouvoir au juge.

Paragraphe 3. Un juge qui peut être conduit à condamner un « juste parmi les hommes »

170. La plupart de ceux qui aujourd'hui font leur droit (comme on le disait autrefois), ne voient pas plus que leurs prédécesseurs dans le droit, autre chose qu'un corpus technique incluant matière et méthode, commun à toutes sortes de professions. Une boîte à outils dont il s'agit d'apprendre à se servir le mieux possible. Ce qui il est vrai, mais ce n'est pas la question ici, nécessite déjà un apprentissage théorique et pratique long et difficile. L'adhésion à la conception du droit qui sous-tend cette vision strictement instrumentale et professionnelle, ne requiert l'expression d'aucun consentement. Qui « fait du droit » y adhère. Elle est celle enseignée — plus implicitement qu'explicitement en l'absence de toute véritable approche critique —, par l'université et les écoles professionnelles. Parmi les conséquences de la conception technicienne ou scientifique du droit et de celui qui l'exerce, il y a celle, majeure, de l'irresponsabilité éthique de ce dernier. Y compris si le technicien est juge.

171. Dès lors qu'il ne fait entrer aucune considération personnelle dans le processus de jugement (éthique, politique, religieuse, philosophique, amicale, familiale, financière), on ne saurait lui faire un quelconque reproche. Le juge n'est jamais arbitraire, seule la loi peut l'être. Le juge peut éventuellement comprendre que des justiciables s'opposent à l'arbitraire de certaines lois qu'ils appliquent, et même qu'ils puissent considérer que cet arbitraire n'est pas compatible avec l'idée qu'ils se font du Droit, comme d'autres un peu partout dans le monde qui luttent, au péril de leur liberté et souvent de leur vie, contre des régimes despotiques, pour la démocratie et l'État de Droit. Mais pour lui, c'est une question politique et/ou philosophique, non juridique. Et peut-être même prétendra-t-il faire montre d'un certain courage en

condamnant consciencieusement, au nom de la loi arbitraire en vigueur, ceux qui l'ont combattue avec un autre, et celui-là authentique, courage. Dans l'histoire contemporaine, Nelson Mandela est un exemple frappant de la condamnation légale d'un juste.²⁸⁵

172. Lors de son procès, il a conclu ainsi sa vibrante déclaration : « Toute ma vie je me suis consacré à la lutte pour le peuple africain. J'ai combattu contre la domination blanche et j'ai combattu contre la domination noire. J'ai chéri l'idéal d'une société libre et démocratique dans laquelle toutes les personnes vivraient ensemble en harmonie et avec les mêmes opportunités. C'est un idéal pour lequel j'espère vivre et agir. Mais, si besoin est, c'est un idéal pour lequel je suis prêt à mourir. » Camus n'a pas connu Mandela, mais il est certain que la solidarité qui implique l'égalité, la liberté et la justice, était pour l'un comme pour l'autre un impératif existentiel catégorique. Camus qui a vécu une forme d'apartheid dans l'Algérie coloniale, a lui-même risqué sa vie en devenant résistant contre un régime fasciste et raciste. C'est une « solidarité agissante » qui l'a conduit que ce soit en tant que journaliste, écrivain ou citoyen, « à s'opposer à toute puissance autoritaire ou totalitaire et à défendre les opprimés ou opposants de tous bords ».²⁸⁶ Faut-il penser que la magistrature est *a priori* interdite à des hommes tels que Mandela (qui était avocat), Camus et tant d'autres du même acabit éthique, capables du même courage, parce que pour le magistrat l'impératif catégorique ne serait pas celui de la solidarité, mais celui de la neutralité ?

173. C'est une question que ne se posent sans doute pas, en tout cas aussi clairement, la plupart des magistrats lors de leur entrée dans la carrière et au cours de son déroulement dans une démocratie comme la France et en dehors de périodes de crises politiques et sociales majeures. Pour eux comme pour la majorité de ceux qui vivent en démocratie et en temps de paix depuis toujours, c'est-à-dire depuis aussi longtemps qu'ils puissent se souvenir depuis leur naissance, la démocratie, la paix et l'existence d'une justice qui ne heurte pas un sens élémentaire de la justice, vont de soi, ou presque. Ils savent qu'ils sont les contemporains de multiples guerres extérieures et aujourd'hui qu'il y a le terrorisme à l'intérieur, mais cela ne les

²⁸⁵ Arrêté par la police sud-africaine grâce à la CIA, puis condamné le 12 juin 1964 aux travaux forcés à perpétuité par la Haute cour de Prétoria qui avait « fonctionné normalement », Nelson Mandela ne sera définitivement libéré qu'en 1990, après plus de 27 ans d'incarcération dans des conditions particulièrement pénibles. Le prix Nobel de la paix lui sera décerné en 1993 conjointement avec le président Frederik de Klerk en raison de « leur travail pour l'élimination pacifique du régime de l'apartheid et pour l'établissement des fondations d'une Afrique du Sud nouvelle et démocratique » ; et il sera élu président de la République l'année suivante.

²⁸⁶ DAC, 849.

conduit généralement pas pour autant à s'interroger sur leur comportement futur s'ils devaient « par impossible » un jour, par exemple à la suite de l'accession au pouvoir d'un parti raciste, avoir à condamner en vertu de ses lois un Mandela, un « Juste parmi les hommes ». ²⁸⁷ C'est une hypothèse que l'on peut peut-être tenir pour hautement improbable, mais non pour totalement irréaliste ; à ce niveau ou à un niveau approchant.

174. « C'est en lisant le *Journal* de Maurice Garçon, cet illustre avocat qui l'avait rédigé sous le régime de Vichy », c'est-à-dire à un moment où elle était devenue brûlante, que François Saint-Pierre qui est lui-même avocat pénaliste, s'est posé cette inévitable question pour tout professionnel de la justice ²⁸⁸ et que se pose aussi, après quarante ans de carrière, l'avocat qu'est l'auteur de la présente thèse. Mais en doutant bien plus que lui de la possibilité de résistance de juges qui n'ont guère conscience de ce que les avancées jurisprudentielles en Europe en matière de droits de l'homme (qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement applaudies par tous) sont liées à une situation politique favorable et non à leur émancipation par rapport aux pouvoirs politiques, qu'ils soient nationaux ou supranationaux. En réalité, tant qu'ils continueront de croire que « c'est une réalité devenue incontournable » que « Le droit s'élabore de la sorte : mi production politique, la loi ; mi production judiciaire, la jurisprudence » ²⁸⁹, aucune transformation profonde en rapport avec la gravité de la question posée, n'aura lieu. Il n'est en effet hélas guère douteux qu'en l'état, une inversion du mouvement favorable aux libertés constaté depuis la seconde guerre mondiale en Europe, entraînerait des régressions au niveau de la loi auxquelles les magistrats n'opposeraient guère de résistance dans leurs jugements. Une inversion dont on peut voir, ainsi qu'on l'a déjà noté, les prémisses chez divers membres de l'Union Européenne ; et même en France où, dans le contexte du terrorisme, on assiste à un resserrement des libertés ²⁹⁰, sans que cela ne mobilise beaucoup la magistrature

²⁸⁷ Pour reprendre le titre du roman de François Dupaquier paru chez Fayard en 2019, qui fait écho à « Juste parmi les nations », qui est une expression tirée du Talmud reprise à l'occasion de la création à l'initiative de la Knesset, du mémorial de Yad Vashem à Jérusalem consacré aux victimes de la Shoah, pour honorer ceux qui au péril de leur vie, ont sauvé des Juifs.

²⁸⁸ François Saint-Pierre, *op. cit.*, 4^{ème} de couverture.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 48.

²⁹⁰ Pour exemple le basculement avec la loi du 30 octobre 2017 « Renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », de mesures restrictives des libertés dans le droit commun à la suite de la levée de l'état d'urgence exceptionnel déclaré après les attentats de 2015 (sur la base d'une loi qui remontait à 1955, mise en application dans le cadre de la guerre d'Algérie et lors des émeutes de 2005 dans les banlieues). En « examinant le texte en audience, un magistrat du Conseil d'État [avait] décrit le renforcement des pouvoirs de police administrative comme un univers en expansion constante ». (Article en ligne du 25 mars 2020 de L'obs *État d'urgence : du terrorisme au virus, quand les libertés reculent*). Et l'on a pu considérer, non sans raison, que « le balancier entre

qui se contente de quelques interventions sans suite de leurs représentants dans les médias, à l'évidence peu susceptibles d'émouvoir un gouvernement. En tout cas bien moins que lorsque les « remontrances » proviennent des forces de l'ordre.

175. Pour qu'il en aille autrement – et l'on mesure par-là la fragilité de l'espérance en un sursaut judiciaire —, il faudrait, indépendamment de la question du courage, que les juges prennent d'abord conscience de ce que leur subordination sans limite est idéologique et que cette idéologie fait obstruction à l'émergence d'un véritable Droit dont ils devraient être les garants. Qu'en réalité, jusqu'à présent, ils n'ont pas Dit le Droit mais seulement la loi. Que leur neutralité axiologique est un leurre. Qu'en ignorant la dimension éthique du Droit, ils adhèrent de fait à l'éthique variable du pouvoir politique et peuvent ainsi être conduits à se rendre complice du pire. Même si, à titre personnel, ils n'adhèrent pas à ses vues. Que s'ils y adhèrent sans limite à titre personnel et professionnel, ils ne sont plus des Juges, mais de purs et simples complices du pouvoir politique. Mais qu'en tout état de cause ils ne sont que de simples agents de l'ordre institué par une loi fondée ultimement sur la force. Que la neutralité technique, statutaire, qu'ils pourraient être tentés d'invoquer comme l'ont fait leurs aînés par le passé au soutien de leur irresponsabilité pour les jugements iniques rendus en application de lois iniques, ne pourrait qu'être, pour le dire avec Paul Eluard en termes poétiques, qu'un « pauvre mât de fortune pour un homme affolé. » C'est une défense en situation de péril, puérile, maladroite, inconsistante et insoutenable ou qui devrait l'être, face à des catastrophes humaines et à des victimes qui réclament la Justice. *Penser le Droit avec Camus*, c'est penser l'impossibilité théorique et pratique de la neutralité axiologique pour qui que ce soit, y compris pour le juge qui ne saurait innocemment condamner légalement des innocents. Les valeurs sont ce qui définit le plus profondément l'humain et le juge ne saurait, sans renoncer à son humanité, prétendre l'ignorer et se parer de l'innocence refusée à l'innocent.²⁹¹

liberté et sécurité est cassé ». (*Ibid.*). Sans reprendre ici toutes les mesures que peut prendre l'administration (interdictions de pénétrer dans certains périmètres, fouilles, visites domiciliaires, saisies, surveillance...) il suffit de rappeler l'une des dispositions de la loi de 2017 qui est une reprise de celle de 1955, son article 3 qui modifie le titre II du chapitre VIII, du code de la sécurité intérieure, pour mesurer les dangers de la démarche du législateur : « Mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance . Art. L. 228-1. -Aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme, toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics et qui soit entre en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, soit soutient, diffuse, lorsque cette diffusion s'accompagne d'une manifestation d'adhésion à l'idéologie exprimée, ou adhère à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes peut se voir prescrire par le ministre de l'intérieur les obligations prévues au présent chapitre. »

²⁹¹ « Le jour où le crime se pare des dépouilles de l'innocence, par un curieux renversement qui est propre à notre temps, écrit Camus, c'est l'innocence qui est sommée de fournir ses justifications. » OC/HR, T. III, p. 64.

176. Mais écarter le neutralisme axiologique ne revient pas à reconnaître au juge en tant que juge toute liberté éthique. Ni à lui ni à personne, avec les conséquences déléteres qu'il est aisé d'imaginer. En effet, « Si l'Etat accordait à la conscience individuelle une autorité absolue, toute législation coercitive deviendrait impossible. Pour avoir droit de cité, pour être digne d'être reconnue comme une valeur, il suffirait qu'une doctrine compréhensive soit adoptée par certains individus. Il suffirait par exemple que certains pensent que les hommes sont infiniment supérieurs aux femmes ou que les blancs sont infiniment supérieurs aux noirs pour obtenir le droit d'agir conformément à leur conception. »²⁹² Une telle vision de la neutralité est évidemment inacceptable dans un État démocratique dont l'existence même dépend du respect de certaines valeurs d'égalité, de liberté et de justice. C'est ainsi par exemple que John Rawls écrit que « Dans la théorie de la justice comme équité, la priorité du juste signifie que les principes de la justice politique imposent des limites aux formes de vie qui sont acceptables ; c'est pourquoi les revendications que les citoyens avancent au nom de fins qui transgressent ces limites n'ont aucune valeur. »²⁹³ Comme *a fortiori* ne peuvent avoir aucune valeur en tant que Droit, les lois qui, elles-mêmes, transgressent ces limites.²⁹⁴ Mais, précisons-le, le rejet du neutralisme axiologique du juge n'est pas un rejet de tout neutralisme.

177. Dès lors en effet que le *Juge révolté* n'est pas en situation de devoir refuser l'application d'une loi en raison de ce qu'elle contredit gravement l'éthique du Droit, il ne se différencie en rien du juge « non-révolté », si ce n'est qu'il est hors de question pour lui d'introduire dans son appréciation une quelconque autre considération axiologique susceptible d'influer sur sa décision. Par exemple, d'aller contre le sens clair d'une loi pour lui conférer une portée plus conforme à ses préférences plus ou moins personnelles (éthiques, intellectuelles, politiques, philosophiques, religieuses...). La position théorique défendue dans cette thèse est celle d'une rigoureuse distinction entre les deux dimensions du Droit. Un refus de toute confusion des genres. Dès lors qu'une loi ne bafoue pas la dimension éthique propre du Droit, elle doit être appliquée le plus rigoureusement possible pour ce qu'elle est. Il ne saurait y avoir de confusion entre l'éthique propre du Droit et les valeurs véhiculées par la loi, qui sont

²⁹² Ophélie Desmons, *Qui doit être neutre ?*, 25 juin 2015, Lille 3, UMR STL, revue Implications philosophiques, p. 5.

²⁹³ John Rawls, *Libéralisme politique*, Paris PUF, 1995, p. 215.

²⁹⁴ « La domination absolue de la loi n'est pas la liberté, mais non plus l'absolue disponibilité », observe Camus. Il s'agit on l'a dit, avec la proposition d'un Droit comportant une dimension éthique, distingué de la loi (sa dimension politique), de trouver à cet égard un équilibre, nécessairement en tension.

celles propres du législateur. Dans ce cas, le *Juge révolté* se doit d'observer la plus stricte neutralité axiologique. Mais dans tous les cas, il se doit d'observer la plus stricte neutralité procédurale, au sens d'« un idéal régulateur d'une bonne procédure juridictionnelle permettant au juge de décider équitablement entre les différents arguments qui lui sont soumis »²⁹⁵, dont un cadre positif est notamment fourni par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il appartient au *Juge révolté* de Dire si telle loi est ou non compatible avec la dimension éthique du Droit, mais il doit le faire dans le cadre d'un procès dont il est saisi, au cours duquel les parties doivent pouvoir s'exprimer le plus égalitairement, le plus librement et complètement possible. « La procédure ne légitime certes pas la décision [elle-même] mais elle fonde une présomption en faveur de la justesse normative de son contenu ».²⁹⁶

178. Comment, si la démocratie impose la fixation de limites éthiques, admettre que lorsque l'Etat lui-même les transgressent — transgressent les limites qui sont nécessairement aussi celles du Droit, ou autrement dit se place hors du Droit —, le juge à qui il revient de Dire le Droit, puisse, sans se placer lui-même hors du Droit, appliquer en toute innocence et impunité les lois transgressives ? Comment ne pas qualifier de complicité son indifférence à la substitution au Droit d'une loi mise au service de la domination de la cité par un homme ou une caste ? Comment ne pas condamner une théorie qui considère que cela est sans importance, que seul importe qu'il y ait dans la cité un pouvoir capable d'imposer sa loi, quel que soit ce pouvoir et quelle que soit cette loi. Une théorie qui fait obligation au juge d'observer en toutes circonstances une stricte et fausse neutralité axiologique. Une théorie dont les sophistications ne font que masquer la réalité triviale d'une fondation sur la force ou, en d'autres termes, sur la « loi du plus fort », comme on le voit lorsque le pouvoir s'affranchit de la solidarité qui est au principe de la démocratie et, avec la démocratie, de toute société proprement humaine. Une théorie unidimensionnelle, réduite à la seule dimension politique du Droit, qui ampute le Droit de son autre dimension : sa dimension éthique fondée non sur la force mais, précisément, sur la valeur matricielle de la solidarité.

179. Si le Juge est un homme — « Si c'est un homme »²⁹⁷ —, s'il admet qu'il demeure un homme en toutes circonstances, y compris sous la robe noire ou rouge, qu'il n'est

²⁹⁵ Thomas Perroud, *La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel*, La Revue des Droits de l'Homme, n° 15, résumé.

²⁹⁶ N. Luhmann, *La légitimation par la procédure*, éd. Cerf, coll. « Passages », Laval, 2001, p. 14.

²⁹⁷ Référence au livre de Primo Lévi *Si c'est un homme*, édit. Julliard, Paris, 1987.

pas un intermittent de l'humanité comme il y a des intermittents du spectacle, le Juge ne peut prétendre en présence de lois iniques, pouvoir les appliquer en toute neutralité ; se considérer délié par un statut dont le maintien dépend du pouvoir qui est l'auteur de ces lois, de la responsabilité première que lui confère son appartenance à l'humanité. Il lui faut dans un même mouvement rejeter le neutralisme qui justifie les pires déviations du pouvoir politique et refuser d'appliquer les lois qui leur correspondent. Ce qui serait déjà acquis ou en voie de l'être, selon Denis Salas, puisqu'on assisterait à une « mutation de la démocratie, sous la poussée d'une société civile qui plaide en s'adressant à un pouvoir capable de faire valoir ses droits »²⁹⁸ — la justice — qui, parce qu'elle « ne peut pas ne pas répondre aux recours des citoyens avec lesquels elle est plus que jamais en contact direct »²⁹⁹, se considérerait désormais et se comporterait dans les faits, comme ce véritable pouvoir. Ce qui lui fait dire — d'où la prétendue mutation de la démocratie —, que « C'est le peuple qui réinvente par le bas le pouvoir judiciaire en découvrant qu'il est le seul des pouvoirs de l'État qu'un citoyen puisse directement saisir pour faire valoir ses droits ». ³⁰⁰

180. Mais il n'en est évidemment rien. La réalité de la justice est et demeure celle de la simple autorité subordonnée, instituée par la Constitution, dont l'indépendance statutaire est toujours révisable et les limites de l'exercice, fonction des fluctuations politiques. Pour mémoire, on peut citer l'extrême modestie des moyens qui lui sont octroyés par le pouvoir, les restrictions de son intervention dans le domaine des libertés au profit de l'administration dans le contexte du terrorisme, la limitation des contentieux (par exemple prud'homal avec, notamment, la barémisation) et l'externalisation du règlement des conflits (médiation, arbitrage) ou encore la tendance à réduire à une entreprise parmi les autres soumise à des impératifs de productivité et de rentabilité et les perspectives de digitalisation de son fonctionnement avec ou sans juge. Rien de tout cela ne va franchement dans le sens de l'émergence d'un véritable pouvoir judiciaire.

181. Il est certain que le sort des juges est dans la main des politiques, que leur poids dans les décisions qui déterminent leur avenir est à peu près nul. Pour que l'on puisse parler sérieusement d'un pouvoir judiciaire, il ne suffit certainement pas d'une impulsion « par le

²⁹⁸ Denis Salas, *Le courage de juger*, édit. Bayard, 2014, p. 123-124.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*

bas » à la réinvention d'un pouvoir qui n'existe plus depuis plus de deux siècles. Il faut que la justice elle-même se prenne en main, s'affirme en tant qu'institution disposant de prérogatives intrinsèques. Et non qu'elle attende tout du pouvoir, comme en fait le pense aussi Denis Salas qui voit dans « La réforme de la QPC (Question Prioritaire de Constitutionnalité) en 2008 (...) le témoignage le plus net »³⁰¹ de la restauration d'un pouvoir judiciaire ; alors que pas plus cette réforme que n'importe quelle autre, aussi utile et intéressante qu'elle soit, ne saurait concourir à construire un tel pouvoir qui, pour être réel, ne peut venir que des juges eux-mêmes. Il faut qu'entre « le bas » que serait le peuple et le haut que serait le pouvoir politique, s'intercale un corps judiciaire convaincu de la nécessité de substituer un engagement pour le Droit (son éthique propre) à un engagement sans limite pour la loi — c'est-à-dire en fait un engagement pour les valeurs qu'elle exprime, auquel en réalité conduit sa prétendue « neutralité axiologique », laquelle fait obstacle à ce qu'il soit une véritable garantie pour le peuple, de la reconnaissance de ses droits.

182. Lors de la conférence du 14 décembre 1957 prononcée dans le grand amphithéâtre d'Upsala à l'occasion de la réception du prix Nobel de littérature, Camus constatait que « l'écrivain ne peut plus espérer se tenir à l'écart pour poursuivre les réflexions et les images qui lui sont chères »³⁰² et « [qu'] à partir du moment où l'abstention elle-même est considérée comme un choix, puni ou loué comme tel, l'artiste, qu'il le veuille ou non, est embarqué (...) dans la galère de son temps ». ³⁰³ Il est difficile de penser qu'il puisse en aller différemment du juge qui intervient directement dans le cours de la société, sur les biens et sur les corps de sa population, alors que l'artiste ne peut tout au plus que l'influencer. « Embarqué », le terme emprunté à Pascal, est préféré à « engagé » pour bien marquer que du seul fait de notre présence à « bord du monde » nous encourons une responsabilité, avant même donc que nous ayons pris position à son propos. On peut juger que la « galère sent le hareng, que les gardes-chiourmes y sont vraiment trop nombreux et que, de surcroît, le cap est mal pris »³⁰⁴ mais « Nous sommes en pleine mer »³⁰⁵ et on n'a guère d'autre choix si l'on est

³⁰¹ Denis Salas, *op. cit.*, p. 127.

³⁰² OC/DS, T. IV, p. 247.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ OC/DS, T. IV, p. 247.

³⁰⁵ *Ibid.*

lucide, que d'essayer de maintenir le navire à flot et si possible d'en rectifier le cap. Autrement dit, si l'on ne veut pas être le complice d'un naufrage, on ne peut que « reprendre les choses en mains » à son niveau et selon ses moyens.

183. Ainsi, si l'on est juge et que le pouvoir prend des lois iniques, doit-on, en tant que juge, refuser de les appliquer ; sans chercher à s'abriter derrière le fait que le juge n'est pas, n'étant pas le législateur, l'auteur moral ou intellectuel de telles lois, puisqu'il en est néanmoins l'exécutant consentant et hautement conscient et donc l'auteur matériel. Un auteur matériel qui n'est pas ordinaire, qui n'est pas un personnage secondaire, puisqu'il est celui qui fait passer la loi de la puissance à l'acte. Il se peut qu'un pouvoir dictatorial court-circuite le juge et fasse appliquer directement ses lois par la police ou même l'armée, mais en affichant alors sans masque son arbitraire. Le Juge peut aussi, en tant que citoyen, s'il estime que la situation l'exige et s'il en a l'étoffe, se démettre et prendre le maquis. Mais le refus d'appliquer la loi qui contredit l'éthique du Droit est, pour lui en tant strictement que juge, la seule réponse admissible entre la soumission et la démission. Il ne saurait en effet confondre sa mission en tant que juge et son éventuel engagement politique.

Commentaire. Le juge qui au nom de sa pseudo neutralité axiologique peut être conduit à condamner des personnes qui n'ont fait aucun mal, des innocents, et ceux qui ont combattu la loi inique — celle qui révolse tout homme digne de ce nom et fait se lever les plus courageux —, est un juge indigne à la fois du nom d'homme et du nom de juge ; même s'il n'est évidemment pas un monstre pour autant. Une double et inséparable indignité dont il est douteux de penser qu'elle puisse être en toute sincérité ignorée de celui qui n'adhère pas personnellement à la loi inique. Mais une double et inséparable indignité à laquelle, assurément, la conception dominante pour ne pas dire exclusive de la normativité, des juristes, fournit, en conférant à la loi et à son application une nécessité objective, une justification. Une « bonne raison » non seulement pour ne pas se révolter, mais pour faire de sa mauvaise conscience morale si elle se manifeste, une « bonne conscience » professionnelle ; comparable à celle de n'importe quel technicien qui ferme sa boîte à outils le soir avec le sentiment d'avoir bien fait son travail. Il est entendu qu'aucun juge français d'aujourd'hui par exemple, ne tolérerait d'être soupçonné de pouvoir un jour condamner un Mandela. Mais les juges de la Haute cour de Prétoria, les juges sous Vichy et les juges pendant la guerre d'Algérie qui se sont accommodés du pire, étaient-ils vraiment dans leur majorité d'un autre acabit humain ? Ce qui diffère, ce

sont les circonstances politiques et les politiques des pouvoirs à la manœuvre — leurs lois et leur « traitement » de la justice. Ne faut-il pas commencer par qu'il en aille autrement, par entreprendre un travail en profondeur d'autonomisation du Droit par rapport à la loi et de l'office du Juge par rapport au pouvoir politique ? Afin que le Juge en toutes circonstances dise le Droit et non la loi quand la loi manque gravement à son éthique.

Conclusion du chapitre

184. C'est à la distinction du Droit de la loi ou autrement dit de l'expression normative de l'action politique et à ses conséquences, que ce premier chapitre a été consacré. Une distinction fondée sur l'existence d'une dimension éthique propre au Droit, condition de son autonomie en tant qu'objet et discipline. Une dimension éthique délibérément niée par les hommes de la Révolution et à leur suite par les théoriciens du positivisme pour qui il n'y a de valeurs que politiques. Une négation qui a eu pour but et pour effet de réduire tout questionnement sur le Droit de la part des juristes à des considérations techniques, et d'exclure par principe toute limitation éthique à l'application de la loi par le juge, quelle qu'elle soit et quelles qu'en soient les conséquences humaines, aussi désastreuses soient-elles. Toute interrogation sur le Droit en tant qu'être, phénomène, essence, modalité de l'existence humaine, valeur, etc., est renvoyée sur la subjectivité de l'individu, ses opinions de toutes sortes, ou d'un point de vue disciplinaire, sur la philosophie du droit. Une interrogation, en tout état de cause, extra-juridique.

185. Or cette exclusion est purement idéologique, elle n'a rien de nécessaire et n'est effective que parce que les juristes en général et le juge en particulier ont acquis la conviction qu'elle s'impose à eux. Une exclusion qui est en son fond politique³⁰⁶, travestie (sciemment ou non, peu importe) en exigence scientifique de faire du droit une sorte de « chose » comme le

³⁰⁶ Ce qui rappelons-le, est rendu on ne peut plus visible avec le ravalement explicite dans la constitution de la cinquième République de l'institution judiciaire au rang d'une simple autorité placée sous la « protection » du Président de la République. Un président élu au suffrage universel, qui bien loin d'être un arbitre, détient l'essentiel du pouvoir exécutif et normatif, avec un pouvoir réglementaire autonome considérable, des moyens de pression qui ne le sont pas moins sur le processus législatif et d'autant plus lorsque, comme c'est le cas actuellement, il dispose d'une majorité docile à l'Assemblée nationale. Un Président qui a directement ou indirectement la haute main sur l'ensemble de l'administration dans laquelle l'institution judiciaire dont il est censé garantir l'indépendance, ne dispose d'aucune véritable autonomie. Les quelques protections que les magistrats tiennent de leur statut légal et les libertés qu'ils prennent avec la lettre ou l'esprit de la loi, dépendent en fait toujours des circonstances politiques (le « yo-yo »).

préconisait jadis Durkheim pour les « faits sociaux » en général : « Nous ne disons pas (...) que les faits sociaux sont des choses matérielles, mais sont des choses au même titre que les choses matérielles, quoi que d'une autre manière. Qu'est-ce en effet qu'une chose ? La chose s'oppose à l'idée comme ce que l'on connaît du dehors à ce que l'on connaît du dedans » et « La proposition d'après laquelle les faits sociaux doivent être traités comme des choses », signifie qu'il faut « en aborder l'étude en prenant pour principe qu'on ignore absolument ce qu'ils sont, et que leurs propriétés caractéristiques, comme les causes inconnues dont elles dépendent, ne peuvent être découvertes par l'introspection même la plus attentive. »³⁰⁷ Or, pour s'en tenir au Droit qui n'est certainement pas en tout état de cause un « fait social » comme un autre (ou alors il faut lui refuser toute existence propre), « l'en dehors », c'est-à-dire en l'occurrence un ensemble de signes contenus dans un ensemble de textes, n'a de sens que rapporté à « l'en dedans » (disqualifié en « introspection »), c'est-à-dire au sentiment, à la croyance, à la conviction, à la crainte, aux diverses représentations et idées sur lesquels reposent dans la tête des justiciables, l'existence même du droit. Se placer en dehors de ce complexus subjectif, « Chosifier » le Droit, c'est tout bonnement le perdre. Le Droit n'est pas une chose « d'une autre manière » que peut l'être un astéroïde, il n'est en aucune manière une chose (sinon du point de vue de son « équivalent » neurologique) : il n'est que le sens et la valeur que lui accordent les hommes dans le cours de leur existence sociale.

186. Il peut être difficile pour le juge qui officie en démocratie et par temps calme, d'admettre spontanément qu'il n'est que l'agent subordonné de la loi ou autrement dit du pouvoir. Et ce d'autant plus que si l'institution judiciaire n'a pas échappé à la déconsidération générale des représentants de l'État, elle a conservé, grâce à l'ambivalence de la notion de justice (valeur et institution), une place singulière dans la représentation que se fait le public des différentes administrations. Mais son prestige subsistant est fragile. Et ne résistera pas longtemps devant les faits si le pouvoir estime, en présence de tel ou tel danger intérieur ou extérieur, réel ou supposé, devoir prendre des mesures de sauvegarde drastiques ; et pour assurer la restauration de l'ordre, le mettre à contribution au même titre que la police et éventuellement l'armée. Même en présence de lois exagérément restrictives des libertés, il obtempérera.³⁰⁸ Il appliquera les nouvelles dispositions législatives ou réglementaires sans

³⁰⁷ Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Quadrige ? PUF Paris, 5^{ème} édit., 1990, p. XII et XIII.

³⁰⁸ En matière de libertés, il est entre autres révélateur que ce soit le Président de la république qui détienne le pouvoir de nommer le Défenseur des droits, chargé de veiller au respect des droits et libertés par les différentes collectivités publiques (art. 71-1 de la Constitution).

distinguer parmi elles, celles qui éventuellement mettent à néant de précédentes « grandes avancées jurisprudentielles » sur lesquelles la profession et la doctrine avaient pu en leur temps s'enthousiasmer.

187. L'enthousiasme le cèdera alors à une forme de « lucidité fataliste » : comment pourrait-il en être autrement ? La subordination du juge à la loi du politique n'est-elle pas inévitable ? N'est-elle pas intrinsèque à sa fonction et nécessaire à la préservation de l'ordre social — un ordre quel qu'il soit, préférable à n'importe quel désordre ? Une subordination sans véritable limite qui a acquis génération après génération de juristes depuis la fin du XVIII^e siècle, le statut d'une évidence ou en d'autres termes, d'une vérité qui s'impose d'elle-même, qui se passe pour être admise, de toute démonstration. Et cela, grâce en grande partie à une faculté de droit largement conçue comme une école professionnelle et technique³⁰⁹ qui ne laisse guère de place à la réflexion critique sur les fondements du Droit ; et par conséquent sur la validité de la théorie positiviste/neutraliste dont elle est, plus ou moins franchement, la propagatrice et la propagandiste. Une théorie hégémonique de la loi qui est un obstacle à la connaissance du Droit, de sa dimension éthique, condition même de son autonomie ; sans laquelle il ne saurait y avoir de véritable Juge et de véritable État de Droit. Une théorie qui non seulement autorise le pire, mais pourrait bien autoriser aussi la disparition progressive du juge au profit d'un avatar électronique bien plus « neutre » encore que lui.

188. Pour que ce ne soit pas le cas, il faut que les juristes cessent d'entretenir avec le droit ou plus exactement avec ce qu'ils tiennent pour être le droit, une familiarité telle qu'il n'est plus en lui-même une question, à supposer qu'il en ait été une avant qu'ils n'entreprennent leurs études, pendant ces études et à la suite dans le cadre de l'exercice de leurs professions dites « du droit ». Et pour que cela soit, pour qu'ils puissent en venir à penser que l'objet qu'ils pratiquent, parfois depuis de nombreuses années, ne va pas de soi, il faut qu'ils commencent par prendre conscience de sa trompeuse et dangereuse évidence en l'absence de toute véritable réflexion critique.

³⁰⁹ Le droit requiert du juge un très vaste savoir, mais qui est essentiellement celui d'un technicien ou peut-être plus exactement d'un ingénieur. Ne parle-t-on pas aujourd'hui volontiers d'ingénierie juridique ? Ce qui se conçoit d'ailleurs fort bien dès lors que l'on voit dans le droit essentiellement un moyen au service de l'économie néolibérale à laquelle il s'agit de fournir les « outils juridiques » les plus adéquates possibles à son développement.

Chapitre 2. La trompeuse et dangereuse évidence du droit

189. Dans la réalité de la vie juridique et judiciaire, pour l'immense majorité des juristes — avocats, notaires, huissiers, juristes d'entreprise ou fonctionnaires, juges —, le droit n'est pas, en lui-même, une question. Très peu de ces praticiens, passé une fugace introduction générale au droit au cours de laquelle il leur aura été fait entrevoir une certaine complexité de l'objet « droit », auront l'occasion de douter de savoir ce qu'il est. Et ce d'autant moins qu'ils n'auront cessé de le « manipuler » au quotidien et d'enrichir au fil du temps et de leurs expériences professionnelles, leur connaissance de son contenu. Un savoir qu'ils considèrent comme scientifique pour être celui du droit tel qu'il est, tel qu'il peut être identifié par son origine et sa sanction étatiques, puis décrit et appliqué rationnellement selon des méthodes objectives, exclusives de tout jugement de valeur. Les seules critiques admises sur le plan doctrinal touchent à l'éventuelle défektivité rédactionnelle, l'éventuelle incohérence interne ou externe (leur insertion dans le système global), ou encore l'éventuelle inadéquation à leurs objectifs, des normes examinées. Tout est clair pour eux. La complexité n'est pas celle de l'objet en soi, mais de sa prolifération quasi métastatique dans les sociétés développées contemporaines. La progression exponentielle des normes, la diversification de leurs sources (internes et externes, nationales et supranationales), leur sédimentation plus ou moins contrôlée, rendent en effet pratiquement impossible la maîtrise ne serait-ce que d'un pan du corpus. Une situation qui ne peut manquer de générer toutes sortes de difficultés d'application que le pouvoir politique, incapable d'endiguer le flot, peut être tenté de réduire sinon de résoudre, en ayant recours à d'autres moyens qu'humains, moins onéreux et plus contrôlables.

190. En effet, dès lors que le droit n'est tenu pour rien d'autre que l'ensemble des normes produites par ce pouvoir unique, dès lors que le problème est analysé essentiellement en termes de capacité de traitement, pourquoi ne pas avoir recours à ce que permet aujourd'hui une autre technique : l'informatique ? Pourquoi ne pas remplacer les juges par des ordinateurs ? Que sont susceptibles de répondre à cela les juristes ? Que c'est intolérable ? Pourtant, la solution envisagée ne manque pas de logique au regard d'une conception dominante du droit qui interdit au magistrat de porter un quelconque jugement de valeur sur les lois, qui lui commande de les appliquer au plus près de la volonté politique ou en tout cas, de ne jamais s'enfermer dans une interprétation innovante que condamne une nouvelle loi. Qui lui ordonne d'obtempérer même en présence de lois inhumaines. Les juristes ne pourraient raisonnablement

crier au scandale que s'ils tenaient pour vrai que le Droit n'est pas sans limite éthique (à l'indignité, l'iniquité, l'inhumanité de la loi), une limite que le Juge a par essence et délégation un titre propre à poser et opposer le cas échéant au pouvoir politique ; ou autrement dit, que s'ils reconnaissaient que le Droit et la Justice ³¹⁰ ne sont pas réductibles à la loi du pouvoir en place. Et que la grandeur et l'honneur de la fonction de juger ne sont pas à rechercher dans le partage illusoire de la création ³¹¹ de la légalité avec le politique, mais dans la capacité de révolte de celui qui l'exerce contre le franchissement d'une limite dont l'existence conditionne son autonomie avec celle du Droit.

191. Ce qui suppose l'abandon, avec la trompeuse et dangereuse évidence neutraliste, d'une certaine « foi du charbonnier » ³¹² dont l'un des crédos est que la règle de droit est caractérisée par la sanction dont elle est assortie. Un critère qui peut faire l'objet de divers raffinements, mais qui tient toujours pour l'essentiel au fait que la règle de droit s'entend exclusivement de la norme posée par l'autorité qui, au sein de la cité, détient la force. Un critère qui n'est en réalité, tout au plus, que le critère de la dimension politique du Droit. Mais un critère qui, présenté comme l'unique critère de la juridicité, fait écran à la pensée du Droit distingué de la loi (section1). Avec le danger, en l'absence d'une telle distinction, en l'absence d'un pouvoir reconnu au juge de Dire la dimension éthique qui définit spécifiquement le Droit,

³¹⁰ Pour la plupart des citoyens, et sans doute aussi pour un certain nombre de magistrats qui ont embrassé la carrière avec des préoccupations humanistes, et dont la routine n'a pas totalement recouvert l'enthousiasme des débuts, le terme de justice conserve une certaine « charge » émotionnelle et éthique. Des magistrats qui peuvent s'efforcer, notamment dans le cadre de leur « pouvoir souverain d'interprétation », de rechercher la solution la plus équitable aux litiges qui leurs sont soumis, jusqu'à prendre pour les plus hardis le risque de la censure pour dénaturation. Mais sans jamais cependant aller jusqu'à refuser explicitement, frontalement, l'application d'un texte positif en raison de son iniquité. Il est évident, y compris pour ces magistrats délicats, que, quelle que soit la gravité de cette iniquité, un tel refus est impensable, injustifiable en droit. Autrement dit, la subordination sans limite juridique est pour eux, comme pour tous leurs collègues, une évidence.

³¹¹ Une co-création qui conduit le juge à s'immiscer sur le terrain politique, mais sans pour autant qu'il cesse d'être le subordonné du pouvoir, car jamais il ne maintient sa part de création, si tant est qu'elle existe réellement, contre la volonté du législateur de la réduire à néant. Au demeurant on ne peut pas parler de création du juge « Dans le même sens dans lequel on dit que la législation crée du droit. Car la même expression a évidemment deux significations distinctes dans les deux contextes : produire un texte et lui attribuer une signification sont des activités tout à fait différentes. » Riccardo Guastini, *Les juges créent-ils du droit ? Les idées de Alf Ross*, *Revue (Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law)*, 24 / 2014, 99-113.

³¹² La « foi du charbonnier », dont Antoine Furetière donne la définition dans son *Dictionnaire universel* de 1690 à l'article *Charbonnier* au travers d'une histoire : « On dit proverbialement, La foy du *Charbonnier*, quand on parle d'une foy implicite, qui fait croire à un Chrétien en général tout ce que l'Église croit. Ce qui tire son origine de ce qu'on dit que le Diable tentant un *Charbonnier*, luy demanda qu'elle étoit sa croyance. Il répondit, Je croy ce que l'Eglise croit. Et étant pressé par le même Esprit de luy dire ce que croyoit l'Eglise : il repliqua, Elle croit ce que je croy. Et ayant toujours perseveré dans les mêmes réponses, il rendit le Diable confus. » Source : Bnf/Gallica.

que le pouvoir politique décide de confier l'application du droit réduit à la loi qui est en son seul pouvoir, à une machine (section 2).

Section 1. Un critère de la loi qui fait écran à la pensée du Droit

192. Il s'agit d'abord de tirer la conséquence la plus immédiate et la plus choquante de la réduction du Droit à la loi définie par la sanction : le fait que n'importe quelle norme décidée et imposée par n'importe qui, y compris un gangster ou un fanatique, se trouve placée sur le même plan que les normes édictées par les instances dédiées d'un État démocratique (§1). Une conséquence qui ne vient pas à l'esprit de la plupart des juristes en raison de l'apparence de vérité acquise par une définition enseignée, génération après génération de juristes (§2). Une définition qui fait du pouvoir politique en tant que détenteur de la force l'unique source du droit, et du juge en tant qu'il dit exclusivement ce droit identifié à la loi de ce pouvoir, un subordonné. Un juge dont l'habitude d'obéir depuis plus de deux siècles a inhibé toute réflexion critique sur sa nécessité (§3).

Paragraphe 1. Quand la loi du gangster ou du fanatique équivaut à la loi démocratique

193. Le temps, l'énergie et l'attention des juges sont exclusivement consacrés à la mise en œuvre d'un droit qui ne leur pose aucun véritable souci d'identification puisqu'il leur suffit, pour savoir si une norme est ou non une norme juridique, d'interroger les règles de droit qui définissent les processus de production du droit (autorités habilitées, procédures requises, etc.). Ou de vérifier la parution d'une norme au Journal Officiel. Ainsi les juristes praticiens ne voient-ils en général aucune difficulté, notamment logique, dans le fait que la réponse à la question « quand y-a-t-il du droit » soit : « quand le droit le dit », et que la question de savoir si une règle est une règle de droit soit une question de droit. Nombre de théoriciens ne pense au fond rien de profondément différent. Ainsi de Bobbio pour qui « Il n'y a pas de normes juridiques parce qu'il existe des normes juridiques distinctes de normes non juridiques, mais il existe des normes juridiques parce qu'il existe des ordres juridiques distincts des ordres non juridiques ». ³¹³ Et pour distinguer les premiers des seconds au moyen d'un critère général, on peut se référer à celui dont le nom brille toujours au centre de la constellation des idées

³¹³ N.Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, § 54, cité par C. Leben, *Ordre juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1115.

positivistes et néo-positivistes : Kelsen, qui affirme péremptoirement que « Le droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte. (...) Si la société ne connaissait pas la contrainte, le règlement des actions humaines cesserait d'être du droit ». ³¹⁴ Mais cette contrainte elle-même, pour ne pas être illégale, doit être autorisée par une loi posée par l'État selon les règles prévues à cet effet. Par l'État, c'est-à-dire un ensemble politique précisément caractérisé par sa capacité à exercer cette contrainte.

194. Mais peut-on dire que tout groupement qui dispose de cette capacité est un État ? Peut-on, par exemple, parler de « Droit » à propos des normes qu'une secte ou qu'un gang durablement implanté est en mesure d'imposer par la force à une population donnée telle que celle d'un quartier dont il contrôle à peu près tout (le commerce, la circulation des gens et des biens, la vie des familles, etc.) ? Ou à une autre échelle, un vaste groupe armé qui s'accapare un territoire et sa population comme ce fût le cas récemment avec « l'État islamique en Irak et au Levant » (Daech) ? Un État certes autoproclamé, mais doté des attributs habituels des autres États : un gouvernement (peu importe sa forme) qui a prise sur tous les aspects de la vie de ses « sujets » au travers d'une réglementation en l'occurrence particulièrement pointilleuse, qui assure toutes les fonctions dites régaliennes (police, armée, justice, notamment) au moyen d'un budget conséquent et qui même, en 2014, annonçait la création de sa propre monnaie. S'il s'était maintenu durablement n'aurait-on pas dû, à un moment ou à un autre, le reconnaître en tant qu'État producteur de droit malgré l'horreur du régime et le fait de sa prise de pouvoir violente sur des régions qui appartenaient à d'autres États ? Son caractère religieux n'étant pas en lui-même aujourd'hui comme hier, un obstacle, comme on le voit par exemple avec l'Iran.

195. L'histoire lointaine ou contemporaine ne montre-t-elle pas que parmi les États reconnus en tant que tels par la « communauté internationale », beaucoup sont le résultat de conquêtes, de révolutions, de coups de force, extrêmement violents, et que beaucoup aussi sont actuellement dirigés par des tyrans. Ou bien leur reconnaissance par les États en place est le témoignage d'une adhésion à un projet qui a abouti, ou bien elle n'est rien d'autre qu'une prise en compte du fait accompli ; du fait de la capacité de leurs dirigeants à « faire la loi » à l'intérieur des frontières qu'ils sont parvenus à imposer aux autres États. La conquête par le FLN des départements français d'Algérie au terme d'une guerre sanglante et l'installation en

³¹⁴ H. Kelsen, « La validité du droit international », Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1932-IV, p. 124.

leur lieu et place d'un État algérien reconnu par la communauté internationale, y compris la France, en est un exemple. Et comme on l'a déjà noté, l'accession des « conquérants » au statut de « grands hommes », du moins dans l'histoire officielle du pays, aux lieux et place du statut de criminels de guerre ou de terroristes, dépend essentiellement, aujourd'hui comme hier, de la réussite ou non de la conquête du pouvoir. Et il importe peu pour sa reconnaissance, que le régime mis en place soit plus ou moins démocratique ou au contraire despotique. Cela ne l'empêchera pas de siéger à l'ONU et même d'y occuper des fonctions sans rapport avec ses pratiques internes. L'Arabie Saoudite, par exemple, n'a-t-elle pas obtenu la nomination d'un représentant au Conseil des droits de l'homme et à la Commission de la condition de la femme !

196. On peut, pour tenter de faire de l'État autre chose qu'un lieu d'exercice du pouvoir conquis et maintenu par la force, invoquer l'existence en son sein d'un ensemble humain présentant une certaine homogénéité civilisationnelle et notamment linguistique. Un ensemble antérieur à la constitution de l'État qui a permis d'en intégrer et unifier les différentes parties en leur conférant un cadre politique et institutionnel commun, comme cela a été le cas en Europe au XIX^e siècle avec l'Allemagne et l'Italie. On peut autrement dit invoquer l'existence d'une nation ³¹⁵, porteuse selon la formule classique, d'un « vouloir vivre ensemble », en laquelle la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen voit la source de la souveraineté. Une nation dont la définition varie selon les points de vue (juridique, historique, psychologique, sociologique, etc.), qui est souvent lyrique ³¹⁶ et parfois l'objet des pires instrumentalisation politiques comme on l'a vu encore récemment à l'occasion de la guerre en ex-Yougoslavie lorsque l'État créé artificiellement en 1919 sur les ruines de l'empire austro-hongrois, s'est effondré dans les années 90 après la disparition successive du Maréchal Tito et du bloc communiste, provoquant le réveil des anciennes et jamais consolidées, fractures nationalistes.

197. Mais en tout état de cause, que l'on puisse avoir ou non une notion claire, opératoire, de la nation et que l'État et la nation coïncident ou non, ne change rien au final : la reconnaissance d'un ensemble politique en tant qu'État nécessite toujours un rapport de force

³¹⁵ Étant entendu comme on le voit de façon évidente avec le Vatican, qu'il peut y avoir un État sans nation.

³¹⁶ Par exemple celle donnée lors d'une Conférence à la Sorbonne du 11 mars 1882 d'Ernest Renan sur le thème « Qu'est-ce qu'une nation ? » Extrait : Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis... » Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une nation*, Texte mis en ligne par Digithèque MJP.

favorable, à l'intérieur comme à l'extérieur dudit ensemble. Et il en est ainsi même dans un environnement politique pacifié tel que l'Union Européenne comme on le voit actuellement avec la lutte des nationalistes catalans pour la reconnaissance, avec la présence d'une nation catalane, d'une république indépendante de l'Espagne. La réaction violente policière et judiciaire du gouvernement central madrilène est singulièrement révélatrice de ce que c'est en effet en termes de rapports de force qu'il faut fondamentalement penser la création de l'État. Et donc les lois édictées en son nom pour affirmer, organiser et pérenniser son existence. Des lois fondées sur l'État et non l'inverse. Sur l'État en tant que pouvoir politique détenteur avec la force de la possibilité d'assurer l'application de ses lois. Pour que l'on puisse parler de Droit, c'est-à-dire d'une normativité qui ne soit exclusivement ultimement fondée sur la force, il faut, précisément, que les lois répondent à un autre critère que la force (l'efficacité), un critère propre ; et que le contrôle du respect de ce critère ne soit pas assuré par le pouvoir détenteur de la force, mais par un autre pouvoir. Un critère propre qui ne peut qu'être éthique et un pouvoir propre qui ne peut qu'être celui du Juge. L'existence du Droit distingué de la loi et du Juge pour le Dire distingué du fonctionnaire lambda, étant les conditions requises pour qu'il y ait autre chose qu'un « État de loi » : un État de Droit.

198. L'État peut, pour légitimer ses lois, en appeler à la souveraineté qui lui a été déléguée par le peuple ou la nation et justifier d'un processus de représentation démocratique, mais il peut tout aussi bien s'il le veut et si les rapports de force en son sein lui sont favorables, s'en affranchir et imposer un régime autoritaire et des lois iniques. La situation n'étant plus alors fondamentalement différente de celle susvisée relative à des organisations jugées mafieuses ou terroristes : le refus de voir du Droit dans les normes qu'elles produisent ne saurait tenir au fait qu'elles ne sont pas un État, mais uniquement au fait que leurs normes ne respectent pas certaines valeurs. Un refus que ne peut justifier celui qui nie l'existence d'une dimension éthique du Droit, pour qui le droit n'est qu'« un ordre de contrainte »³¹⁷, pour qui il n'y a d'autre « justice que celle établie par la loi » c'est-à-dire par celui qui détient la force, pour qui considère que « tout ce que décide un gouvernement, y compris les mesures les plus inhumaines, doit être regardé comme juste. »³¹⁸ Dans une telle perspective, l'État et le droit ne sont que d'autres noms donnés à la force et le juste n'est qu'un autre nom donné à « la raison du plus fort » qui n'est la meilleure que pour celui qui la détient. Ce qui est inacceptable pour

³¹⁷ Julien Freund, *L'essence du politique*, édit. Sirey, 1965, 4^e tirage 1986, p. 723.

³¹⁸ *Ibid.*

tout esprit qui, comme Camus, sans jamais oublier que l'homme peut être « un loup pour l'homme » (Hobbes), pense qu'il peut être aussi « un dieu pour l'homme » (Spinoza), ou plus modestement « un homme pour l'homme » — cet homme que décrit *L'Homme révolté* par l'injustice et qui trouve à se réaliser lorsque sa révolte se fait solidaire. Un homme qui, quelle que soit sa position et quelle que soit la loi, ne peut demeurer indifférent au sort de l'homme, ne peut admettre que le droit ne soit qu'« une simple force, et d'autant plus dangereuse qu'elle est en même temps toujours juste dans le cadre du strict positivisme juridique ». ³¹⁹ Pourtant, pour l'immense majorité des juristes (qui, c'est entendu, peuvent être, à titre personnel, des humanistes), la contrainte ou si l'on préfère la sanction, demeure le critère évident, commode à souhait, passe-partout, de l'objet sans mystère qu'est avec lui le droit.

Commentaire. Tout État n'est pas un État de Droit. Ce que la plupart des juristes sont prêts à admettre spontanément, mais pas nécessairement pour de bonnes raisons. Leur refus de voir un État de Droit dans certains États, tient certes au fait qu'ils ne respectent pas certaines valeurs en général rapportées à la notion de « droits de l'homme » ou de « droits humains », mais sans qu'ils expliquent clairement le fait que dans ces États comme dans les autres, les lois sont produites par des pouvoirs politiques dont il n'est pas contesté qu'ils constituent des États. Des juristes qui autrement dit, ne pensent pas à distinguer la loi du Droit et de s'interroger sur ce qui fait la différence entre un État et un État de Droit. Alors pourtant qu'ils voient bien que la différence ne peut tenir qu'à une certaine éthique ; une éthique dont le respect fait toute la différence. Ils ne contestent pas qu'un État puisse être dirigé indifféremment du point de cette qualification, par des mafieux, des despotes dont la santé mentale de certains peut même être douteuse, ou au contraire par des hommes responsables et soucieux de l'intérêt général, avec bien entendu entre les deux, toutes sortes de nuances possibles. Des hommes qui peuvent avoir pris et conservé le pouvoir par la violence ou par les urnes. Ils ne contestent pas non plus que les populations peuvent être plus ou moins homogènes, plus ou moins soumises à des forces centrifuges, plus ou moins persuadées de participer à un « destin commun ». Que dans tous les cas, l'ordre est assuré au moyen de normes qui s'imposent avec la même force à la population concernée quelles que soient leurs motivations, leurs effets et leurs buts. Mais pour eux c'est dans la nature du pouvoir, démocratique ou non notamment, que se situe le problème, non dans la nature des normes elles-mêmes.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 724.

Paragraphe 2. Quand la répétition, génération après génération, tient lieu de vérité

199. La croyance en la pertinence de la contrainte ou de la sanction comme critère unique du droit est, dans la réalité, rarement appuyée chez les professionnels du droit sur une réflexion critique. La question de savoir ce qui fait qu'une norme est du droit et non autre-chose, ouverte le plus souvent uniquement dans le cadre de leur formation et plus particulièrement à son début avec *l'introduction générale au droit*, est en effet assez vite refermée en raison de ce que la faculté considère comme allant de soi qu'elle n'a d'intérêt que théorique, voire philosophique, ou autrement dit, qu'elle est pour eux sans utilité pratique. Et il est vrai que, quelle que soit la réponse susceptible de lui être apportée, de fait les normes que les étudiants ont à étudier et plus tard devenus des professionnels auront à analyser et appliquer, sont celles qui s'imposent à tous, au besoin sous la contrainte exercée par la force publique au nom de l'État. Un État volontiers tenu pour être à la fois institué par le droit et fondement de ce même droit, ce qui s'apparente à une sorte de « génération spontanée » concomitante et commune. Mais sans que cela ne pose *a priori* de problème aux praticiens de terrain faute d'incidence concrète sur les solutions techniques qu'ils ont à apporter jour après jour aux problèmes qui leur sont posés. Ni en réalité, plus généralement, à l'ensemble des juristes dont l'immense majorité quel que soit le titre auquel ils interviennent, considèrent que la preuve de l'État et la preuve du droit sont établies par l'existence même des forces de l'ordre, des prisons, d'une armée, etc. Toutes choses qui démontrent qu'il y a un pouvoir capable d'imposer sa volonté. Une preuve identique en somme à celle que l'on fait de la marche en marchant. Pour eux, il n'y a pas moins un droit et un État là où il y a, par exemple, un dictateur pour qui la loi, en dehors de toute préoccupation d'intérêt général et de solidarité, n'est qu'un instrument au service de ses intérêts ou ce ceux de sa caste, qui n'hésite pas à asservir la population sur laquelle il a prise et à martyriser ses opposants. Mais ce n'est évidemment pas sous cette forme, si sommaire qu'elle en paraît triviale, qu'est présentée la chose.

200. En fait, en l'absence d'une véritable réflexion critique, le critère de la force présenté sous les termes plus civilisés de contrainte et de sanction, semble s'imposer de lui-même à l'étudiant en droit puis à sa suite au professionnel. Celui qui a choisi le droit principalement en raison de ses débouchés professionnels (réels ou supposés, c'est une autre question) comme celui qui y est venu attiré par une discipline qui lui est apparue plus rationnelle, plus rigoureuse, ou plus en prise avec la vie que d'autres sciences humaines, à qui indistinctement on a très tôt fait comprendre que parmi les fautes à ne pas commettre pour un juriste il y a celle qui consiste à confondre le droit et la morale ou l'éthique, même si l'on admet

qu'il est toujours possible de gloser sur leurs rapports — mais en dehors de l'exercice du métier —, la cause est entendue. L'interdit vient d'en haut et il n'y a aucune raison de douter de sa validité. Avec pour conséquence que tous les droits se valent et que tous ont comme dénominateur commun ce qu'il y a de plus tangible : avec la force détenue par leurs auteurs, la sanction efficace dont chacune de leurs règles est assortie. Il y a là une vérité d'évidence. Une vérité enseignée génération après génération de juristes, dont l'autorité non interrogée, ne tient en fait qu'à la répétition dont l'efficacité n'est plus à démontrer depuis les travaux d'Émile Coué, l'auteur de la méthode qui porte son nom et découvreur dans la foulée, de l'effet placebo.³²⁰

201. S'agissant du droit, il suffit de mentionner le recours continu au critère de la sanction dans de nombreux ouvrages de référence, c'est-à-dire écrits par des auteurs de haute réputation académique, qui font de ce fait autorité, toujours cités bien que certains soient disparus depuis longtemps. Par exemple du côté de la doctrine civiliste, on peut citer la définition de François Gény, pour qui les règles de droit positif ont ceci de particulier « que les préceptes qui les contiennent sont susceptibles d'une sanction extérieure, au besoin coercitive, émanant de l'autorité sociale, et obtiennent ou tendent à recevoir cette sanction »³²¹ ; celle de Georges Ripert qui estimait que s'il n'y a pas de différence majeure de domaine, de nature et de but entre une règle morale et une règle de droit, la première « devient règle juridique grâce à une sanction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre »³²² ; plus près de nous, il y a la définition de Pierre Guiho qui, dans le même ordre d'idées, estime que « les règles de droit » se caractérisent contrairement aux autres par le fait qu'elles « sont sanctionnées physiquement par l'intervention de l'autorité publique et de la force publique dont elle dispose »³²³ ; citons enfin celle du doyen Cornu, qui reconnaît volontiers que « le droit ne vit pas éternellement sur le pied de guerre », mais qui cependant fait sien le principe

³²⁰ Il y a à côté de l'effet de la répétition, l'effet que produit à propos d'une croyance quelconque, l'accumulation pendant une très longue période d'œuvres où elle n'est pas remise en cause mais au contraire validée. Ainsi bien entendu tout particulièrement en matière de religion. Par exemple on sait aujourd'hui que la connaissance historique de la vie de Jésus est ténue, sinon selon certains chercheurs, inexistante. Mais la constitution d'une Eglise « universelle » et l'épaisseur de la tradition orale, écrite, musicale, iconographique et autre, remplacent avantageusement la démonstration rationnelle et documentée de l'historien pour nombre de gens encore aujourd'hui. Toute proportion gardée, l'accumulation d'ouvrages d'auteurs prestigieux en accord sur ce qui définit le droit, remplace aussi, avantageusement la réflexion personnelle et critique.

³²¹ François Gény, *Science et technique en Droit privé positif*, t.1, Sirey, 1913, p. 47.

³²² Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1927, 2^{ème} édit., n°6.

³²³ Pierre Guiho, *Cours de droit civil. Introduction générale*, L'Hermès, Lyon, 1978, p. 10.

selon lequel « la règle de droit est celle dont le respect est assuré, s'il le faut, par l'autorité publique ». ³²⁴

202. Cette conception punitive du droit, de la part bien souvent d'auteurs de droit privé que l'on ne compte pas parmi les spécialistes du droit pénal, se retrouve également chez les publicistes. Ce qui n'est évidemment pas surprenant puisque ce qui est en question, c'est la définition du droit, de ce qui le caractérise en tant que système normatif distinct de tout autre système normatif. Une question qui transcende les divisions traditionnelles en ordres et branches du droit positif et qui en cela, justifie que la présente thèse soit indifféremment inscrite en droit privé ou en droit public. De l'unité définitoire on a un exemple avec Carré de Malberg pour qui il est de « l'essence même de la règle de droit que d'être sanctionnée par des moyens de coercition immédiate, étant entendu qu'« il va sans dire que le droit n'arrive à sa complète réalisation et n'est revêtu d'une protection réellement efficace que lorsqu'il est reconnu par l'État. C'est l'État seul qui peut mettre à la disposition du sujet le moyen juridique destiné à assurer cette protection ». ³²⁵ Ou encore avec Léon Duguit : « la règle de droit apparaît lorsque la conscience existe chez la masse des individus que telle règle (...) est d'une importance telle pour les relations inter-sociales que la sanction de cette règle doit nécessairement être organisée et lorsqu'en même temps le sentiment s'impose à la masse des esprits qu'il est juste que cette sanction soit organisée ». ³²⁶ Mais au-delà de la dimension psychologique de la définition, il demeure qu'il n'y a de règle de droit qu'en présence d'une sanction préétablie.

203. Ainsi, au-delà des affirmations dans les manuels et traités selon lesquelles le droit est un objet complexe qui peut être abordé sous divers angles et diverses disciplines, au-delà de la sophistication théorique qui peut être apportée à sa définition, au-delà de son enrobage verbal, l'idée somme toute assez triviale qui leur sert de noyau conceptuel perdure. Il n'est évidemment pas faux de dire que la contrainte est nécessaire, même si l'on peut faire observer que certaines dispositions juridiques ne nécessitent pas l'emploi de la force. Ainsi parmi de multiples autres exemples, d'un décret de nomination dans la Légion d'honneur. Il va de soi en effet que l'application d'un tel décret n'a pas grand-chose à voir avec l'emploi de la force, mais il va de soi également qu'il doit son existence juridique à son intégration dans un système normatif dont

³²⁴ Gérard Cornu, *Introduction*, Domat-Montchrétien, 7^e édit., 1994, p. 21.

³²⁵ Carré de Malberg, *contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, réed. CNRS, 1962, p. 57-58.

³²⁶ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^e édit., 1927, p.187.

le respect est globalement garanti par la possibilité dont dispose le pouvoir en place, de recourir au besoin et de façon efficace, à la force. La sanction est en fait un critère direct ou indirect, nécessaire et suffisant si l'on réduit le Droit à sa dimension politique. Si l'on considère qu'il n'est rien d'autre que la forme normative de l'action politique. Ce qui correspond dans notre vocabulaire à la loi. Si, en d'autres termes, on ne lui reconnaît aucune autonomie phénoménale et conceptuelle, si l'on considère que par « Droit » on ne vise rien de plus que le règne de la force, plus ou moins brutale selon les situations politiques.

204. Les politiques ne justifient évidemment jamais leur accession et leur maintien aux « affaires » par la puissance de leurs intrigues, les opportunités et les connivences dont ils ont pu bénéficier. C'est toujours dans l'intérêt de la cité qu'ils ont œuvré pour accéder au pouvoir. Leurs justifications dans les sociétés non démocratiques sans contrepouvoirs et contrôles, peuvent être empreintes de la plus mauvaise foi, dissimuler la poursuite des intérêts les plus personnels et contraires à ceux de la population concernée, elles leur permettent néanmoins d'apparaître plus présentables en interne aux yeux des plus crédules et sur la « scène internationale » aux yeux de leurs homologues incrédules, mais qui se satisferont des apparences. Du fait de l'exposition médiatique planétaire de tous les pouvoirs et de l'accession d'un nombre toujours croissant de gens à l'information, « l'image », la communication, sont devenues des préoccupations majeures pour toutes les « élites ». Néanmoins subordonnées à la préoccupation des préoccupations pour tout pouvoir politique, qui est celle de durer. Ce n'est sans doute pas à la politique qu'Éluard pensait lorsqu'il a évoqué « le dur désir de durer », mais c'est un domaine où, incontestablement, il est puissamment omniprésent. L'enjeu au fond du fond pour tout pouvoir, c'est d'être toujours en mesure d'être obéi par les agents de l'ordre. De pouvoir, par leur intermédiaire, contraindre au besoin par la force, les récalcitrants. Sans la police et l'armée il n'y a plus de pouvoir qui vaille. Et donc de loi. L'effondrement du pouvoir politique en place entraîne avec lui l'effondrement de la légalité. Une légalité que restaurera à son profit et selon ses intérêts un nouveau pouvoir capable de maîtriser les forces intérieures et extérieures de l'ordre. En l'absence d'une dimension éthique propre au Droit, c'est le fait qui, seul, fait la loi. C'est « la force normative du fait ». ³²⁷

205. Il ne fait aucun doute que sans la force aucun pouvoir politique ne peut se maintenir durablement, qu'il soit ou non démocratique. « L'homme est un animal politique »

³²⁷ Une formule empruntée à Vezio Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, Cedam, 1971, p. 106, cité par Xavier Magnon, *in Théorie(s) du droit*, Universités-droit, Ellipses édit. Marketing, 2008, p. 67.

(Aristote) dont la sociabilité est à la fois naturelle et l'objet chez un être hautement conscient et intelligent, d'un débat constant sur tous les aspects de la vie sociale. Mais toute l'histoire démontre que ces sociétés ne sont jamais parvenues à trouver la paix intérieure comme extérieure, en s'en tenant à des moyens exclusivement dialectiques et pacifiques. Il n'y a jamais eu jusqu'à présent de paix qu'en alternance avec la guerre. « La guerre qui selon Clausewitz, est une simple continuation de la politique par d'autres moyens », qui « n'est pas seulement un acte politique, mais un véritable instrument politique. »³²⁸ Pour Camus la violence dans son ensemble est « à la fois inévitable et injustifiable. »³²⁹ Au plan extérieur, elle est inévitable, même pour le pacifiste qu'il a été, en présence d'une violence qui nie la solidarité au point de vouloir l'élimination physique de tout un peuple. Ainsi l'engagement résistant qui peut conduire au meurtre, était-il nécessaire contre le nazisme. Pour autant, la violence « ne saurait être une politique »³³⁰ comme elle l'a été pour Hitler. Et c'est en tant que telle qu'elle est injustifiable. Si dans le principe « la guerre reste toujours un moyen sérieux en vue d'un but sérieux »³³¹, elle ne peut avoir d'autre but « sérieux » (une restriction camusienne qui n'est certainement pas clauzewitzienne) pour un État de Droit que de se défendre contre un ennemi qui veut l'asservir ou de se porter au secours de populations extérieures persécutées. Au plan intérieur aussi, la violence est parfois inévitable, lorsque notamment un individu ou un groupe porte atteinte à l'intégrité physique ou morale d'un autre. Mais la violence est injustifiable si elle est érigée en mode de gouvernement. Pourtant pour un neutraliste la violence exercée par les agents de l'ordre dans ce cas n'en est pas moins légitime dès lors qu'elle est légale.

206. De notre point de vue inspiré de *L'Homme révolté*, si la violence ne peut être au fondement de la politique, elle ne peut non plus, parce qu'elle lui est contraire, être au fondement du Droit. D'un Droit fondé sur une éthique de la solidarité. « L'action révoltée authentique, écrit Camus, ne consentira à s'armer que pour des institutions qui limitent la violence, non pour celles qui la codifient ». ³³² Comme ce fût le cas avec la peine de mort, une

³²⁸ Carl Von Clausewitz, *De la guerre*, Les Éditions de Minuit, 1955, p. 67.

³²⁹ DAC, p. 924.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ Carl Von Clausewitz, *op. cit.*, p. 66.

³³² OC/HR, T. III, p. 312.

suprême insolidarité, un crime d'État, une « machine sacrificielle » archaïque³³³, dont il n'aura eu de cesse de réclamer l'abolition. *Penser le Droit avec Camus* conduit raisonnablement à reconnaître la nécessité de la force et avec elle de la violence, mais à la condition de ne pas lier exclusivement la question de son exercice légitime à celle de sa légalité. Et ce qui est vrai pour la violence l'est également pour les inégalités sociales (qui ne sont pas, loin s'en faut, sans rapport avec elle) qui sont sans doute elles aussi inévitables, mais qui à certain degré, deviennent injustifiables. Ce que Jacques Ellul écrivait déjà à ce propos en ce qui concerne la « société bourgeoise » qui a vu fleurir le positivisme juridique, conserve une indéniable actualité : « Le mécanisme de la justification est la pièce centrale de l'œuvre bourgeoise, sa signification, sa motivation (...). Pour arriver à ses buts, le bourgeois conçoit et met en place un système explicatif du monde par lequel il rend légitime tout ce qu'il fait (...). La justification est d'autant plus nécessaire que la situation est moins juste en elle-même. »³³⁴

207. Ce que confirme aujourd'hui, sur le fondement de données scientifiques, Thomas Piketty : « Toutes les sociétés humaines ont besoin de justifier leurs inégalités : il leur faut trouver des raisons, faute de quoi c'est l'ensemble de l'édifice politique et social qui menace de s'effondrer. »³³⁵ Dans la série d'articles publiés dans *Alger républicain* du 5 au 15 juin 1939 sous le titre « misère de la Kabylie », le très jeune journaliste Camus qui a lui-même connu l'extrême pauvreté, a clairement affirmé au nom de la solidarité, la nécessité de poser une limite à l'inégalité sous toutes ses formes (politique, économique, sociale), quelles que soient les raisons avancées pour la justifier. Pour le juriste qui s'en inspire, il faut encore poser une limite à l'application des lois qui assoient, confortent, développent ces inégalités lorsqu'elles entraînent une rupture majeure de la solidarité. Pour Thomas Piketty précité, « La société juste [celle « qui permet à l'ensemble de ses membres d'accéder aux biens fondamentaux les plus étendus possible »] n'implique pas l'uniformité ou l'égalité absolue. Dans la mesure où elle résulte d'aspirations différentes et de choix de vie distincts, et où elle permet d'améliorer les conditions de vie et d'accroître l'étendue des opportunités ouvertes aux plus défavorisés, alors l'inégalité des revenus et de propriété peut être juste. Mais cela doit être démontré et non supposé, et cet argument ne doit pas être utilisé pour justifier n'importe quel niveau d'inégalité,

³³³ DAC, p. 926. Dont sans doute Kafka a fourni la plus terrifiante représentation dans *La colonie pénitentiaire*.

³³⁴ Jacques Ellul, *Métamorphoses du bourgeois*, 1967, réédit. La Table ronde, 1998, pp. 47 et 107. Il est entendu que la référence au « bourgeois » est datée et sans doute discutable, mais en tant qu'elle vise la catégorie qui détient le pouvoir, indépendamment de ses connotations historiques, elle demeure pertinente.

³³⁵ Thomas Piketty, *Capital et idéologie*, édit. Seuil, 2019, 4^{ème} de couverture.

comme cela est très souvent fait ». ³³⁶ Il s'agit pour cet auteur de favoriser « une réappropriation citoyenne du savoir économique » appauvri par son « autonomisation excessive ». ³³⁷

208. Il s'agit de même ici, de susciter une réappropriation humaine du Droit par ses professionnels — ou peut-être plus exactement une appropriation, vu l'ancienneté du délaissement —, d'un droit humainement appauvri par un neutralisme qui l'a réduit à un objet technique immunisé contre tout questionnement éthique, citoyen. Un neutralisme que, dans leur ensemble, n'ont jamais partagé les citoyens qui ont toujours opposé le Droit à l'arbitraire, mais un neutralisme auquel ont toujours souscrits les hommes de pouvoir, tout en se défendant de prendre jamais des lois arbitraires. Il s'agit pour les juristes d'admettre que la loi sans limite éthique n'est autre pour reprendre une formule populaire imagée que « la loi de la jungle », qu'elle n'est pas alors d'une nature si différente de celle qu'impose un « mâle dominant » dans un groupe de Chimpanzés auxquels certains primatologues prêtent des comportements et des stratégies politiques. Dans un État de Droit achevé caractérisé par l'existence d'une limite éthique opposée à la toute-puissance de la loi, cette limite ne peut, sans contradiction, sans n'être qu'un leurre, être fixée par la loi, fût-elle qualifiée de fondamentale. Ce qui revient à dire qu'elle ne peut, contrairement à ce qui est généralement professé, être trouvée dans la Constitution. Même si, comme c'est classique, des conditions plus exigeantes que dans le cas des lois ordinaires sont posées pour parvenir à une réforme constitutionnelle, telles que le vote simultané des deux chambres du Parlement à une majorité qualifiée. La question reste en effet purement politique, alors que ce qui est en jeu, c'est l'existence d'une limite purement juridique à l'application de la loi. Il s'agit de sortir des faux-semblants, des sophismes attachés au neutralisme, et pour cela de sortir des sentiers battus de la pensée du droit. Ce que permet le recours à un auteur tel que Camus dont l'œuvre est à la fois extérieure au monde du droit, et traversée par le questionnement éthique qui lui fait gravement défaut.

209. La connaissance technique qu'ont du corpus légal les juristes est souvent considérable, et parfois même encyclopédique. Mais la conception positiviste du droit qui la sous-tend, ne tarde pas à se révéler d'une « insoutenable légèreté » ³³⁸ à ceux qui prennent le

³³⁶ Thomas Piketty *op. cit.*, p. 113

³³⁷ *Ibid.*, p. 1198.

³³⁸ La formule est empruntée au célèbre roman de Milan Kundera « L'insoutenable légèreté de l'être », écrit en 1982 et publié pour la première fois en France en 1984.

temps de réfléchir, librement, à ce qu'il est, à ce qui le distingue vraiment de tout autre système de normes sociales. Comme on le voit au travers d'une enquête menée en 1989 auprès d'une cinquantaine d'éminents juristes à l'initiative d'une importante revue française de théorie juridique (*droits*). Une enquête conçue dans l'espoir de parvenir après un travail de synthèse, à dégager, sinon une définition unique du Droit, au moins quelques constantes ; une enquête aux résultats surprenants.³³⁹ C'est ainsi que le Doyen Carbonnier a pu estimer ne pouvoir s'arracher à cet égard au « magma des doutes ». Ou que le Doyen Vedel qui avait pourtant disposé de tout le temps nécessaire pour répondre, n'avait pas masqué son trouble et avait déclaré : " Voilà des semaines et même des mois que je " sèche " laborieusement sur la question, pourtant si apparemment innocente [...] : " Qu'est-ce que le droit ? " Cet état déjà peu glorieux, s'aggrave d'un sentiment de honte. J'ai entendu ma première leçon de droit voici plus de soixante ans ; j'ai donné mon premier cours en chaire voici plus de cinquante ans ; je n'ai cessé de faire le métier de juriste tour à tour ou simultanément comme avocat, comme professeur, comme auteur, comme conseil et même comme juge. Et me voilà déconcerté tel un étudiant de première année remettant copie blanche, faute d'avoir pu rassembler les bribes de réponse qui font échapper au zéro. " Et qui concluait ainsi : " ... si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans droit. " Ou autrement dit, sans ordre. Un ordre qui pour être assuré requiert des lois assorties de sanctions efficaces. La remarque finale du doyen Vedel ne faisant donc que renvoyer à la théorie dominante.

210. On peut remarquer que la perplexité du juriste chevronné rejoint celle du philosophe du Droit. C'est ainsi que madame Simone Goyard-Fabre évoque « L'indécision problématique du concept de droit », sa « plurivalence jusqu'au vertige », son « équivocité », et sa « polysémie » qui n'a cessé de se creuser au cours des siècles et que « les jurisconsultes des Temps modernes » n'ont eu de cesse de mettre en évidence. Ce qui la conduit à exclure « la possibilité d'une réponse claire et définitive à la question en apparence élémentaire et pourtant redoutable : « Qu'est-ce que le droit ? »³⁴⁰ Et la situation ne fait encore que s'aggraver du côté d'un juriste philosophe³⁴¹ tel que Denys de Béchillon qui n'hésite pas à écrire : « La règle de Droit ? Quelque chose comme une forme, le contenant de n'importe quel contenu, salutaire ou

³³⁹ Citée par Geneviève Créten-Vernicos dans son cours destiné aux étudiants de première année de droit, donné à l'Université de Paris 8 Vincennes-Saint Denis, en 2001-2002.

³⁴⁰ Simone Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992, p. 1.

³⁴¹ « la philosophie du droit des juristes se distingue » de la philosophie du droit des philosophes, notamment, en ce « qu'elle part de l'expérience juridique. » Cf., Michel Troper, *La philosophie du droit*, PUF, 2003, p. 13.

misérable, héroïque ou monstrueux. C'est selon. Je crois bien que le Droit est froid, désespérément froid. Et qu'il vaut mieux en prendre son parti. Mais surtout, je crois que la règle de Droit n'existe pas : qu'il n'existe nulle part de définition d'elle qui vaille en tous lieux et pour tous usages, ni même de possibilité qu'il en existe une ». ³⁴² Selon lui, « la force d'une définition de la règle juridique pourrait bien se mesurer surtout à l'aune de la foi suscitée par les présupposés qui la fondent... » ³⁴³ et il fait dans un renvoi en bas de page cette réflexion pseudo-naïve : «...il demeure pour le moins paradoxal que cette communauté très homogène des « juristes », dont le seul point de ralliement véritable consiste précisément en la maîtrise du « droit » et donc dans le partage d'une référence commune, soit justement placée dans l'incapacité de livrer de l'objet de cette référence une définition partagée ». ³⁴⁴

211. Le paradoxe pointé par Denys de Béchillon, trouve son explication originelle dans l'absence de réflexion ontologique du juriste lors de sa formation universitaire et professionnelle. Une absence qui ne sera jamais comblée compte tenu de ses contraintes professionnelles et de ce que sa formation continue sera essentiellement tournée vers l'approfondissement et l'actualisation de ses connaissances techniques. Le « trou ontologique » restera obturé par un critère de la contrainte étatique dont la solidité ne sera au demeurant jamais vraiment mise à l'épreuve des faits. En effet comme on l'a déjà noté, pour les professionnels du droit la question de savoir si une norme est ou non du droit est résolue par le droit lui-même sans que cela ne soulève de leur part une quelconque difficulté logique. Il s'agit simplement de vérifier qu'elle a bien été prise par une autorité habilitée et selon les procédures idoines. La question de l'existence du droit n'a pour eux rien d'ontologique. Elle peut être dite théorique dans la mesure où le critère de la contrainte étatique appartient à la théorie du droit, mais elle appelle en réalité une solution la plupart du temps très pratique et même prosaïque, telle par exemple celle qui consiste à aller consulter le Journal Officiel. Pour eux, l'identification du droit en tant que droit ne fait aucune réelle difficulté. Les seules et considérables difficultés soulevées par le droit, en rapport avec la complexification de la société dans tous les domaines au plan local et global (une complexification qui est bien entendu réelle), sont d'ordre technique. Au fond, pour eux comme pour tous les membres de la cité (pour ces derniers tant

³⁴² Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* édit. Odile Jacob, 1997. p. 9.

³⁴³ *Ibid.*, p. 11.

³⁴⁴ *Ibid.*

que la loi n'est pas manifestement injuste), l'existence du droit va de soi. A tel point qu'il cesse, en soi, d'être une question pour les uns comme pour les autres. Il est, en lui-même, évident.³⁴⁵

Commentaire. Depuis des lustres toute réflexion en profondeur sur ce qu'est le Droit est écartée de la formation initiale et continue des professionnels du droit ; si ce n'est une fois pour toutes au tout début du cursus universitaire. Seule est valorisée la connaissance technique du corpus légal (au sens large). S'il n'est pas dit, il est au moins sous-entendu qu'il importe peu de s'appesantir sur ce qui permet de distinguer une norme juridique de toute autre norme, puisque le droit est identifié à ce que produisent les instances étatiques dédiées. Tout questionnement d'ordre ontologique est écarté et renvoyé sur la philosophie du droit. Ce n'est en quelque sorte que pour la forme, puisqu'il ne présente à peu près aucun intérêt pratique, qu'est fourni le (pseudo) critère de la sanction. Il n'est dès lors guère étonnant de voir les juristes les plus chevronnés désemparés lorsque leur est posée la question qui pour tout non spécialiste du droit apparaît comme la plus élémentaire qui soit : qu'est-ce que le droit ? Mais sans que leur incapacité à y répondre ne conduise, comme on pourrait s'y attendre, à poser la question de savoir de quoi, au moins au plan théorique, la définition par la contrainte, par la force, est, réellement, la définition. Car se poser cette question permettrait immédiatement de comprendre que si ce qui répond à cette définition, ce n'est pas le Droit, c'est néanmoins quelque chose qui entretient un rapport étroit avec lui. Que ce qui répond à cette définition, c'est la norme dont la fonction première, à la manière d'un chien de berger aux ordres de son maître, est d'empêcher la dispersion des moutons et de guider le troupeau : la loi, expression normative de la volonté du pouvoir politique. Comprendre que la loi telle qu'elle est conçue par la théorie positiviste dominante à laquelle l'université a conféré le statut de vérité scientifique à laquelle elle aspirait, est par essence de sa conception à son application, politique. Et que si l'on persiste à penser que le Droit est un objet autonome, irréductible au politique, justiciable d'une discipline elle-même distincte de la science politique, il faut élargir la définition du Droit à ce qui, seul, permet de le

³⁴⁵ On peut parler à ce propos d'une évidence phénoménique (au sens de Vladimir Jankélévitch dans *Le Je-ne-sais-quoi et le Presque rien*, publié au Seuil en 1981), plutôt que phénoménale, pour dire qu'on s'en tient au « vernis » du phénomène, qu'on ne se préoccupe pas de son essence. Ou encore d'une évidence immédiate, c'est-à-dire ce qui semble aller de soi, ce que l'on est spontanément porté à tenir pour vrai, éventuellement parce que cela va dans le sens de ce que nous pensons avant même d'avoir véritablement pensé, souvent parce que cela nous arrange, que cela nous évite, précisément, de penser, de nous poser des questions qui pourraient s'avérer déstabilisantes. Une évidence immédiate par opposition à une évidence terminale qui, si elle a été d'abord immédiate, spontanée, n'en a pas moins été soumise à la suite à l'épreuve du doute ; une épreuve à laquelle elle a résisté. C'est l'évidence dont au final il n'est plus possible de penser qu'elle puisse être trompeuse. Celle qui dans notre démarche, correspond à la certitude attachée à la preuve par l'absurde de la nécessité de reconnaître au Droit une dimension éthique.

caractériser en tant que tel. L'élargir, car il serait totalement irréaliste de penser que le Droit puisse faire l'économie de la contrainte. Ce qu'il faut penser avec le Droit, c'est un objet dual : un objet qui comporte une dimension politique qui correspond à la loi et une dimension éthique qui rejoint la conception populaire du Droit dans son antinomie à l'arbitraire, fondée, avec Camus, sur la solidarité. Une démarche qui conditionne l'accès des juristes, avec la quête de l'autonomie de leurs objet et discipline, à une réflexion collective sur la légitimité et la représentativité propres de celui qui a pour mission de Dire le Droit au nom du peuple — le Juge. La formule n'étant plus alors purement formelle, puisque c'est au nom de la conception même du peuple souverain telle qu'il lui revient de l'interpréter, que ses décisions sont prises.

Paragraphe 3. Quand l'habitude d'obéir à la loi inhibe la réflexion sur le Droit

212. Dans l'inventaire, sans prétention à l'exhaustivité, des explications possibles de la confusion de la loi et du Droit, de la réduction ou de la résorption du second dans la première, il y a l'omniprésence et la familiarité du droit (avec un « d » minuscule). « Sans cesse, note à cet égard François Terré, même s'ils ne s'en rendent pas compte d'ostensible manière, les hommes entrent en contact avec lui : par la route ou par l'impôt, par l'achat d'un journal ou d'un livre, et même par l'heure que dit l'horloge, fidèle en cela aux fuseaux horaires que l'ordre juridique a définis. Le droit est inhérent au quotidien. Il est en lui. Il est dans la réalité quotidienne ». ³⁴⁶ Dans la vie courante ses prescriptions, du fait même de leur familiarité, sont comme rendues invisibles, insensibles. On les suit sans même s'en rendre compte. Elles sont intériorisées. Dans *Les deux sources de la morale et de la religion*, Bergson compare ainsi la société à un organisme « dont les cellules, unies par d'invisibles liens, se subordonnent les unes aux autres dans une hiérarchie savante et se plient naturellement, pour le plus grand bien du tout, à une discipline » ³⁴⁷ sans faille. En effet, « Dans cet organisme plus ou moins artificiel » ³⁴⁸ qu'est la société, « l'habitude joue le même rôle que la nécessité dans les œuvres de la nature ». ³⁴⁹ Et les juges, ce que leur sociologie et leur formation favorisent sans doute, n'échappent pas eux-mêmes dans leur grande majorité à un certain conformisme. Celui qui

³⁴⁶ François Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2012, p. 1.

³⁴⁷ Henri Bergson, Œuvres, *Les deux sources de la morale et de la religion*, PUF, 4^e édit., 1984, p. 981.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 982.

³⁴⁹ Henri Bergson, Œuvres, *op. cit.*, p. 982.

consiste à se placer dans le sillage du pouvoir politique en place. Par exemple si, comme peuvent en témoigner ceux qui l'ont vécu, le climat judiciaire s'est détendu un temps après le durcissement consécutif aux événements de 1968 (dont la loi dite anticasseurs du 8 juin 1970 aura été un « temps fort ») avec l'arrivée au pouvoir de la gauche en 1981 et la nomination de Robert Badinter en tant que Garde des sceaux, cela n'a pas duré.

213. Le terrorisme des « années de plomb » puis aujourd'hui le terrorisme islamique, l'embrassement cyclique des quartiers défavorisés, les mouvements sociaux liés aux diverses crises économiques et à la pauvreté tels pour ne citer que le plus récent celui dit des « gilets jaunes »³⁵⁰, ont montré que l'appareil judiciaire suivait toujours aussi fidèlement la courbe ascendante des politiques sécuritaires, sans jamais faire entendre un son propre ; autre chose que quelques protestations syndicales sporadiques et sans portée réelle : la voix d'une autre légitimité que politique, juridique. Ce qui n'est bien entendu pas surprenant de la part de magistrats pour qui la neutralité axiologique, tenue pour inhérente à leur fonction, s'entend en toutes circonstances politiques et sociales de l'application de la loi sans limite éthique. Des magistrats qui s'estiment déliés de toute responsabilité en ce qui concerne les conséquences humaines possiblement désastreuses des lois qu'ils appliquent, en vertu d'une autre éthique, professionnelle et légale celle-là, qui leur commande d'adopter, en toutes circonstances, une démarche purement technique. Laquelle exclut toute implication de l'homme dans le juge, quelles que soient les conséquences humaines de ses décisions. Les seuls responsables de ses décisions sont les auteurs de la loi.

214. Une irresponsabilité du juge technicien qui peut s'avérer choquante, dès lors que sa décision a consisté, par exemple, comme ce fût le cas souvent dans l'histoire y compris contemporaine, à condamner une personne sur le fondement d'une loi raciste. Choquante pour tout un chacun, mais non pour un juriste neutraliste conséquent qui, s'il doit être choqué, ne peut l'être qu'à titre personnel, à l'extérieur du palais. Une conception qui de notre point de vue trouve son explication dans l'intériorisation depuis deux siècles d'une subordination de principe au politique, enseignée ou plus exactement inculquée comme allant de soi, à laquelle de surcroît

³⁵⁰ La circulaire du 22 novembre 2008 (N°NOR : JUSD1831952 C) « relative au traitement judiciaire des infractions commises en lien avec le mouvement de contestation dit « des gilets jaunes » est typique d'un certain continuum. Elle est destinée « Pour attribution » au ministère public et « Pour information » au siège. Elle vise entre autres « L'adaptation du dispositif judiciaire », la « judiciarisation des faits délictueux », « les qualifications pénales susceptibles d'être retenues », « les orientations de politique pénale » fixées au parquet, mais on voit bien qu'en réalité il s'agit de mettre tout l'appareil judiciaire en ordre de marche.

le positivisme juridique a fourni une caution prétendument scientifique. Une intériorisation qui a fait obstacle à l'émergence d'une authentique pensée critique, d'une pensée de l'autonomie du Droit et de l'office du Juge, qui a réduit la question de l'indépendance de ce dernier à une question purement statutaire, c'est-à-dire à une question purement politique. Et encore en France est-ce seulement à propos des magistrats du siège qu'il est possible de parler avec un minimum de sérieux, de l'octroi par le pouvoir d'une certaine indépendance car, pour ceux du parquet, placés à l'interface entre la police et la Chancellerie et sous l'autorité de cette dernière, il ne peut être sérieusement question d'autre chose que d'allégeance statutaire et factuelle.³⁵¹

215. Entre les trois situations idéal-typiques que sont : la soumission inconditionnelle à la loi qui trouve son explication dans l'asservissement physique et moral de ses destinataires, la soumission à la loi parce qu'elle est le vecteur d'une tradition qui se perd dans la nuit des temps et se confond ainsi avec l'ordre même du monde, toujours plus ou moins divin, et enfin l'adhésion réfléchie, volontaire et sans faille à la loi en raison de ce qu'elle apparaît juste à tous, c'est évidemment à cette dernière situation qu'aspire tout homme évolué et raisonnable. Mais si cet homme est vraiment raisonnable, il sait qu'aucune loi d'aucune cité réelle ne peut faire l'unanimité de ses membres, que seul un idéologue peut y croire. Non celui qui pense le Droit avec Camus qui n'a eu de cesse de s'opposer aux idéologues de toutes obédiences. Dans son *Entretien sur la révolte* il répond à Pierre Berger qui lui fait observer qu'il « récuse souvent la logique » à l'œuvre dans la philosophie : « Ce n'est pas la logique [ni la philosophie] que je réfute, mais l'idéologie qui substitue à la réalité vivante une succession logique de raisonnements. Les philosophies, traditionnellement, essaient d'expliquer le monde, non de lui imposer une loi — ce qui est le propre des religions et des idéologies. »³⁵² Ce à quoi il s'oppose, c'est aux « utopies absolues » qui sacrifient le réel à la déduction abstraite et le présent au futur. »³⁵³ Comme ce fût le cas, entre autres, de l'idéologie communiste soviétique.

216. Le propos pour le juriste qui s'en inspire, ne peut qu'être celui d'un perfectionnement par le Droit d'une démocratie fondée, non sur un consensus parfait impossible

³⁵¹ Étant entendu que cette allégeance n'a à jouer que dans l'assez faible pourcentage d'affaires qui intéressent plus ou moins directement le pouvoir. Pour les autres il est certain que les parquets agissent avec une certaine indépendance. Cependant dans le cadre de la politique pénale définie par le pouvoir en place.

³⁵² OC/A2, T. III, p. 401.

³⁵³ DAC, p. 407.

à trouver, mais sur un consensus relatif obtenu de haute lutte par les citoyens les plus éclairés, sur quelques valeurs jugées essentielles, toutes rapportées dans notre conception à la solidarité. Un consensus relatif qui fait donc sa part au dissensus dans une démocratie à « hauteur d'homme » qui ne peut que tendre indéfiniment vers la troisième situation idéal-typique susvisée. Une démocratie qui compte en son sein des hommes capables de s'extraire des pesanteurs du quotidien, des contraintes de leurs fonctions, pour combattre les lois qui s'écartent à ce point de la solidarité qu'elles risquent de la faire basculer dans son contraire la dictature et avec elle, dans le règne de l'arbitraire. Des hommes parmi lesquels, dans une démocratie aboutie sans être idéale, une démocratie où règne l'État de Droit, devraient être comptés, « naturellement » pour tout un chacun convaincu qu'ils devraient être les gardiens inconditionnels des libertés, les juges. Une conviction qui, en vérité, n'est nullement partagée par ces derniers pour qui la protection des libertés n'est pas inhérente à leur office, pour qui elle ne dépend que de la loi. Pour eux contrairement au citoyen lambda, une loi n'est nullement délégitimée en tant que droit au motif qu'elle est manifestement arbitraire.

217. Pour admettre la possibilité de principe d'opposer une limite à l'application de la loi, il faut que le juge accepte de se voir poser la même question faussement naïve qu'au doyen Vedel, accepte de reconnaître avec la même modestie et sincérité que lui, son embarras. Mais bien plus, accepte de remettre en cause la conception qui est responsable de son incapacité à apporter une réponse à la question apparemment la plus élémentaire que l'on puisse poser à un spécialiste du Droit : qu'est-ce que le droit ? Le risque est évidemment que l'opération ne tourne court, que la question ne soit interprétée comme une provocation sinon un outrage. N'est-il pas aussi déplacé de demander à un juge s'il sait ce qu'est le Droit, que de demander à un boulanger s'il sait ce qu'est la farine qu'il pétrit au quotidien ? Un juge qui rend jour après jour des décisions dans les litiges qui lui sont soumis, comme le boulanger fabrique nuit après nuit des fournées de pains. Un juge technicien ou scientifique pour qui les discussions sur « l'être du Droit » s'apparentent aux discussions byzantines d'autrefois sur le sexe des anges. Pour qui l'ontologie ne peut et ne doit concerner que les seuls philosophes et métaphysiciens. Pour qui la définition du droit par « l'autorité de celui qui l'énonce ou par son efficacité »³⁵⁴ est bien suffisante. Pour que celui-là dépasse le premier stade de l'offense, pour qu'il s'ouvre à un questionnement sur l'être-même du Droit, il faut supposer la survenue d'un événement assez fort pour réveiller sa conscience d'homme parmi les hommes, sa conscience de quidam,

³⁵⁴ Michel Troper, *La philosophie du droit*, PUF, 2003, p. 20.

spontanément réactive à l'injustice majeure. Un évènement qui peut consister en l'obligation qui lui est faite d'appliquer une loi qui heurte de plein fouet un sens de la justice que n'a pas totalement inhibé la routine. Un évènement qui le place devant une alternative : soit se soumettre à son application, soit se démettre à défaut d'une solution qui lui permette de ne pas se soumettre sans pour autant devoir se démettre.

218. Une troisième voie qui, si elle est envisagée, peut le conduire, ce qui n'a pas été le cas du doyen Vedel, à rompre avec une conception qui en fait n'a jamais été vraiment interrogée par les professionnels du droit. Une conception qui à l'origine procède d'un diktat des révolutionnaires ou autrement dit des politiques. Une conception qui tire sa force auprès des professionnels du droit, non de sa vérité démontrée, mais de l'autorité de ses auteurs, de sa fausse évidence, de sa répétition, de la sorte d'endormissement de la curiosité intellectuelle désintéressée (dans un premier temps) que provoque la pratique quotidienne du droit axée sur la technique ; un droit dont l'omniprésence, la familiarité, donne au demeurant le sentiment de ne présenter, en soi, en tant qu'objet, aucun mystère. Une conception à laquelle il a été donné ultérieurement une certaine « contenance » théorique à prétention scientifique, mais qui n'est convaincante que pour celui qui, aujourd'hui encore, pense qu'il est possible et nécessaire pour que la science soit une science véritable, que le scientifique laisse à la porte de son laboratoire sa subjectivité au sens le plus large et s'il est un scientifique du droit, qu'il refuse tout questionnement d'ordre éthique. Son objectivité comme celle du juge, étant à ce prix. Mais ce qui est rejeté avec le questionnement éthique ce n'est rien moins que le Droit lui-même en tant que création proprement humaine. La norme et le système de normes « qu'observe » le scientifique du droit neutraliste, ce n'est pas le Droit et le système du Droit, mais n'importe quelle norme et système de normes imposé par n'importe quel pouvoir détenteur de la force.

219. La troisième voie que propose d'emprunter la présente thèse, est celle de la normativité proprement humaine, caractérisée par la reconnaissance par le Juge, à côté de sa dimension politique, de la dimension éthique du Droit. Un Juge qui, sur le fondement de cette dernière, pourrait être conduit à s'opposer à l'application d'une loi qui lui apparaîtrait manifestement contraire à cette éthique. Un Juge qui ne confondrait plus l'État de loi et l'État de Droit. Un juge qui investirait la plénitude de son office, qui conquerrait son autonomie avec celle du Droit, distinguée de l'indépendance statutaire octroyée par le pouvoir politique. Un Juge qui ferait ainsi la démonstration de la nécessité de sa présence pour qu'il y ait un véritable Droit, une véritable justice et un véritable État de Droit. Une démonstration contre la tentation

du pouvoir politique de lui substituer une machine à juger — la tentation qui fait l'objet de la seconde section de ce second chapitre consacré à « l'oubli » et à ses conséquences, de la dimension éthique du Droit.

Commentaire. C'est de la loi et d'elle seule que le juge tient, hier comme aujourd'hui, toute son autorité. Son autorité et non son pouvoir. Son indépendance et non son autonomie. La question de son indépendance — de son principe et de son étendue —, est une question politique et non juridique. Les juges ont pu par le passé (ainsi par exemple à la suite de l'arrêt Blanco en droit administratif ou avec la jurisprudence élaborée sur la base étroite de l'ex article 1384 alinéa 1^{er} du code civil en droit privé) et peuvent toujours aujourd'hui, prendre quelques libertés avec la loi en en comblant les vides (quoi que sa tendance soit à la saturation), en l'adaptant ou en en tirant des principes jusqu'à lors inaperçus ; mais sans que cela ne change fondamentalement la situation. Une situation qui varie (le « yo-yo » dont il a été question plus haut) mais qui en tout état de cause demeure en son principe celle théorisée par Saleilles déjà citée, que condense sa célèbre formule : « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil ». Comme l'indique la Cour de cassation sur son site : « Sous couleur d'interprétation des textes, la Cour de cassation conduit à dépasser leur lettre, sans nécessairement trahir leur esprit ou l'esprit du système dans lequel ils s'insèrent ». On peut si l'on y tient parler d'innovation ou de création, mais il demeure que le dernier mot est toujours politique, que le juge n'est dépositaire d'aucune légitimité propre, qu'en disant le droit il ne dit que la loi, et qu'il n'est qu'un moyen à toutes fins du pouvoir : un moyen auquel le pouvoir peut en fonction de sa nature (démocratique ou non), laisser plus ou moins la bride sur le cou. Une bride qu'il peut à tout moment reprendre s'il estime que les circonstances l'exigent. C'est au travestissement de cette réalité de la subordination du juge à la volonté du pouvoir qui peut l'amener à devoir appliquer la loi la plus inhumaine, que confine la théorie neutraliste du droit inspirée d'une conception de la science retardataire ; une conception fondée sur le rejet de toute forme de subjectivité et en ce qui concerne le Droit, plus particulièrement et dangereusement, sur le rejet de ce qui, seul, le définit et lui donne sens : son humanité, précisément. Avec cette conception standardisée par l'université, le juriste n'a plus à se poser de questions sur la nature de la matière, sorte de pâte à tout modeler, dont sont faites les normes qui structurent, conditionnent en tous ses aspects la vie de la cité. Il doit concentrer ses efforts sur leur mise en œuvre sans avoir à s'en préoccuper.

Section 2. Une incitation au remplacement du juge par la machine

220. Dans l'ordre des choses humaines, « La perfection, c'est la mort » écrivait Saint-Exupéry » qui rejoignait par-là Camus qui se méfiait de tous ceux qui prétendaient y parvenir. Une perfection à laquelle peuvent sincèrement croire des idéologues tant qu'ils ne sont pas passés à l'action, tant que leur idéologie n'a pas été confrontée avec la complexité du réel. Mais une perfection qui peut être aussi invoquée par des hommes de pouvoir pour donner à leur entreprise de domination une justification apparemment objective : la justification que constitue l'amélioration de la performance d'une fonction administrative telle que celle de la justice, dès lors que l'on pense que la fonction de juger peut-être traduite en algorithmes (§1). Dès lors que l'on ne voit pas, ou que l'on refuse de voir, le fait que le Droit exprime un aspect essentiel de la nature humaine : la solidarité qui est au principe de l'existence humaine dans sa dimension sociale (§2). Or il en va peut-être de la justice comme du climat pour lequel il semble que l'on ne soit pas très loin d'un point de non-retour fatal. Si les juristes tardent trop à se réveiller de leur « sommeil dogmatique » il est fort à craindre que dans une mesure qui risque d'être de plus en plus large au fur et à mesure des « progrès » techniques, les juges ne se transforment en logiciels (§3).

Paragraphe 1. Si l'on admet que l'office du juge puisse être converti en algorithmes

221. Il arrive que les juges se disent les serviteurs de la loi et non du pouvoir. La nuance disparaît cependant assez vite lorsqu'ils sont mis à contribution par ce dernier alors qu'il est menacé en raison de la politique inique qu'il poursuit. Une circonstance indifférente au bon déroulement de leur carrière en termes d'avancement et d'honneurs. De ces honneurs qui fleurissent en sautoir sur les robes et hermines des magistrats d'un certain âge et d'un certain grade lors des audiences solennelles. « Les médailles dérisoires de généraux sans batailles », selon le mot quelque peu cruel du juge Matthieu Bonduelle, ancien secrétaire général du Syndicat de la magistrature. Mais pour leurs titulaires, l'hommage rendu à un retrait vertueux du monde des valeurs dont le droit est issu mais dont il est délesté lorsqu'il est déposé sur le bureau de justice. Un délestage qui, de notre point de vue, est l'obstacle à l'accession du Droit et du Juge à l'autonomie, et ce qui risque fort à terme de rendre la présence de ce dernier inutile dans l'esprit d'un pouvoir soucieux d'assurer à sa loi l'application la plus proche possible de ses objectifs. Et plus enclin, à cette fin, d'investir dans des ordinateurs avec lesquels aucun juge

aussi allégeant, objectif, technicien soit-il, ne pourra jamais rivaliser dès lors que le propos n'est pas de rendre une justice plus humaine, mais plus rapide et plus efficace en termes de contrôle social. L'absence de questionnement critique des juristes en général et des juges en particulier sur l'être du Droit, a de fait pour conséquence, sans que la plupart s'en rendent compte clairement, d'abandonner sans réserve la question de l'avenir de la justice au politique. Lequel est toujours soucieux, au-delà de discours qui se veulent volontiers rassurants, d'améliorer son contrôle de l'ensemble de la société via toutes les administrations dont il dispose, parmi lesquelles la police et l'institution judiciaire occupent une place privilégiée.

222. En ce qui concerne cette dernière, dès lors que les juges ne s'estiment pas légitimes, en tant que juges, à redéfinir le Droit et à introduire dans sa définition la dimension éthique qui lui fait défaut pour exister en tant spécifiquement que Droit ; dès lors que les juges ne revendiquent pas l'existence, avec un office qui consiste à Dire avec le Droit plus que la loi, d'un véritable pouvoir juridictionnel, il est fort à craindre qu'à plus ou moins long terme, on assiste au « grand remplacement » de leur corps professionnel en tant que « corps humain » par une batterie d'ordinateurs dont ils seront les servants, s'ils ne sont pas appelés à disparaître purement et simplement. Tout juste émettront-ils quelques protestations de principe au nom de la spécificité de l'acte de juger et de la nécessaire préservation de l'humanité de la justice, ou autrement dit de l'éthique. Mais en étant bien mal placés pour cela, puisqu'ils n'auront eu de cesse de revendiquer une neutralité axiologique qui aura eu pour effet, sinon de les fondre dans la grande masse des fonctionnaires, au moins de les en rapprocher dangereusement.

223. Dans un article intitulé *Le problème de l'interprétation de la loi, la spécificité de l'herméneutique juridique*³⁵⁵, Hugues Rabault observe à ce propos que si « au plan de la pratique (...) on peut admettre que la décision de l'interprète joue un rôle important dans les « cas limites », le quotidien de l'interprétation fait de celle-ci une activité largement mécanique, où le rôle de la subjectivité de l'interprète est limité »³⁵⁶ puisqu'en général « l'application des normes juridiques ne comporte aucun aléa »³⁵⁷, que les interprètes sont « enserrés dans un réseau de contraintes techniques et hiérarchiques »³⁵⁸ particulièrement (et de plus en plus)

³⁵⁵ Hugues Rabault, *Le problème de l'interprétation de la loi*. Le Portique [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, URL : <http://leportique.revues.org/587>

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*

dense. Ce qui fait que « Saisi de façon globale le système juridique peut être analysé à l'image d'un traitement automatisé de l'information (...). Un système technique de procédures régissant le détail de la vie sociale (...) très éloigné, aujourd'hui, de son ambition originelle de constituer une règle de justice... ». ³⁵⁹ Le même auteur ajoute que « C'est une expérience couramment évoquée par les juges, que celle de situations où l'interprète formule une solution techniquement inévitable, malgré le sentiment subjectif qui est le sien d'aller à l'encontre de l'équité (situations résumées par l'adage, *summum jus, summa injuria* [le plus haut droit, la plus grande injustice]). ³⁶⁰ Le juge ne peut imaginer qu'il puisse être autre chose qu'un rouage du « système juridique des sociétés développées [qui] implique la production mécanique et quotidienne de milliers de solutions juridictionnelles, administratives et autres » dont « l'objectif consiste, pour ainsi dire, à éliminer le hasard ». ³⁶¹

224. Cet objectif fait retour sur la volonté révolutionnaire de faire du juge une sorte de machine à appliquer la loi appuyée sur ce que certains ont appelé une « mystique du sens clair de la loi ». Lequel a sans aucun doute été une préoccupation des rédacteurs du code civil de 1804, mais est le plus souvent absent de la production juridique contemporaine, bien que le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 34 de la constitution, en ait rappelé solennellement la nécessité dans un arrêt du 10 juin 1998. ³⁶² Sans grand succès auprès d'un pouvoir politique technocratique et inflationniste. Mais ce qui ne fait nullement obstacle à la poursuite d'un objectif de maîtrise totale que tout pouvoir caresse toujours plus ou moins secrètement (même lorsqu'il est donné pour démocratique), d'annulation de toute distance entre l'expression normative de la volonté politique et sa réalisation pratique. Un objectif dont la poursuite pouvait apparaître utopique à un esprit critique et avisé, de la révolution française jusqu'à la seconde moitié du siècle dernier, mais qui à l'heure d'une autre révolution — la révolution numérique en cours —, apparaît au contraire de moins en moins improbable. Une révolution technologique capable de servir une révolution technocratique, de lui fournir un antidote à toutes les contestations et à toutes les interprétations un tant soit peu dissidentes de la volonté politique. La question du sens clair ou non de la loi, perdant, avec l'ordinateur installé

³⁵⁹ Hugues Rabault, *op. cit.*, *Ibid.*

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *ibid.*

³⁶² Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, J.O. du 14/6/1998, p. 9033.

aux lieu et place des juges, de son intérêt, puisque c'est le pouvoir lui-même qui pourrait saisir, par l'intermédiaire d'agents à ses ordres, les « bonnes interprétations » à donner à ses lois passées du journal officiel au logiciel destiné à leur application ; des interprétations qui tiendraient lieu de jurisprudence. Un traitement purement politique à l'aide d'instruments purement administratifs, de l'adaptation des lois aux évolutions sociales et sociétales dans le cadre défini et redéfini continuellement par le pouvoir.

225. Une telle évolution qui apparaît peu compatible avec le maintien d'une démocratie à laquelle est en général associée une certaine séparation des pouvoirs, préfigurerait sans doute la disparition après les juges de la démocratie elle-même. En effet, bien que les juges n'aient jamais depuis plus de deux siècles exercé un réel pouvoir, leur présence avec celle des avocats, ne peut pas être tenue pour négligeable parmi les conditions requises pour qu'il y ait une démocratie. Raison pour laquelle d'ailleurs, comme cela a déjà été observé, même les régimes les plus autoritaires prennent soin de maintenir, même si ce n'est qu'en façade, des lieux et des agents dédiés à la justice. Une telle vision de l'avenir peut apparaître excessivement pessimiste mais cependant, à divers égards, non sans fondement au regard des évolutions en cours. Il y a le processus de déjudiciarisation ³⁶³ entrepris depuis quelques décennies déjà ; le fait que la justice, loin d'être, dans les faits sinon dans les discours, une priorité pour les pouvoirs publics, est maintenue dans un certain état de pauvreté ³⁶⁴ ; l'importation symptomatique dans le service public en général et la justice en particulier, de notions jusqu'à lors propres à l'industrie et au commerce, telles que celles de production et de gains de production, de gestion des flux et des stocks ³⁶⁵ ; ou encore le classement sans états d'âme de toutes les professions juridiques et

³⁶³ On peut définir simplement la déjudiciarisation avec Michel van de Kerchove comme : « tout processus qui tend à réduire ou supprimer l'intervention du juge dans l'application d'une sanction ou de toute autre conséquence judiciaire est compris dans la définition du terme déjudiciarisation ». Ex. en matière d'infractions routières avec le système des ordonnances pénales ; la loi dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle publiée au Journal officiel le 19 novembre 2016 ; le divorce par consentement mutuel enregistré par un notaire ; la réforme en cours avec entre autres, de nouveau, une réduction des juridictions et de l'accès au juge. Si la déjudiciarisation, qui peut être plus ou moins franche, c'est-à-dire écarter plus ou moins radicalement le juge qui auparavant était le seul « intervenant » et prendre des formes diverses (dépenalisation, par exemple en matière de chèques impayés, médiation, conciliation, arbitrage, reconnaissance préalable de culpabilité dite CRPC, etc.), peut être justifiée dès lors qu'elle permet dans un domaine précis une simplification et donc une réduction du coût et du temps de traitement sans porter atteinte aux droits des justiciables, il en va tout autrement dans le cas où elle correspond à une volonté purement budgétaire ou de mise au pas de la population.

³⁶⁴ Selon la Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) en 2010, le budget annuel alloué à la justice (ministère, tribunaux, aide juridictionnelle) et rapporté au PIB par habitant, en France, se situait au 37^{ème} rang sur 43 pays, derrière l'Azerbaïdjan et l'Arménie ; la France compte 9,1 juges professionnels pour 100.000 habitants pour une moyenne européenne de 20,6 ; etc.

³⁶⁵ On trouve par exemple dans le projet de loi de finances pour 2013 des formules telles que « l'effort de productivité », les « indicateurs de performance qui affichent des résultats positifs », « l'indicateur synthétique du délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock », « l'accent est mis sur le déstockage des dossiers », « la

judiciaires (dont les auxiliaires de justice) dans la catégorie générique des services — tout cela procède de la même démarche « entrepreneuriale » en vogue. Si, comme l'écrit encore Hugues Rabault, « la spécificité de l'herméneutique juridique correspond à son caractère pragmatique et fonctionnel »³⁶⁶, cela peut être en effet aisément traduit par ceux qui sont adeptes de « la gouvernance par les nombres »³⁶⁷, toujours en quête de simplifications de tous ordres et de réduction des coûts là où aucun profit financier n'est à espérer, en termes de numérisation.

226. Dans un livre intitulé *Justice digitale*³⁶⁸, Antoine Garapon et Jean Lassègue montrent que les progrès techniques de l'informatique et internet ont fait naître un nouveau mythe : celui de l'organisation de la coexistence entre les hommes, et donc de la résolution des conflits qui peuvent naître entre eux, en ligne, par un simple jeu d'écritures, sans qu'il soit besoin de recourir à une institution particulière et à des hommes de lois. La justice n'étant plus alors qu'une affaire d'algorithmes. Et même si leurs conclusions tendent à tempérer les angoisses que leur propos ne peut manquer d'entraîner chez les professionnels et les justiciables les plus éclairés, il demeure que les évolutions et les expériences en cours sont inquiétantes en ce qu'elles tendent déjà à l'éloignement du justiciable du juge et à la disparition progressive de l'irremplaçable face à face physique, sensible, humain, du juge et du justiciable. Le procès peut se dérouler pour la mise en état intégralement via les « tuyaux » et pour l'audience, réduite à sa portion congrue, en visioconférence. Avec, hormis les multiples problèmes techniques qui peuvent en outre perturber la séance, la facilitation à la condamnation que l'on imagine aisément une fois l'écran éteint, le prévenu ou l'accusé n'étant plus guère qu'un personnage virtuel. Ainsi la loi du 9 mars 2004 (n° 2004-204) *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, permet-elle le recours à la visioconférence à différents stades cruciaux de la procédure³⁶⁹, et il est fort probable que, progressivement, ce recours sera élargi

marge de progression », « l'efficacité des juridictions (objectif n° 3) est mesurée par le nombre d'affaires réglées par magistrat et agent de greffe. Ces indicateurs de productivité affichent, eux-aussi, des résultats stables » », etc.

³⁶⁶ Hugues Rabault, *op. cit.*, p. 2.

³⁶⁷ Titre du livre d'Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, édit. Fayard, 2015.

³⁶⁸ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale, Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, 2018.

³⁶⁹ Notamment lors de l'enquête pour les prolongations de gardes à vue, la confrontation entre plusieurs personnes, l'interrogatoire d'une personne détenue, le contentieux de la détention provisoire, l'audience de jugement (audition des témoins, parties civiles, experts), l'application des peines, le suivi de l'ensemble des personnes condamnées en matière de terrorisme.

malgré certaines réticences du Conseil constitutionnel ³⁷⁰ et les protestations des avocats et d'une partie des magistrats, surtout affiliés au syndicat de la Magistrature nettement minoritaire.

³⁷¹ La magistrature dans son ensemble, à défaut de se reconnaître investie d'une mission et donc d'un pouvoir propre, n'opposera aucune résistance durable à un pouvoir politique auquel il demeure dans la réalité, malgré quelques agitations de surface, totalement soumis.

227. Autant dire que ce que l'on sait du traitement des affaires judiciaires à l'un des pires moments de l'histoire mondiale du XX^e siècle (sur lequel on reviendra dans le second titre de cette première partie) où l'on a pu dire que « L'horreur était enfouie sous l'accumulation d'affaires courantes dont il devenait aisé d'oublier la signification » ³⁷², risque fort, n'en déplaise aux plus optimistes, et aux plus confiants dans la technique, à ceux pour qui le droit lui-même n'est qu'une technique et le juge un technicien, de devoir s'appliquer à la justice de demain. A des juges en sursis plus fonctionnarisés, plus « fonctionnels » que jamais, qui jugeront virtuellement des affaires réduites à de simples énoncés de problèmes à résoudre comme on résout rationnellement n'importe quel autre problème, concernant des gens dont le

³⁷⁰ Dans une décision du 30 avril 2020 (n° 2020-836 rendue sur une QPC) qui fait suite à une décision dans le même sens du 20 septembre 2019 (n° 2019-802 également rendue sur une QPC), le Conseil constitutionnel a considéré que l'utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'une audience relative au contentieux de la détention provisoire était inconstitutionnelle. Mais déjà dans une décision bien antérieure, du 20 novembre 2003 (n° 2003-484 DC), il avait clairement validé en son principe le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle, estimant qu'ils permettaient, à certaines conditions, la tenue d'un procès juste et équitable. Mais les conditions en question peuvent bien entendu toujours être allégées à la faveur d'évènements nouveaux (C'est ainsi par exemple que dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire, le consentement des parties à un contentieux administratif ou civil n'est pas exigé, ce qui a été validé par le Conseil d'État), ou dans des contentieux particuliers, avant que « l'allègement » ne soit étendu à l'ensemble des contentieux. Ainsi en ce qui concerne le droit des étrangers, avec la *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, Le Conseil constitutionnel par Décision n° 2018-770 du 6 septembre 2018, a « jugé conformes à la Constitution des dispositions des articles 8, 20 et 24 de la loi déferée supprimant dans plusieurs hypothèses l'exigence de consentement de l'intéressé pour le recours à la vidéo-audience pour l'organisation de certaines audiences en matière de droit d'asile ou de droit au séjour. Sont concernés l'examen de recours formés devant la Cour nationale du droit d'asile, l'examen par le tribunal administratif du recours formé contre la décision de refus d'entrée sur le territoire français au titre de l'asile et, le cas échéant, contre celle de transfert vers l'État responsable de l'examen de la demande d'asile. Sont également concernés l'autorisation par le juge des libertés et de la détention de la prolongation du maintien en zone d'attente d'un étranger et le recours formé contre la décision de ce juge, ainsi que l'examen par le tribunal administratif du recours formé, par l'étranger placé en rétention administrative, assigné à résidence ou détenu contre une obligation de quitter le territoire français et ses décisions connexes ou contre la décision d'assignation à résidence. À ce titre, le Conseil constitutionnel a relevé qu'en permettant que les audiences considérées puissent se tenir au moyen d'une communication audiovisuelle, le législateur a entendu contribuer à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics. » Communiqué de presse du Conseil constitutionnel du 6 septembre 2018 publié sur son site internet.

³⁷¹ Selon les résultats des élections à la Commission d'avancement de juin 2013, le Syndicat de la magistrature n'a recueilli que 25,2 % des voix contre 68,4 % pour l'Union syndicale des magistrats.

³⁷² Rony Brauman et Eyal Sivan, *Eloge de la désobéissance*, édit. Le Pommier, 2006, p. 25.

passé, le présent et l'avenir, la personnalité, les liens sociaux, la réalité sensible, auront cessé de les préoccuper. ³⁷³ Qui jugeront, autrement dit, comme des machines avant d'être effectivement remplacés par des machines spécialisées gorgées d'algorithmes, plus performantes parce que plus neutres encore qu'eux dans le traitement des affaires, et plus rentables parce que plus rapides et moins coûteuses en termes « d'acquisition » et de « maintenance ».

228. A moins bien entendu que parmi les juges, certains se révoltent contre le neutralisme dominant et ses adeptes de toutes obédiences ³⁷⁴ que leur neutralité immunise contre tout reproche qui pourrait leur être fait sur le plan éthique, mais qui leur interdit aussi de faire, sur ce même plan, un quelconque reproche au pouvoir qui déciderait de réduire leur office à une pure et simple fonctionnalité politique. A moins que l'on n'écarte une théorie neutraliste qui est de fait positive — de fait à défaut d'être instituée comme telle par quelque loi fondamentale qui aurait au moins le mérite de faire ressortir sa nature politique — puisqu'elle détermine la définition et la pratique par les juges du droit et de leur office. Une théorie qui ignore que le Droit est une création des hommes pour les hommes qui requiert, pour le demeurer, d'être mise en œuvre par des hommes que caractérise leur besoin de donner sens à leur existence.

Commentaire. L'existence propre du Droit n'est toujours pas, au XXI^e siècle, reconnue par le pouvoir politique. Seul existe pour lui, la loi. Sa loi. Pour qu'il y ait du Droit, il faudrait qu'il y ait un Juge pour en reconnaître et affirmer l'existence et simultanément, pour reconnaître et affirmer l'autonomie de son office : pour reconnaître et affirmer que Dire le Droit n'équivaut pas à dire la loi. Pour le pouvoir politique, loi et droit sont des termes synonymes, interchangeables. Ce que dit le juge, c'est ce qu'il a décidé et le juge n'existe que par lui. Lui seul, contrairement au juge, est indispensable. L'espèce humaine est divisée en sociétés

³⁷³ On peut noter ici qu'on ne sera peut-être pas alors si loin de la description de Raul Hilberg dans son livre *La destruction des juifs d'Europe* (Folio histoire Gallimard, 2006) : « fonctionnaires, techniciens, scientifiques, employés, chacun à sa place faisait consciencieusement son travail, appliquait des procédures de routine, résolvait des problèmes pratiques. Les codes de langage — évacuation, transfert, réinstallation, procédure, traitement spécial, solution finale — camouflaient grossièrement la réalité pour permettre à tous de s'en abstraire. (...) Ce tourbillon de violences était mentalement neutralisé dans une succession de gestes banals ».

³⁷⁴ Et ce qui est vrai pour les juges est également vrai pour les « scientifiques du droit » qui sont du même « parti » théorique. Des savants qui, pour celui qui condamne leur prétendue neutralité dans la qualification de « droit » d'un système normatif lorsque ce système est meurtrier, encourent une responsabilité peut-être plus grande que celle des juges, puisqu'en condamnant un tel système ou au moins en s'abstenant de lui reconnaître la qualité de « droit », ils ne s'exposeraient certainement pas aux mêmes risques qu'eux.

politiques diversement conçues, mais qui toutes sont dotées de pouvoirs caractérisés par leur capacité à imposer leur volonté à leurs membres au besoin par la force. Pour ce faire, ils peuvent disposer de deux catégories d'agents : de police et de justice. Mais seuls les premiers sont indispensables. Le pouvoir politique peut en effet vouloir faire trancher les litiges et les rébellions par les premiers à défaut de pouvoir y pourvoir lui-même directement. Sans que les intéressés aient leur mot à dire. Le règne de l'arbitraire comme l'histoire et l'actualité le démontrent, est toujours une possibilité ; un règne à des degrés divers le plus souvent dissimulé en ayant recours à des juges plus ou moins fantoches. C'est contre une telle situation qu'est née l'idée de Droit, qu'elle s'est imposée à l'esprit des hommes les plus humainement évolués et qu'elle a diffusé, en occident et notamment en France, dans toute la société ; à l'exception, paradoxale pour qui ignore leur formatage intellectuel, des juristes et parmi eux des juges pour qui invoquer et prendre en compte l'arbitraire, c'est par principe se placer sur un terrain — celui de la politique et donc des valeurs — qui ne saurait être professionnellement le sien. Des juges qui, à défaut de reconnaître et d'affirmer avec l'ensemble de la société dont ils sont pourtant issus, l'existence avec le Droit d'une limite à l'arbitraire de la loi, seraient malvenus d'invoquer une limite à ce même arbitraire face à un pouvoir qui, ne voyant en eux que de simples moyens au service de ses fins, entendrait pour améliorer ce service, passer de l'humain au matériel.

Paragraphe 2. Si l'on ne voit pas le rapport majeur du Droit à la nature humaine

229. La préoccupation qui est au cœur de la recherche d'une théorie alternative à la théorie neutraliste qui ignore avec la dimension éthique du Droit ce qui caractérise au plus profond la nature humaine, rejoint en quelque manière celle, très actuelle, des opposants au « transhumanisme » qui lui aussi en menace la pérennité. Ces prophètes venus de Californie, au constat d'une prétendue « *obsolescence de l'homme* »³⁷⁵ tel qu'il est, tel que l'a produit l'évolution avec ses imperfections et ses insuffisances, prêchent pour son remplacement par un nouvel et potentiellement parfait, « homme nouveau », comme l'ont fait avant eux d'autres « prophètes » dans d'autres contextes idéologiques et historiques.³⁷⁶ On peut certes voir dans l'augmentation constante des capacités de traitement des données des ordinateurs, les progrès

³⁷⁵ Pour reprendre le titre évocateur — « *L'obsolescence de l'homme* » —, du livre de G. Anders (Paris, Encyclopédie des nuisances - Ivrea, 2001).

³⁷⁶ On sait que « la figure de l'homme nouveau » [est] omniprésente dans l'imaginaire politique du fascisme » et plus généralement de tous les totalitarismes, qu'il est apparu « comme une métaphore de la régénération de la société (...) le produit d'une opération de restauration, de recréation, autant que de création. », Anne Dulphy, *L'homme nouveau des fascismes*. Revue d'histoire/année 2000/67/pp. 152-153

des nanotechnologies, de l'ingénierie génétique, des sciences cognitives, de l'intelligence artificielle, etc., de formidables moyens et opportunités de réparation et d'amélioration des performances corporelles et intellectuelles humaines. Mais à la condition de ne pas perdre l'homme en route. De ne pas, au prétexte de « l'augmenter », lui ôter ce qu'il a de plus précieux. « La prédiction de la surhumanité aboutissant à la fabrication méthodique de sous-hommes. »³⁷⁷

230. Monique Atlan et Roger-Pol Droit font état d'un « étrange hiatus entre les mutations scientifiques et techniques innombrables de notre époque et la réflexion sur l'humain »³⁷⁸ — et par conséquent sur le Droit — , et notent à propos, par exemple, des manipulations génétiques en cours ou envisagées, que ce qui importe avant tout, ce n'est « pas de vérifier qu'on a bien la capacité matérielle de le faire, mais de dire si — moralement, légitimement — on estime avoir le droit d'effectuer cette manipulation. La réponse est éthique, et non factuelle. Quelle qu'elle soit, elle mobilisera nécessairement une certaine conception de l'humain ». ³⁷⁹ Et ils citent Francis Fukuyama qui, interrogé à Stanford, estime que « la nature humaine existe [et qu'] elle est ce qui définit nos valeurs les plus fondamentales. [Et encore que] Du coup, si apparaît une technique assez puissante pour remodeler ce que nous sommes, on risque effectivement de voir apparaître des conséquences funestes pour la démocratie libérale et pour la nature même de la politique ». ³⁸⁰ De la politique, du droit et de la société dans tous ses aspects. Autrement dit, il se pourrait qu'au final l'homme « augmenté » se retrouve diminué, privé des valeurs dont parle Fukuyama après Camus qui, s'il n'a pas pu s'interroger sur ce que pourrait être le « post-humain », avait été l'un des tout premiers à voir dans la destruction nucléaire d'Hiroshima et Nagasaki une sorte de premier pas sur le chemin d'une possible autodestruction de l'humanité. Dont l'atteinte portée à son essence et, à l'heure de l'anthropocène, à son environnement, pourraient être les deux pas suivants, déjà hélas en cours de franchissement.

231. « Au moment où l'exigence d'une réflexion philosophique sur l'humain paraît s'imposer, les philosophes eux-mêmes, dans leur ensemble, ont déserté ce terrain » ³⁸¹ notent

³⁷⁷ OC/HR, T. III, p. 125.

³⁷⁸ Monique Atlan et Roger-Paul Droit, *Humain, une enquête philosophique sur ces évolutions qui changent nos vies*, Champs/essais, édit. Flammarion, 2014, p. 15.

³⁷⁹ *Ibid.* p. 16-17.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 137.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 17.

encore Monique Atlan et Roger-Paul Droit. Les philosophes après Camus, sans doute ; mais les juristes, à coup sûr, avant comme après lui, alors que le Droit est évidemment l'un des moyens d'enrayer le processus mortifère en question, pourvu qu'il ne soit pas totalement abandonné au politique et qu'il lui soit reconnu une finalité intrinsèque de protection de l'humain. De l'humain qu'il ne s'agit pas de dépasser, mais de découvrir et de développer, dans l'idée que l'homme est bien loin d'avoir exploré et épuisé toutes ses potentialités. Il est totalement déraisonnable de prétendre « augmenter » l'homme avant même de savoir ce dont il est porteur. Il faut une autre conception dans le domaine du Droit en opposition à tout ce qui déshumanise l'homme et d'abord à l'emploi aux lieu et place de juges humains, des moyens électroniques de plus en plus sophistiqués sur lesquels les transhumanistes fondent une bonne partie de leurs espoirs de « perfectionnement » de l'homme et de ses sociétés.

232. Un tel emploi ne relève plus de la science-fiction puisqu'il est déjà effectif en Chine où « le Parti communiste dirige toujours (...) selon des méthodes héritées de Lénine, Staline et Mao Zedong », avec « contrôle des idées, des personnes et des groupes : propagande, censure, certificat de résidence, dossier personnel, prise en charge complète de chacun par son unité de travail », etc.³⁸² Une « Chine nouvelle »³⁸³ qui a fondé sa croissance économique sur le modèle capitaliste occidental, mais avec cette restriction d'importance que « l'État-Parti peut à tout moment, si besoin est, se déplier et frapper toute personne ou toute force sociale considérée comme dangereuse ». Un « État-parti » qui n'est pas sans rapport avec l'État d'*Océania* dont le chef du Parti nommé en novlangue « b.b. » fait l'objet d'un culte de la personnalité obligatoire, comme aujourd'hui Xi Jinping président à vie (surnommé officiellement Dada, c'est-à-dire « tonton »). Avec cette différence que dans *1984* ce chef est une allégorie, alors que les dirigeants chinois successifs ont une existence bien réelle quoi que transfigurée par une propagande de tous les instants. Mais au contraire avec ce point commun entre *Big Brother* et ces dirigeants de chair et d'os, d'une recherche constante d'optimisation par tous les moyens disponibles du contrôle de la société. Dans la fiction de Georges Orwell au moyen des « télécrans » et en Chine, après la *Révolution* culturelle et ses *gardes rouges* sous Mao Zedong,

³⁸² Conférence de Michel Bonnin du 15 janvier 2003 à l'Université de tous les savoirs, *Comment définir le régime politique chinois aujourd'hui ?* 15 janvier 2003.

³⁸³ « Chine nouvelle » pour reprendre le titre donné à l'agence de presse créée par le parti communiste chinois en 1931, qui a fusionné avec de nombreux autres médias en 2017 sur décision du Conseil d'État, et est aujourd'hui rattachée au Conseil des affaires de l'État de la république populaire de Chine. Une agence de presse évidemment aux ordres du pouvoir chinois.

aujourd'hui les non moins nombreux et redoutables « gardes » électroniques à reconnaissance faciale, omniprésents dans la vie des « citoyens ».

233. C'est ainsi, en ce qui concerne le domaine judiciaire, que dans la province de Zibo (Shandong)³⁸⁴, un ordinateur a été mis en place pour rendre les jugements dans un certain nombre de procès afin, explique-t-on le plus sérieusement du monde, de faire face à la pénurie de magistrats et de régler le problème de la disparité des peines constatée entre les tribunaux et ainsi, d'assurer un égal traitement entre les justiciables quel que soit leur statut social.³⁸⁵ En somme, une innovation qui va dans le sens d'une plus grande justice. C'est une société Boya-Yingjle de Pékin qui a créé le « logiciel de sentences » (on parle aussi de « calculette à verdict » qui aurait « émis plus de 1500 peines de prison pour plus de 100 délits allant du vol au meurtre en passant par le viol »).³⁸⁶ En France, on n'en est certes pas là, mais on pourrait citer de nombreux exemples d'initiatives, de réflexions, d'expériences, qui convergent vers des « solutions » qui ne sont pas sans rapport avec celle d'ores et déjà adoptées par l'un des pays les plus peuplés de la Terre.³⁸⁷ Ainsi de la justice dite « prédictive » qui s'inscrit dans le mouvement initié par la loi du 7 octobre 2016 d'ouverture des données jurisprudentielles (« *open data* ») et de création des « nouveaux opérateurs économiques que sont les start-up juridiques, aussi appelées « *legaltech* »³⁸⁸ qui proposent « des logiciels permettant, après analyse des données légales et jurisprudentielles, de déterminer la solution probable d'un litige en fonction des termes employés par les juges et par les parties ». ³⁸⁹ Un de ces logiciels ayant

³⁸⁴ Une expérience d'une durée initialement de deux ans, mais qui est d'ores et déjà étendue à travers l'empire au motif d'une « explosion des affaires pénales et le déficit en magistrats ». *Le vent de la Chine*, n° 29 (du 18 au 24 septembre 2006).

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ Les arguments avancés étant toujours les mêmes. Un ordinateur perfectionné peut assurer une unité et une rapidité optimales des décisions sur l'ensemble du territoire. A moindre coût, réduits à l'amortissement du hardware et du software et au salaire du personnel (qui ne serait plus nécessairement greffier en l'absence de juge) chargé de saisir les données de fait et les mises à jour nécessaires au traitement informatique des affaires. Et si d'aventure une place devait être laissée en matière pénale à l'individualisation de la peine, celle-ci pourrait être réalisée au moyen d'un barème qui tienne compte éventuellement des antécédents, de la situation familiale, professionnelle, etc., des prévenus (la « barémisation » ayant déjà les faveurs du gouvernement actuel). De même l'élément moral de l'infraction pourrait être par exemple traité sur la base des réponses données à un questionnaire relatif à l'intentionnalité des délinquants et à leur santé mentale, avec ou sans le concours de spécialistes. Tout cela n'étant qu'une affaire d'organisation en fonction d'objectifs clairement déterminés, de rationalisation des procédures ou plutôt des « process », de conception de logiciels continuellement adaptables comme tout programme. Ce n'est qu'une affaire de technique, d'ingénieur.

³⁸⁸ Allocution de Monsieur Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, lors du colloque *La justice prédictive* organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le lundi 12 février 2018. Site de la Cour de cassation.

³⁸⁹ *Ibid.*

déjà été testé en lien avec la Chancellerie dans les cours d'appel de Rennes et de Douai. La société qui en est l'auteur, *Prédicite*, se disant « en mesure de prévoir une décision judiciaire, par le traitement algorithmique préalable de l'ensemble de la jurisprudence ». ³⁹⁰

Commentaire. Camus contrairement à Sartre, mais en continuité des grecs, croyait en l'existence d'une nature humaine. Il ne pensait pas que l'existence précède l'essence. Il tenait les deux bouts. Il pensait, raisonnablement au regard des données actuelles de la science, que les hommes n'ont pas en partage que leur condition d'êtres conscients « jetés » dans un univers qui les ignore (la condition humaine absurde) et le fait d'être nécessairement en « situation » (dans le temps et dans l'espace historiques). Il pensait que les hommes ont aussi en partage en tant qu'espèce, un certain nombre d'aptitudes, de besoins et de valeurs, mais qui ne doivent pas être conçus comme de purs et simples déterminismes ou instincts. Qu'il leur faut tout au long de leur existence rechercher, interpréter, développer leur patrimoine commun, prendre conscience de ce que leur solidarité de fait puisqu'ils sont sociaux de part en part et interdépendants, est aussi la valeur matricielle de leur existence, la clef à la fois de leur épanouissement et de leur liberté. Et aujourd'hui de leur survie eu égard aux dégâts considérables causés par sa méconnaissance alors qu'il faudrait au contraire l'étendre à l'ensemble du monde vivant et plus généralement à la planète qui les rend possible. Comment, dans une telle situation, lorsqu'on est juriste et plus encore juge, se maintenir dans une neutralité qui autorise la poursuite et l'aggravation des périls de toutes sortes encourus par l'humanité, parmi lesquels aujourd'hui ceux qui touchent à l'identité même de l'homme, à ce qui est peut-être sa marque la plus distinctive : le questionnement éthique ? Quel autre animal en effet, se pose la question de la valeur des choses, et d'abord de son existence indissociablement individuelle et sociale ? Comment dans ce questionnement éthique fondamental, ne pas faire la place à un questionnement sur le Droit dont la fonction est de régir cette existence ? Comment continuer à détourner la tête ?

Paragraphe 3. Si les juristes tardent trop à se réveiller de leur « sommeil dogmatique »

234. Notre propos ici n'est évidemment pas de dissenter sur les mérites et les dangers comparés d'un tel logiciel, mais seulement de noter avec cet exemple aussi, qu'un mouvement de fond multiforme est engagé dont on ne peut ignorer les menaces qu'il fait peser, directement ou indirectement, sur le devenir humain de la justice. Et que cela rend urgent l'engagement

³⁹⁰ *Ibid.*

d'une réflexion sur le droit et l'office du juge sur de nouvelles bases. Une réflexion qui n'a pas sa place dans la conception dominante de l'un et de l'autre. Il est certes louable d'observer comme le fait Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, que « si la justice prédictive peut répondre à une demande sociale liée à un désir de prévisibilité de la décision de justice et, par la même, à une confiance accrue dans l'institution judiciaire au sens large, elle ignore cependant la dimension humaine souvent irréductible à la froideur de l'équation mathématique »³⁹¹; que « la Justice ne peut être prédictive que par l'analyse de décisions passées offrant la probabilité d'une solution donnée » ou autrement dit, « que, paradoxalement, cette justice du futur est éminemment conservatrice »³⁹²; ou encore qu'il reviendra « toujours au juge de déterminer la portée d'une norme nouvelle, voire de connaître d'une situation atypique ou de constater l'obsolescence d'une jurisprudence bien établie qui ne serait plus conforme à la société qui l'entoure ou contreviendrait à des principes dégagés par des jurisprudences récentes de nos cours européennes. »³⁹³ Mais il va de soi qu'il ne s'agit que de « vœux pieux » et qu'à défaut pour le Juge d'affirmer avec l'autonomie du Droit par rapport à la loi et l'autonomie de son office, c'est-à-dire à défaut qu'il se reconnaisse une légitimité et donc un pouvoir propres, il n'aura aucun titre à s'opposer à un pouvoir politique qui proclamerait son obsolescence et entendrait inverser son rapport à la machine : laquelle de simple outil d'assistance à la décision deviendrait le véritable décideur ; bien entendu dans les conditions définies par le pouvoir. Si, comme on le dit volontiers à propos du réchauffement climatique pour se rassurer, tout n'est pas perdu, les dés sont encore en l'air, il est encore possible de maintenir et si possible d'améliorer l'humanité de la justice, rien ne le garantit.

235. Les juristes français nés après la seconde guerre mondiale, qui n'ont connu professionnellement aucune période de dégradation significative de la démocratie et des libertés puisqu'ils sont entrés dans la carrière après la guerre d'Algérie pendant laquelle de graves atteintes aux droits fondamentaux avaient eu lieu, peuvent penser que, bon an mal an, la justice restera ce qu'elle est et que le haut magistrat précité a raison lorsque, après avoir montré quelques inquiétudes, il s'exclame rassurant : « Mais ne réinventons pas les peurs de l'an mil. »³⁹⁴ Or si la poursuite de l'histoire après l'an mil a démontré que la peur religieuse de l'apocalypse était en effet infondée, elle a fait aussi la preuve d'une succession continue de

³⁹¹ Jean-Claude Marin, *op. cit.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*

catastrophes causées par les hommes en dehors de toute intervention divine. Des catastrophes humaines toujours possibles partout sur la planète, toujours présentes en fait, et toujours plus considérables.³⁹⁵ Des catastrophes dont le droit, qu'il soit national ou international, ne saurait être l'instrument sans se disqualifier en tant que Droit auprès de tous. Dans le monde globalisé d'aujourd'hui, le constat lucide du fait que constitue l'interdépendance à tous égards de tous les États qui, en quelque sorte, redouble celui de l'interdépendance de tous les citoyens au sein de chacun d'eux, devrait conduire les juristes et particulièrement les juges, qu'ils soient nationaux, transnationaux ou internationaux, à une pensée unitaire du Droit. D'un Droit qui, à la fois, entérine cette interdépendance factuelle et l'érige, avec la solidarité, en valeur matricielle et salutaire. Des juges qui ne cèdent pas, avec plus ou moins de complaisance, à l'illusion de permanence que peut créer l'existence au plan local d'une démocratie à peu près stable et respectueuse des libertés fondamentales. Des juges que leur conscience en éveil garde de se satisfaire d'un confort éthique dont le maintien dépend exclusivement de la situation politique intérieure et extérieure. Comme le dit Aragon, « rien n'est jamais acquis à l'homme », et les menaces qui pèsent sur l'avenir de l'humanité en ce premier quart du XXI^e siècle, sont d'une gravité inédite.

236. Parmi ces menaces, il y a celle déjà évoquée d'une rationalisation sans limites de la société, théorisée dès le XIX^e siècle en la forme d'un idéaltype par Max Weber et son concept de « bureaucratie », illustré plus tard notamment par l'URSS. Une rationalisation totalitaire dont la démonstration est faite aujourd'hui qu'elle n'est pas fondamentalement liée au collectivisme, qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre libéralisme politique (et les libertés qui lui sont associées) et libéralisme économique³⁹⁶, que l'économie de marché néo/ultralibérale

³⁹⁵ Une démonstration de la persistance et de l'amplification des désastres du fait du développement des sciences et des techniques, comme on l'a vu au siècle dernier avec l'emploi de l'arme atomique et la perspective qu'il a ouvert d'un effectif Armageddon final, lucidement envisagé par Camus immédiatement après les bombardements d'Hiroshima et de Nagasaki. Ce qu'à défaut de paix, la « guerre froide » (entre l'URSS et les USA, et aujourd'hui de façon plus ou moins visible sous la concurrence économique, entre ces derniers et la Chine principalement) a permis jusqu'à présent d'éviter, non cependant sans que soient entretenus d'incessants conflits meurtriers un peu partout dans le monde en l'absence d'un véritable ordre consacré par un véritable droit international, c'est-à-dire un Droit qui ne soit plus exclusivement fondé sur un rapport de forces.

³⁹⁶ D'autres penseurs tels ceux de l'école de Francfort, ont montré dès les années 30 du siècle précédent qu'avec un capitalisme doté d'une force d'intégration et d'une capacité à briser les résistances dont on n'aperçoit pas les limites, le monde s'acheminait vers ce qu'il avait désigné par un « monde administré », une totalité close, totalitaire, à laquelle le capitalisme aussi bien que le communisme peut conduire. La seule issue selon ces penseurs, si on élimine la religion, se trouve notamment dans la réactivation de la métaphysique et de l'éthique dans le champ de forces que constitue la société. L'école de Francfort (l'Institut pour la recherche sociale), née en 1923 sous la République de Weimar, fermée en 1933 par les nazis, exilée aux Etats-Unis, puis revenue à Francfort en 1950, a développé une théorie critique contre le positivisme et le marxisme dogmatique. Le lien entre les deux libéralismes,

mondialisée avec pour objectif une croissance indéfinie peut très bien s'accommoder d'un régime communiste. Lequel peut déclarer *ubi et orbi* que les Droits de l'homme, les libertés publiques et la démocratie ne sont rien d'autre qu'un héritage civilisationnel parmi d'autres auquel rien oblige à adhérer et auquel il est toujours possible de renoncer. Une configuration dans laquelle tous les acteurs, y compris économiques et bien entendu en bonne place les Juges (ou les machines qui les remplacent), sont totalement dépendants d'un pouvoir politique centralisé et autoritaire. De plus en plus centralisé et autoritaire : la centralisation des pouvoirs commande en effet sa rationalisation et inversement selon une boucle récursive. Sans que l'on puisse assigner *a priori* de fin au processus.

237. Ce processus, *mutatis mutandis*, n'est pas étranger à l'évolution de la situation politique française où l'on assiste à une concentration toujours plus grande des pouvoirs entre les mains d'un seul homme : un président de la République qui, s'il dispose d'une majorité à l'Assemblée nationale, ce qui est le cas quasi-automatiquement avec l'élection des députés dans la foulée de sa propre élection, réunit entre ses mains en droit comme en fait, directement ou indirectement, l'essentiel pour ne pas dire la totalité des pouvoirs législatif et exécutif. Ce qui s'accompagne d'une rationalisation toujours plus grande de tous les secteurs de la société au nom d'impératifs économiques présentés comme quasi-catégoriques (croissance, chômage, compétitivité, réduction de la dette, balance des paiements, etc.) ; en l'absence d'une opposition rassemblée, audible, reconnue, respectée, en capacité de proposer une alternative convaincante. Une concentration/rationalisation en France, non comme c'est le cas avec l'exemple Chinois sous l'impulsion exclusive du pouvoir politique, mais d'un pouvoir politique qui dissimule au moins en partie la présence active directe ou indirecte et au moins idéologique, de ceux qui détiennent le pouvoir économique.

238. Le droit et la justice (la justice qui n'a jamais constitué un troisième pouvoir) dans cette configuration, ne sont que des moyens au service des fins politico-économiques du pouvoir auxquelles les juges sont « priés » de s'adapter. Ce qu'ils font d'ailleurs volontiers

politique et économique, était par contre fait par Benjamin Constant dans sa célèbre conférence intitulée « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes » prononcée en 1819 à l'Athénée royal de Paris, où il expliquait que « le but des modernes est la sécurité dans les jouissances privées » et non plus « le partage du pouvoir social entre tous les citoyens », que « le commerce remplace la guerre », qu'il « donne à la propriété une qualité nouvelle, la circulation » qui « met un obstacle invisible et invincible » à l'action dudit pouvoir sous-entendu politique et, parce que ses effets « s'étendent encore plus loin (...) » « non seulement (...) affranchit les individus, mais en créant le crédit, (...) rend l'autorité dépendante » ; l'argent étant finalement selon lui le « frein le plus puissant » du despotisme. Benjamin Constant, *Écrits politiques*, Gallimard, coll. Folio, 1997, p. 593-595.

comme on le voit lorsque la Cour de cassation par le truchement de ses plus hauts représentants, déclare devoir s'ouvrir sur le « monde économique » et se « fait la zélée propagandiste » de « la doctrine *Law and Economics* », qui consiste à rapporter toute règle à un calcul d'utilité, qui serait à la fois la source et la mesure de sa légitimité ». ³⁹⁷ Une tendance encouragée, impulsée, en Europe par une commission derrière laquelle se dissimulent volontiers hypocritement les décideurs initiaux des États membres, qui pousse à toujours plus de privatisations plus ou moins franches et complètes dans tous les domaines. Déjà la loi du 22 juin 1987 a rendu possible la construction de prisons à gestion déléguée inspirée par la privatisation des prisons américaines, malgré les critiques légitimes dont elle a fait l'objet. Et la construction des hôpitaux, des palais de justice et autres édifices publics fait de plus en plus souvent l'objet de « partenariats public/privés », malgré le fait que leur coût final pour le contribuable s'avère supérieur à ce qu'il aurait été si la collectivité publique avait elle-même assuré leur réalisation. ³⁹⁸

239. Il y a en droite ligne d'une telle conception, le risque d'une prise en charge de plus en plus grande des services publics par des opérateurs privés, des « entrepreneurs de souveraineté » en lesquels certains voient de « nouveaux corsaires », ces pirates qui au XVII^e siècle couraient les mers pour leur compte et celui du roi des. Un risque avéré puisqu'il existe d'ores et déjà de véritables polices, armées et diplomaties privées dont, par hypothèse, les États ne peuvent avoir une maîtrise équivalente à celle qu'ils ont sur les services publics correspondants. ³⁹⁹ Un abandon au moins partiel au profit d'officines privées, des fonctions

³⁹⁷ « Cette haute juridiction, dont on pensait qu'elle avait pour fonction de juger, et non de soutenir et répandre des doctrines, a organisé en 2004 (en partenariat avec la chaire « Régulation » de l'Institut d'études politiques de Paris) un cycle de conférences au titre des plus explicites : « Pertinence et intérêt de l'analyse économique pour le droit, pour l'économie, pour la justice ». Et son premier président d'expliquer dans la presse : « Il faut que les juges de cassation soient capables d'intégrer l'analyse économique dans le raisonnement juridique » (G. Canivet, « *La Cour de cassation doit parvenir à une analyse économique « pertinente »*, Les Échos, 1^{er} mars 2004). Alain Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. Du Seuil, 2005, p. 26.

³⁹⁸ Ainsi pour le nouveau palais de justice de Paris, alors que plusieurs rapports remis à la Chancellerie avaient établi que la Cité judiciaire pour laquelle un loyer annuel de 90 millions d'euros sera versé au groupe Bouygues jusqu'en 2043, était une mauvaise affaire pour l'État.

³⁹⁹ Les SMP (Sociétés Militaires Privées), EMSP (Entreprises Militaires et de Sécurité Privées) ou ESSD (Entreprises de Services de Sécurité et de Défense, qui est la dénomination française officielle) en anglais PMC (Private Military Company), qui offrent leurs services à des gouvernements contre rétribution, connaissent un remarquable essor depuis les années 1990 à la faveur notamment des guerres en Irak et en Afghanistan, et d'une logique néolibérale conséquente anglo-saxonne. La loi réprime en France le mercenariat, mais les sociétés militaires privées n'entrent pas dans ce cadre, et le secteur y compterait aujourd'hui une centaine de sociétés. De même et de façon plus visible, on y compte aussi de multiples « polices privées ». C'est ainsi, écrivent Alain Bauer et André-Michel Ventre que si « Jusqu'à la loi du 21 janvier 1995 (loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, dite lops), il était possible d'affirmer hautement, même si l'histoire et la réalité étaient sensiblement différentes, que seul l'État disposait de réels pouvoirs de police. La lops a fixé un tout autre cadre, déjà amorcé en 1990 lors de la promulgation de la loi d'orientation sur les transports. La loi de novembre 2001 sur la sécurité quotidienne a encore renforcé ce retrait de l'État en autorisant même, dans certaines conditions, les fouilles

régaliennes et notamment de celles qui ont trait au « monopole de la violence légitime, opéré sous différents prétextes, souvent d'efficacité et d'économies, mais en réalité pour des raisons essentiellement idéologiques, qui peut bien entendu tout aussi bien concerner l'appareil judiciaire. ⁴⁰⁰ Il en va ainsi avec la dernière réforme de la justice issue de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 qui incite à développer le règlement amiable extra-judiciaire et en ligne des petits litiges (pour le moment) tels par exemple que les conflits de voisinage, et prévoit à cette fin de créer un système de certification des sites qui proposent ce type de procédure via l'intervention de médiateurs, conciliateurs et autres arbitres. Sans en tout état de cause les garanties traditionnelles de compétence, de sérieux et d'impartialité d'une justice rendue par des juges publics avec le concours de professionnels appartenant à des professions réglementées. Alors qu'aucune preuve sérieuse n'a jamais été apportée d'un meilleur service rendu à la population par le secteur privé dans des domaines où les bénéfices attendus ne sont généralement, ni directement quantifiables, ni sensibles à court terme. ⁴⁰¹

240. Il n'est même plus exclu que l'Etat puisse se voir contraint dans sa fonction normative par des entreprises multinationales comme on le voit avec les traités conclus ou en

corporelles par des agents de sécurité privée. L'État régalien est devenu un État régulateur. Les contrats locaux de sécurité (cls), impulsés par le Colloque de Villepinte fin 1997, puis la mise en place des Conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance (clspd), en juillet 2002, ont confirmé cette orientation en intégrant les services de sécurité privée parmi les partenaires susceptibles de contribuer aux politiques publiques de sécurité. » Cairn info. Les polices en France, 2010, Pages 99 à 115.

⁴⁰⁰ La question de l'abandon par l'État de ses fonctions régaliennes, du fait même de cet abandon, de son ampleur, de ses avantages et de ses inconvénients est discutée. On peut parmi les études sur le sujet citer celles répertoriées sur le catalogue général de la BNF : *Vers une inexorable privatisation de la justice ? Contribution à une étude critique de l'une des missions régaliennes de l'État* / Y. Benhamou [in] Recueil Dalloz, 2003 (p. 2771) : <http://credo-multimedia.com> (2015-03-23) . - USA : *la privatisation de la justice a commencé*, 2014-03-17 : <http://www.rtbf.be> (2015-03-23) . - *Vers une généralisation de la privatisation de la justice sur Internet* / G. de Martino [in] Légipresse, 2014, 318 : <http://www.legipresse.com> (2015-03-23) . - *Civil justice, privatization, and democracy* / T. C. W. Farrow, 2014.

⁴⁰¹ Cela peut bien entendu se discuter, mais on peut néanmoins observer que dans certains domaines d'intérêt général évident où l'on peut depuis longtemps établir des comparaisons entre une gestion privée et une gestion publique, la balance penche favorablement du côté de la seconde. Ainsi en ce qui concerne la santé entre le système de sécurité sociale français et le système principalement privé aux États-Unis. De nombreuses études le démontrent, dont un mémoire de 2012 d'Économie et gestion soutenu par Thomas Souaidet à l'Université du Sud – Toulon-Var en 2012 (publié sur le site WikiMémoires) intitulé *La réforme du système de santé américain*, fait une synthèse intéressante. On peut y lire par exemple que « les américains dépensent de plus en plus en matière de santé mais [que] cependant ils vivent moins longtemps et [que] leur santé est de plus en plus mise en danger, ce qui [démontre déjà l'] inefficacité de leur système de santé (...) le plus cher au monde » alors qu'« une grande partie de la population (...) est sans assurance. ». La pandémie de Coronavirus a montré les défaillances graves du système aux États-Unis, mais aussi en France la nécessité de préserver un puissant service public hospitalier. La santé n'est pas la justice, mais les enjeux humains pour l'une comme pour l'autre sont tels, que leur prise en charge doit demeurer une affaire commune.

cours de négociation, tel celui qui défraie la chronique entre l'Union Européenne et les Etats-Unis « TAFTA »⁴⁰², qui prévoit la possibilité pour des entreprises qui s'estiment lésées par les normes prises par les États, notamment dans les domaines de la santé, de l'environnement ou des conditions de travail, de les faire condamner à d'importants dommages et intérêts au motif qu'elles portent atteinte au libre-échange et à la concurrence équitable. Un « mécanisme de règlement des différends investisseurs-Etats » (surnommé ISDS pour *investor-state dispute settlement*) permet donc de mettre sur un pied d'égalité les États et les puissances financières privées, de contourner l'ordre judiciaire normal et de recourir à une justice privée composée de juristes privés. L'abandon continu par l'État de sa souveraineté sans qu'elle soit transférée, reprise et assumée par une autre instance politique, au périmètre plus étendu mais exerçant sur ce périmètre une totale souveraineté, telle qu'un État fédéral — ainsi de l'Union Européenne qui est un vaste marché sans être une véritable entité politique⁴⁰³ —, fait peser une lourde menace sur le maintien d'une justice indépendante des intérêts privés et constitue un obstacle à l'avènement d'un Juge et d'un Droit véritablement autonomes ; et partant, d'un véritable État de Droit.

Commentaire. Si les juristes persévèrent dans une conception ignorante de la dimension éthique propre à la normativité humaine, rien ne saurait s'opposer à la disparition d'une justice publique un tant soit peu indépendante du pouvoir et des intérêts privés, et pourquoi pas de fil en aiguille, de l'ensemble des professionnels du droit qui lui correspondent. À la question « a-t-on encore besoin des juristes », l'un des cofondateurs de la société Alinéa by Luxia qui se consacre à la modélisation du droit et dispose du plus grand « entrepôt » de données d'Europe, répondait en 2018 : « Nous avons constitué un set d'apprentissage avec des relations toutes faites permettant à l'algorithme d'apprendre. Plus nous allons le faire et plus l'intelligence artificielle va faire des relations elle-même. Le juriste intervient pour valider l'existence de tel

⁴⁰² Le traité commercial bilatéral de libre -change entre l'Union Européenne et le Canada « CETA », en cours d'application provisoire depuis 2017 a été quant à lui ratifié par l'Assemblée nationale le 23 juillet 2019, mais non par le Sénat, et la Convention citoyenne sur le climat a demandé au gouvernement d'y renoncer tant que les objectifs de l'Accord de Paris sur le climat n'y seraient pas intégrés.

⁴⁰³ Où ce que l'on peut dire en général à cet égard vaut en particulier pour elle particulièrement perméable au lobbying : « Les opérateurs économiques sont devenus des acteurs à part entière, notamment au sein des organisations internationales formées par les États, qui les reconnaissent comme partenaires », où « Les multinationales ont la capacité d'exercer une influence sur l'élaboration des normes internationales » : 6^{ème} conférence du Cycle de conférences du Conseil d'État 2013-2015, du 14 mai 2014, sur le thème Où va l'État ? p. 4. Site du Conseil d'État, *Colloques, séminaires et conférences*, Conseil d'Etat.fr.

ou tel concept mais on aura de moins en moins besoin de lui ». ⁴⁰⁴ N'est-il pas clair que ce n'est pas sur le terrain strictement technique que se situe l'avenir spécifique des juristes, mais sur le terrain de l'humain ou autrement dit de l'éthique du Droit ? Que la machine soit de plus en plus capable de proposer des solutions au-delà de ce qui lui a été initialement fourni, ne fait aucun doute. Mais aucune solution délivrée par la machine, aussi parfaite soit elle techniquement, ne saurait s'imposer au Juge qui Dit le Droit et non, seulement, la loi et sa jurisprudence. Un Juge qui pourra toujours considérer que du point de vue de l'éthique du Droit qu'il lui appartient en propre de définir, d'interpréter et de garantir, la solution de la machine n'est pas ou n'est plus adéquate au cas qui lui est soumis dans le contexte où il lui est soumis. Que l'affaire dont il est saisi présente, dans le contexte social actuel, un aspect qui n'a pas été pris en compte ou qui l'a été insuffisamment jusqu'à présent, par la machine. En tout cas que cela justifie une rupture qui dépasse ses possibilités d'anticipation et même éventuellement contredit les évolutions qu'elle est capable d'anticiper logiquement en fonction de choix initiaux nécessairement datés, puisqu'ils sont ceux d'hommes et non d'un dieu omniscient capable de connaître un avenir déjà écrit. À moins bien entendu de croire que l'informaticien puisse prendre la place de Dieu.

Conclusion du chapitre

241. Le premier titre de cette première partie a été consacré au grattage de la dorure dont sont revêtus le droit et l'institution qui lui est dédiée. Celle en fait du pouvoir politique qui, en France, s'exerce dans une certaine continuité monarchique sous les « ors de la République ». Un pouvoir dont l'institution judiciaire tire tout son illusoire prestige et toute son illusoire légitimité, faute de reconnaissance au droit par les juristes en général et les juges en particulier, de son autonomie et avec elle, de l'autonomie de l'office du Juge. Un défaut de reconnaissance qui, à la limite, mais cela n'en est pas moins essentiel, conduit à la réduction du Droit à un simple moyen à toutes fins de n'importe quel homme ou groupe dominant de n'importe quel ensemble humain (que cet ensemble humain soit ou non qualifié d'État) en capacité d'imposer sa volonté par la force à ses membres, puisque c'est là, au final, son unique critère. Une réalité le plus souvent ignorée en démocratie et par temps calme où l'application de la loi (simple autre nom du droit) ne soulève aucune difficulté éthique majeure. Où rien n'incite à s'interroger sur ce qu'est le droit, alors qu'il est omniprésent, familier et défini une

⁴⁰⁴ Village de la justice, Site internet spécialisé des métiers du droit, article en ligne du 6 mars 2018, *Rencontre avec les acteurs de la transformation digitale*.

fois pour toutes par sa sanction. Laquelle, toujours à la limite, peut tout aussi bien frapper l'innocent que le méchant, au nom de la loi.

242. Un critère plus théorique que pratique dans l'immense majorité des cas où le respect de la loi est spontané, habituel, intégré dans la vie sociale. Mais un critère qui, lorsque la démocratie libérale (au plan politique et des libertés) vire à la « démocrature » voire à la dictature, apparaît rapidement indéfendable à tout homme doté d'un minimum de conscience morale active, en ce qu'il justifie l'application la plus concrète de la loi la plus évidemment arbitraire. *Penser le Droit avec Camus*, c'est penser que la révolte que suscite normalement une telle situation, doit être le point de départ de toute réflexion sur le Droit.⁴⁰⁵ Une révolte capable, pour employer des formules kantienne, de réveiller les juristes de « leur sommeil dogmatique » et de les inciter à faire leur « révolution copernicienne ». De la même façon qu'il a fallu sortir du géocentrisme pour accéder à une véritable connaissance du cosmos, il s'agit pour eux (toutes proportions gardées mais les enjeux humains ne sont peut-être pas moindres), pour accéder à une véritable connaissance du Droit, de sortir du dogme neutraliste et d'une conception qui place la loi et elle seule, au centre du système.

243. Cette (r)évolution est non seulement souhaitable, mais nécessaire et urgente. Il est certain que ce qui se profile à l'horizon — un horizon qui, à l'instar de la forêt de Birnam dans Macbeth, a tendance à se rapprocher dangereusement —, c'est, grâce aux progrès constants de la technique, la réalisation du rêve de bien des politiques d'une maîtrise complète de la société, d'une réduction de l'office du juge à la fonction de « bouche de la loi ». De la loi et non du Droit. Un juge de moins en moins humain et de plus en plus artificiel, jusqu'à résorption complète de l'humain dans l'artificiel, ou autrement dit le remplacement achevé du juge-homme par un juge-robot conçu et « alimenté » dans l'intérêt du pouvoir. Pour se convaincre de la nécessité et de l'urgence de penser autrement le droit — de penser enfin le Droit —, on peut regarder devant soi, mais on peut aussi se retourner et tirer des terribles exemples d'injustices du passé une preuve de cette nécessité et de cette urgence. On peut à cet égard mener avec Camus, dont le premier essai philosophique majeur est sous-titré *Essai sur*

⁴⁰⁵ Camus « a pensé l'homme, de manière indépendante mais pas neutre — la neutralité défendant, selon lui, à la fois le juste et l'injuste — alors même qu'il s'est toujours opposé à l'autorité qui opprime, quelle qu'elle soit, et qu'il méprise, de toutes ses forces, le despotisme » en toutes ses manifestations : João da Costa Domingues, *Camus et sa politique du réel : une pensée pour l'Algérie*, Carnets {Online}, Deuxième série – 4/2015. Online since 30 May 2015, connection on 13 May 2019. URL : <http://journals.openedition.org/carnets/1503> ; DOI : 10.4000/carnets.1503.

l'absurde, précisément, un raisonnement par l'absurde. Celui qui est en quelque sorte sous-jacent aux développements précédents.

244. Un raisonnement qui consiste en l'occurrence, très simplement, à démontrer la nécessité de poser une limite éthique à la loi, par l'impossibilité d'admettre le contraire ; c'est-à-dire qu'une loi puisse autoriser ou commander l'inhumanité et qu'un juge puisse appliquer une telle loi. Un raisonnement qui bien entendu ne tient que si l'on reconnaît préalablement une égale valeur, une égale dignité — une égale humanité —, à tous les membres de l'espèce humaine. Car il va de soi que pour le nihiliste ou le cynique, celui qui estime que tout est permis, le fanatique, le raciste, et plus généralement pour tous ceux qui dénie l'existence d'une communauté humaine, les pires traitements infligés à des hommes (dont ils pourraient à l'occasion être les auteurs) avec lesquels ils n'ont rien d'autre en partage que d'appartenir à la même espèce biologique (si tant est même qu'ils l'admettent), ne sauraient les affecter. Un raisonnement qui conduit au rejet du principe de la neutralité du droit, mais qui ne peut donc pas être limité à ce rejet, qui nécessite aussi d'ancrer l'exigence éthique attachée à la notion de Droit, dans une conception de l'existence aussi topique que possible.

Titre 2. La nécessité de la dimension éthique du Droit

« Le droit et la loi, telles sont les deux forces : de leur accord naît l'ordre, de leur antagonisme naissent les catastrophes. »
Victor Hugo.

245. C'est dans l'impossibilité humaine de reconnaître quelque légitimité que ce soit à des normes qui bafouent la justice la plus élémentaire, qu'il faut rechercher le fondement ultime du Droit en tant que système normatif proprement humain. Une impossibilité qui est ressentie avant que d'être pensée. Avec Camus l'idée n'est pas première. S'il y a une métaphysique de l'absurde, il y d'abord le sentiment de l'absurde éprouvé par tout l'être devant « le silence déraisonnable du monde ». Il y a la notion de justice, mais c'est dans l'émotion provoquée par l'injustice, que la justice puise sa vérité. Et il en va de même avec le Droit : c'est à l'épreuve de l'injustice de la loi que l'exigence de sa distinction d'avec la loi apparaît dans toute son impérativité. Penser le Droit avec Camus, c'est faire le choix d'ancrer la réflexion sur sa dimension éthique dans l'expérience concrète plutôt que de la placer d'emblée sur le terrain des idées avec les inévitables querelles que sa définition ne peut manquer de susciter. « Peu de notions, observe à cet égard Denis Salas, sont aussi contradictoires et polysémiques que celle

de justice. Peu sont autant élevées à la hauteur d'un véritable mythe ». ⁴⁰⁶ Sans doute, mais parce qu'on s'est éloigné de sa source vive, que l'on a cessé d'être révolté jusqu'au plus profond de soi par l'injustice, parce que l'on s'est égoïstement fermé aux autres, parce que l'on est dans une situation d'asservissement total, politique et/ou économique, parce que l'on s'est emmuré dans la routine, ou parce que l'idéologie religieuse et/ou politique nous a aveuglé.

246. Hormis de telles situations, qui ne sont peut-être jamais irréversibles — la révolte est sans nul doute une source vive de résilience —, la révolte contre l'injustice demeure la seule boussole qui vaille pour maintenir un cap humain à notre action. Une révolte qui, si elle a été éprouvée et réfléchie en profondeur, est indéfiniment renouvelable et le seul antidote efficace contre l'indifférence, le cynisme et le nihilisme. La seule qui nous permette de dépasser nos intérêts immédiats et de vaincre nos résistances superficielles à la compassion et à la solidarité, la seule capable de maintenir en éveil à la fois notre sensibilité et notre raison. Cette révolte que Camus décrit comme un chemin qui va de l'expérience solitaire de l'absurdité de la condition au dévoilement du sens commun de l'existence humaine (« Je me révolte, donc nous sommes ») est pour le juriste qui s'en inspire, au principe du dévoilement de l'éthique du Droit en tant que système régulateur de cette existence dans sa dimension sociale. Une éthique du Droit dont l'ancrage est existentiel (chapitre 1). Une éthique dont aucun homme digne de ce nom, fût-il juriste, ne peut nier la nécessité de l'intégration dans la conception d'un Droit lui-même digne de ce nom, devant l'insoutenable tolérance à l'inhumanité dont ont fait preuve et peuvent toujours faire preuve dans de semblables circonstances politiques humainement désastreuses, les juges (et les fonctionnaires dits d'autorité) neutralistes (chapitre 2).

Chapitre 1. L'ancrage existentiel de l'éthique du Droit

247. Dans son livre *Spinoza avait raison, joie et tristesse, le cerveau des émotions*, Antonio R. Damasio montre que les émotions sont « le fondement même de la survie et de la culture humaines » ⁴⁰⁷ — et par conséquent du Droit qui est sans nul doute possible un élément

⁴⁰⁶ DAC, p. 461.

⁴⁰⁷ Antonio R. Damasio, professeur et directeur du département de neurobiologie de l'Université de l'Iowa. *Spinoza avait raison, joie et tristesse, le cerveau des émotions*. Edit. Odile Jacob, 2003, p. 9. Il y affirme que « Les sentiments de douleur ou de plaisir, ou toute autre qualité se trouvant entre eux, forment le soubassement de notre esprit. Bien souvent, nous ne remarquons même pas cette réalité élémentaire parce que les images mentales des objets et des événements qui nous entourent, ainsi que les images associées aux mots et aux phrases qui les décrivent, absorbent une grande partie de notre attention surchargée ». (*Ibid*).

essentiel de l'une comme de l'autre —, en l'absence de solution de continuité de l'émotion qui est première (ainsi de l'émotion éprouvée devant l'injustice), au sentiment (ainsi du sentiment de révolte que provoque cette émotion), et du sentiment à l'idée (la réflexion que suscite ce sentiment), dans une perspective résolument moniste, en opposition au dualisme ontologique cartésien qui fait du corps et de l'esprit deux substances distinctes. Une conception moniste scientifique inspirée du philosophe de La Haye qui rejoint celle de Camus, car si « le spinozisme est tout entier une réhabilitation du corps »⁴⁰⁸, « Tout lecteur de Camus sait l'importance du corps et des sensations dans ses textes littéraires »⁴⁰⁹, à tel point que l'on peut considérer qu'il est « au centre de la réflexion existentialiste (...) [qui] veut dépasser l'opposition entre idéalisme et matérialisme en partant du corps comme incarnation de la conscience dans le monde. Le corps n'est pas ce que j'ai, mais ce que je suis »⁴¹⁰, c'est-à-dire à la fois ce que je ressens et ce que je pense.⁴¹¹

248. Pour qui pense le Droit avec Camus, le Droit n'est pas l'objet pur d'une pensée pure, un objet étranger au corps en tant qu'étranger à la sensibilité, un objet de pure spéculation coupé de ses tenants et aboutissants concrets, un objet dissocié des expériences fondatrices qui jalonnent le chemin existentiel évoqué plus haut. Bien au contraire ce chemin est son point d'appui à la fois empirique puisque vécu, et métaphysique puisqu'il débouche sur une conception du sens de l'existence humaine dont se déduit, sous l'angle de sa dimension sociale, l'éthique du Droit. C'est la conception en réalité modeste d'un homme (avant que d'être un juriste) qui s'en tient à ce qui lui est accessible : « Je ne sais pas, écrit-il, si ce monde a un sens qui le dépasse. Mais je sais que je ne connais pas ce sens et qu'il m'est impossible pour le moment de le connaître. Que signifie pour moi une signification hors de ma condition ? Je ne

⁴⁰⁸ Robert Misrahi, *100 mots sur l'Éthique de Spinoza*, édit. Les Empêcheurs de penser en rond/Le Seuil, 2005, p. 110. Il n'est bien entendu pas question de prétendre que la pensée de Camus est inspirée de celle de Spinoza, qu'il ne semble pas avoir lu avec beaucoup d'attention, mais seulement que de fait leurs pensées ont un ancrage commun qui est celui de la Nature.

⁴⁰⁹ Il suffit pour s'en convaincre de lire et relire le poème en prose *Noces à Tipasa* écrit à l'âge de 25 ans et publié pour la première fois en 1939. Par exemple : « Tout à l'heure, quand je me jetterai dans les absinthes pour me faire entrer leur parfum dans le corps, j'aurai conscience, contre tous les préjugés, d'accomplir une vérité qui est celle du soleil et sera aussi celle de ma mort. Dans un sens, c'est bien ma vie que je joue ici, une vie à goût de pierre chaude, pleine des soupirs de la mer et des cigales qui commencent à chanter maintenant. La brise est fraîche et le ciel bleu. J'aime cette vie avec abandon et veux en parler avec liberté : elle me donne l'orgueil de ma condition d'homme ». OC/NT, T. I, p. 108.

⁴¹⁰ DAC, p. 180.

⁴¹¹ En termes spinozistes : « les affections du corps par lesquelles sa puissance d'agir est accrue ou réduite, secondée ou réprimée, et en même temps que ces affections, leurs idées. », Spinoza, *l'Éthique*, III, Déf. III.

puis comprendre qu'en termes humains. Ce que je touche, ce qui me résiste, voilà ce que je comprends. Et ces deux certitudes, mon appétit d'absolu et d'unité et l'irréductibilité de ce monde à un principe rationnel et raisonnable, je sais encore que je ne puis les réconcilier. Quelle autre vérité puis-je reconnaître sans mentir, sans faire intervenir un espoir que je n'ai pas et qui ne signifie rien dans les limites de ma condition ? »⁴¹² C'est la conception modeste d'un homme qui a compris que son salut, c'est-à-dire en l'absence de tout « arrière-monde » la possibilité de faire que sa vie ait un sens positif et même qu'elle puisse être heureuse, dépendait de son rapport aux autres, de sa capacité à dépasser le stade stérile de sa révolte contre la chimérique injustice d'un univers en fait totalement indifférent à sa présence, de convertir cette révolte solitaire en une révolte solidaire : une révolte contre l'injustice faite à l'homme par l'homme qui est la seule véritable injustice, la seule contre laquelle l'homme peut lutter utilement.

249. Pour le juriste qui s'inscrit dans cette démarche ou celui qui la rejoint éventuellement par un autre chemin, il s'agit, d'abord, raisonnablement (dès lors que l'on a fait sienne une telle démarche) de rejeter un relativisme éthique sur lequel est fondé le neutralisme positiviste, qui laisse le champ libre à toutes les formes légales d'inhumanité (section 1). Ensuite, logiquement après le rejet du relativisme éthique, d'assigner une limite éthique ou autrement dit humaine à l'application de la loi (section 2).⁴¹³

Section 1. Le rejet raisonnable du désastreux relativisme éthique

250. Camus croit à l'existence d'une nature humaine, une nature commune dans laquelle l'éthique occupe une place essentielle. Non pas une éthique comme une girouette dont l'orientation dépend des caprices du vent, mais une éthique dont l'orientation est une affaire d'éveil à la question du sens de l'existence humaine (§1). Un éveil à une éthique commune ou autrement dit une éthique de la solidarité en opposition totale à ce que l'on peut désigner par la « moralité du mal », c'est-à-dire l'élévation par des hommes au rang de valeurs, de motifs et de fins préjudiciables à d'autres hommes (§2). Un éveil à l'éthique positive de la solidarité et un rejet des valeurs qui la nient, qui sont indissociablement ceux de l'homme selon Camus et du juriste qui s'en inspire. Un homme et le juriste qui lui correspond, qui croient en la possibilité

⁴¹² OC/MS, T. I, p. 254.

⁴¹³ Éthique ou autrement dit humaine, car l'éthique est une caractéristique spécifiquement humaine. Les êtres vivants qui peuplent la terre sont plus ou moins doués d'intelligence (au sens le plus large), mais aucun à part l'homme ne porte un jugement sur la valeur de son existence.

de « donner ses chances à la justice » (§3). Un éveil, une opposition et une conviction qui sont comme trois conditions préalables à la conception d'une normativité proprement humaine.

Paragraphe 1. La condition d'un éveil à la question du sens de l'existence humaine

251. Il va de soi que, dans la vie, l'expérience de l'absurdité de la condition si elle se produit, ne précède pas nécessairement celle de l'injustice humaine. Il est même certain que l'ordre est inverse. La première suppose une certaine maturité alors que la confrontation aux vilénies de ses semblables est souvent précoce. Mais si les émotions précèdent la pensée, c'est la pensée qui les ordonne et c'est avec la réflexion sur l'injustice de la condition que se fait le rapprochement avec l'injustice humaine. Il va de soi également que la réflexion sur l'injustice humaine peut aboutir à un même rejet en empruntant d'autres chemins. Mais pour qui estime que le Droit conçu par l'homme pour l'homme ne peut puiser son sens ailleurs que dans celui trouvé à son existence, le chemin de Camus présente un double avantage. Celui de commencer, précisément, par la recherche de ce sens au niveau le plus radical possible, celui de sa possibilité même. Puis celle-ci étant avérée, le suicide étant écarté, la possibilité « [d'] imaginer Sisyphe heureux » étant acquise, de se poursuivre par une interrogation tout aussi radicale sur la portée de la révolte à l'origine du questionnement existentiel. Une révolte qui ne peut plus raisonnablement être dirigée vers un ciel définitivement silencieux, dépourvu de tout arrière-monde⁴¹⁴, indifférent.⁴¹⁵ Une révolte qui par contre peut, sans s'éteindre, se tourner utilement vers la seule injustice possible et effective : celle que fait subir l'homme à l'homme dans l'ignorance ou dans l'oubli de ce qui seul, non seulement peut le sauver des sables mouvants de la déréliction, mais donner toute sa valeur, tout son sens, à son existence : la solidarité. La solidarité qui est grosse de toutes les valeurs qui abondent ce sens, parmi lesquelles la liberté que le Droit a pour fonction de réguler, de garantir, de préserver et au mieux de développer.

252. Encore faut-il que l'homme s'éveille à la question du sens de son existence en tant qu'individu et au sein de la société à laquelle il appartient, et si sa conscience est

⁴¹⁴ Camus contrairement à Chestov et Kierkegaard par exemple, refuse ce qu'il qualifie de « suicide philosophique » ou de « saut ». Une opération qui consiste à « décrire l'impuissance de la raison à expliquer et trouver dans l'échec de l'explication rationnelle la justification de la foi dans ce qui est irrationnel. » Ce qui revient à dire : « je crois parce que c'est absurde ». Un « type d'affirmation [qui] est évidemment paradoxal et s'oppose à ce que la logique, le bon sens et l'expérience préparent à accepter ». DAC, p. 7.

⁴¹⁵ Une indifférence dont Meursault, à la toute fin de *L'Étranger*, devant la guillotine, donne une expression saisissante : « Comme si cette grande colère m'avait purgé du mal, vidé d'espoir, devant cette nuit chargée de signes et d'étoiles, je m'ouvrais pour la première fois à la tendre indifférence du monde. » OC/ET, T. I, p. 213.

suffisamment ouverte, au sein de la communauté humaine universelle. Une interrogation qui, s'il est juriste et s'il est demeuré curieux, ne peut exclure le Droit. Selon Camus, l'éveil à l'évidence du « nous sommes »⁴¹⁶ peut survenir à tout moment, il n'est pas nécessairement provoqué par un évènement exceptionnel. Bien au contraire, « Toutes les grandes actions, toutes les grandes pensées ont un commencement dérisoire ». Ainsi « il arrive que les décors s'écroulent. Lever, tramway, quatre heures de bureau ou d'usine, repas, tramway, quatre heures de travail, repas, sommeil et lundi mardi mercredi jeudi vendredi et samedi le même rythme, cette route se suit aisément la plupart du temps. Un jour seulement le « pourquoi » s'élève et tout commence dans cette lassitude teintée d'étonnement. « Commence », ceci est important. La lassitude est à la fin des actes d'une vie machinale, mais elle inaugure en même temps le mouvement de la conscience. Elle l'éveille et elle provoque la suite. La suite, c'est le retour inconscient dans la chaîne, ou c'est l'éveil définitif ».⁴¹⁷ Transposé dans l'univers du droit, le décor susceptible ou non de s'écrouler, c'est celui des cabinets et des palais. Des magistrats qui jour après jour, génération après génération, selon le rythme immuable des audiences, rendent des millions de jugements dont certains bouleversent la vie de leurs semblables, sans jamais élargir le champ de leurs préoccupations professionnelles à des questionnements existentiels logiquement premiers et déterminants.⁴¹⁸

253. L'éveil et le mouvement de la conscience espérés ce sont ceux du Juge, mais en premier lieu de l'homme en lui. De l'homme qui se pose d'abord la question du sens de son existence et ensuite, parce qu'il est juge, du sens conjoint du droit qui la régit et de son office, en rapport avec ce sens « général ». Un Juge qui sort de ce fait du cours banal de la justice dans lequel un tel questionnement n'a pas sa place. Un cours banal y compris dans des circonstances où, vu de l'extérieur de l'institution, il ne l'est pas nécessairement. On peut par exemple considérer que constitue une circonstance exceptionnelle pour un juge français de devoir appliquer des lois manifestement liberticides. Une circonstance qui n'est pas exceptionnelle

⁴¹⁶ « Dans l'épreuve quotidienne qui est la nôtre, la révolte joue le même rôle que le « cogito » dans l'ordre de la pensée : elle est la première évidence. Mais cette évidence tire l'individu de sa solitude. Elle est un lieu commun qui fonde sur tous les hommes la première valeur. Je me révolte, donc nous sommes. » OC/HR, T. III, p. 79.

⁴¹⁷ OC/MS, T. I, pp. 227-228.

⁴¹⁸ Ce qui vaut pour les magistrats vaut bien entendu pour d'autres professionnels du droit, tels les avocats, qui eux-aussi sont pris dans un flot continu d'obligations (recevoir les clients, répondre au téléphone et à de multiples lettres, faxes, mails, rédiger des conclusions et toutes sortes d'actes, courir d'une juridiction à l'autre, attendre pour passer ses dossiers aux audiences, plaider, gérer le cabinet...) à satisfaire dans des temps de plus en plus resserrés. Toutes choses qui rendent très difficile l'émergence d'une réflexion déconnectée des motivations, des intérêts, professionnels immédiats.

pour un juge Russe, Chinois ou Nord-Coréen, pour qui c'est le lot quotidien, mais qui l'est *a priori* dans une république et démocratie comme la France. Or comme on le verra plus loin, l'histoire, y compris contemporaine, démontre le contraire. C'est sans état d'âme particulier ou en tout cas sans que cela ne provoque chez eux un éveil suffisamment profond et durable pour modifier leur action, que les juges français ont appliqué de telles lois en de nombreuses circonstances. Et probablement en appliqueraient-ils de semblables si le pouvoir jugeait utile d'y recourir à nouveau. Ce qui est en fait déjà d'actualité comme on le voit avec les restrictions apportées aux libertés dans le cadre du terrorisme et des mouvements sociaux récents. Et ce, malgré les protestations des magistrats les plus progressistes.⁴¹⁹ Des protestations qui ne sont pas dénuées de toute utilité puisqu'elles alertent, sinon l'opinion publique dans son ensemble au moins sa frange la plus vigilante, et qu'elles donnent à entendre l'existence d'une limite éthique à l'expression normative de la volonté politique. Mais des protestations qui ne sont pas celles de représentants d'un pouvoir qu'un autre pouvoir bafoue, pour être celles adressées par des subordonnés à un pouvoir politique unique. Des protestations qui du point de vue de ce dernier, dès lors qu'elles ne sont pas syndicales au sens de statutaires, dès lors qu'elles concernent des choix qui lui appartiennent, sont elles-mêmes de nature politique. Ce qui fait que le sort de telles protestations articulées sur une certaine vision de la justice au sens éthique qui devrait être celle de la justice au sens institutionnel, ne peut que dépendre de la couleur politique du pouvoir en place. C'est ainsi qu'on a pu compter parmi les proches collaborateurs de Robert Badinter au ministère de la justice de 1981 à 1986, de nombreux militants du Syndicat de la Magistrature qui ont pris leur part dans les importantes réformes de l'époque, dont l'abolition de la peine de mort a sans doute été la plus marquante du point de vue symbolique, civilisationnel et même anthropologique.

⁴¹⁹ Dans un article publié le 24 mars 2017 sur le site du Syndicat de la magistrature intitulé *Pour une révolution judiciaire. Elections 2017, le projet du syndicat de la magistrature*, on peut lire : « Le service public de la justice continue à maltraiter les justiciables et les professionnels qui y concourent. La réponse au terrorisme qui a marqué la période a été le linceul de notre projet de reconquête des libertés et de l'égalité. Des pouvoirs exorbitants ont été confiés aux préfets et au ministère de l'Intérieur sans contrôle du juge judiciaire statutairement indépendant, renversant la logique qui doit présider aux restrictions des libertés : elles interviennent de manière préventive, en fonction d'une dangerosité potentielle et évaluée sans débat contradictoire. Exit, au contraire, les nécessaires réformes qui devaient par exemple faire cesser les contrôles d'identité discriminatoires et réduire le fichage. Ce recul des libertés, qui affecte davantage certains, affaiblit l'État de droit, pourtant seul véritable rempart d'une démocratie. Il exacerbe un climat destructeur pour la cohésion de la collectivité et la solidarité. Car sur le terrain de l'égalité non plus, la révolution judiciaire n'a pas eu lieu. Expéditive pour les délits de droit commun, à dessein mal pourvue en ce qui concerne la grande délinquance notamment financière, la justice peine aussi à jouer, en matière civile, son rôle protecteur des équilibres sociaux. Les peines d'emprisonnement poursuivent une inexorable hausse alors que les mesures alternatives assurent une meilleure protection de la société en favorisant la réinsertion ».

254. Pour qu'il en aille autrement, pour que le sort positif comme en l'occurrence, ou le plus souvent négatif, réservé à la parole des magistrats progressistes, ne dépende pas uniquement des politiques, on ne peut que postuler l'autonomisation de cette parole par les magistrats eux-mêmes. C'est-à-dire la reconnaissance et l'affirmation de ce que Dire le Droit, ce n'est pas seulement dire la loi, et que cela peut conduire à refuser de dire la loi ou en d'autres termes, de l'appliquer. Avec pour conséquence pour les magistrats résilients, de devoir endosser la responsabilité inhérente à l'autonomie revendiquée. Une responsabilité à laquelle se soustrait le juge qui s'en tient à son indépendance statutaire, même s'il peut se montrer à l'occasion quelque peu hardi dans l'interprétation et contestataire dans l'espace public. Un juge qui sait en fait devoir s'en tenir en toutes circonstances aux limites fixées par le pouvoir politique. Les conflits ouverts sont en effet plus que rares. Un juge qui saura le cas échéant, si un nouveau pouvoir lui demande de rendre des comptes, renvoyer l'entière responsabilité des conséquences moralement calamiteuses de ses jugements sur le régime précédent auteur des lois iniques qu'il n'aura fait qu'appliquer en toute neutralité. Un juge dont la complicité avec ce régime ne pourrait être retenue que si et seulement si, à la suite d'un bouleversement politique, sa responsabilité était invoquée sur le fondement d'une limite à l'indignité que ne saurait franchir un véritable juge.⁴²⁰ Un bouleversement politique et donc aussi, dans cette hypothèse, juridique. La présente thèse postule un retournement comparable, mais en dehors de tout bouleversement politique. Un retournement initié par des juges qui, *proprio motu*, considèrent qu'il y a en effet une limite à l'indignité que ne saurait franchir un véritable juge, non pas pour des raisons politiques, mais bien pour des raisons purement juridiques ; qui considèrent que si la loi peut commander de franchir cette limite, le Droit l'interdit et avec lui le Juge pour le Dire.

Commentaire. On a rappelé dans l'introduction générale que l'œuvre de Camus est polymorphe, mais aussi qu'elle présente une grande unité. Et que son œuvre est indissociable de sa vie. L'écrivain, le journaliste, le citoyen n'ont pas trois éthiques. L'éthique est unique et procède d'une conception dont il a élaboré le chemin existentiel dans ses deux essais philosophiques successifs majeurs, *Le Mythe de Sisyphe* et *L'Homme révolté*. Suivre ce chemin pour un Juge, c'est renoncer à dissocier radicalement sa vie professionnelle de sa vie d'homme

⁴²⁰ Après la chute du III^e Reich en Allemagne et en France de « l'État français », un débat aura lieu à propos du comportement des juges pendant la guerre. Un débat sur lequel on reviendra dans le titre suivant, mais dont on voit immédiatement quelle interrogation indissociablement éthique et juridique, il ne peut manquer de susciter chez n'importe quel juriste qui n'a pas totalement et définitivement coupé sa compréhension et sa pratique du droit de sa source et de sa finalité, humaines.

parmi les hommes. C'est considérer que l'homme persiste sous le Juge, qu'il ne peut laisser son éthique d'homme au vestiaire du palais, que son éthique en tant que Juge ne peut être radicalement différente de son éthique en tant qu'homme. Une éthique avec Camus de la solidarité et donc de la responsabilité, issue de la révolte contre l'injustice ⁴²¹ ; une éthique qui exclut qu'il puisse se prétendre neutre en présence d'une loi indigne, qu'il puisse ne pas opposer une limite à l'injustice — cette limite ou cette frontière qui pour Camus, fonde le Droit ⁴²², qu'il puisse n'être qu'un agent de l'ordre, de n'importe quel ordre y compris arbitraire, alors « [qu'] il n'y a pas d'ordre sans justice » ⁴²³ et sans Juge pour en garantir le respect.

Paragraphe 2. La condition d'un clair refus de toute concession à la « moralité du mal »

255. C'est au rejet de cette irresponsabilité sans limite fondée sur la neutralité axiologique du juge, que conduit la prise de conscience de l'absurdité de l'injustice humaine et donc du droit qui en est l'instrument. Mais ce rejet de la neutralité du juge ne saurait valoir engagement de sa part au service, avec le droit, de n'importe quelle conception de la justice. Ce qui serait aller de Charybde en Scylla. On peut être convaincu, avec ou sans Camus, que seule la solidarité fournit un fondement éthique au Droit, cohérent avec l'aspiration à la justice et à la raison de tout honnête homme, sans pour autant ignorer que cette conviction peut ne pas être partagée par tous. Actuellement en France par exemple, le sort — des sans-abris ⁴²⁴, des chômeurs de longue durée ⁴²⁵, des pauvres parmi lesquels figurent des « travailleurs pauvres » toujours plus nombreux ⁴²⁶ qu'on n'hésite pas à expulser ⁴²⁷, des migrants, hommes, femmes et

⁴²¹ « La part que le révolté défend, il a le sentiment qu'elle lui est commune avec tous les hommes. C'est de là qu'elle tire sa soudaine transcendance. C'est pour toutes les existences en même temps que le fonctionnaire se dresse lorsqu'il juge que par tel ordre, quelque chose en lui est nié qui ne lui appartient pas seulement, mais qui est un lieu commun où tous les hommes, même celui qui l'insulte et l'opprime, ont une solidarité toute prête ». OC/RR, T III, p. 327

⁴²² OC/RR, T. III, p. 325.

⁴²³ OC/A1, T. II, p. 395. « Ce n'est pas l'ordre qui renforce la justice, c'est la justice qui donne sa certitude à l'ordre ».

⁴²⁴ Selon le Collectif *les morts de la rue*, 612 SDF sont décédés dans la rue en 2018 à 48,7 ans en moyenne.

⁴²⁵ On prévoit qu'avec l'entrée en vigueur le 1^{er} novembre de la dernière réforme de l'assurance chômage, 200 000 personnes ne seront bientôt plus indemnisées.

⁴²⁶ Selon l'INSEE, de 2010 à 2012, il y avait en France entre 8 et 9 millions de personnes vivant sous le seuil de pauvreté. En 2010, il y avait 3.291 000 enfants pauvres, soit une augmentation de 30% par rapport à 2007. Et la situation n'a cessé de se dégrader.

⁴²⁷ Selon la Fondation Abbé-Pierre, en dix ans, plus de 295 000 personnes, hommes femmes et enfants, des familles qui ne disposaient plus de moyens suffisants de subsistance, ont été expulsées de chez elles avec le concours des forces de l'ordre en exécution de décisions de justice, ce qui correspond à la population d'une ville comme Nantes.

enfants, qui fuient les persécutions et que l'on condamne de fait à la mort par noyade en ne leur portant pas ou plus secours ⁴²⁸ —, ne fait pas l'objet de dénonciations unanimes au nom de la solidarité humaine. Et ceux, ONG, associations ou particuliers qui s'en indignent, sont aujourd'hui volontiers taxés de « droit-de-l'hommeistes » ⁴²⁹ par ceux dont le « réalisme » consiste à admettre de telles situations, au nom par exemple du néolibéralisme ⁴³⁰ ou du nationalisme ; éventuellement en regrettant contre l'évidence du contraire, qu'il ne puisse en être autrement et, comble de l'aveuglement ou du cynisme, en y voyant même la manifestation d'un certain courage. Et si l'on est un juge neutraliste conséquent, on doit appliquer sans réserve et sans état d'âme les lois de ce « réalisme » possiblement meurtrier.

256. Il ne fait aucun doute, à l'examen, que ces prétendus « réalistes » ne disposent nullement d'une connaissance de la situation supérieure aux autres (plus étendue, plus profonde, plus objective, plus scientifique), qu'ils sont en réalité les partisans d'idéologies qui, dans leurs expressions les plus extrêmes et dans des circonstances favorables à leur écoute et à leur développement, peuvent conduire au pire. Des idéologies sous-tendues par des valeurs mortifères. Car il faut admettre qu'il y a, pour reprendre le titre donné à un ouvrage collectif dirigé par Raphael Gross ⁴³¹, une « moralité du mal. » Johann Chapoutot, historien spécialiste du Nazisme, explique à cet égard dans *La loi du sang, penser et agir en nazi*, qu'Himmler, « à la fois chef, père et instituteur principal de la SS », comme les autres dignitaires du III^e Reich et Hitler en premier lieu, « multiplie les leçons d'idéologie et de morale » ⁴³² fondées sur une

⁴²⁸ Selon le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, plus de 2260 migrants ont trouvé la mort en tentant de traverser la Méditerranée en 2018.

⁴²⁹ Un néologisme à connotation péjorative inventé par un spécialiste en droit international, Alain Pellet, à l'occasion d'un colloque en 1989. Il visait à l'origine les partisans de l'ingérence humanitaire, mais il vise aujourd'hui plus ou moins indistinctement, tous ceux qui, en référence ou non aux grandes déclarations, pensent que l'idée d'un universel humain n'est pas périmée. Une idée qui n'est nullement incompatible avec la prise en considération concrète de la diversité des êtres et des situations dans l'espace et dans le temps.

⁴³⁰ Pour le néolibéralisme, « Si l'Etat est là, c'est pour garantir un ordre capable d'assurer « la protection complète des droits du capital privé » gage de bon fonctionnement du marché », un Etat « capable de contraindre « les travailleurs qui n'acceptent pas l'ajustement aux prix du marché », devenu « le centre des rapports humains. Dans la vision néolibérale, toute la société doit être marchandisée, parce que (...) le marché est la plus juste des institutions humaines. » Le marché qui est la « seule source de la valeur, dit la « vérité » et la « justice ». Romaric Godin, *La guerre sociale en France, Aux sources économiques de la démocratie autoritaire*, édit. La découverte, 2019, p. 20-21. Dans cette optique, la multitude des laissés pour compte ne doivent pas être considérés comme des victimes mais comme des inadaptés à traiter comme tels.

⁴³¹ Raphael Gross et Konitzer (dir.), *Moralität des Bösen* (« La moralité du mal »), 2009.

⁴³² Johann Chapoutot, *La loi du sang, penser et agir en nazi*, NRF Gallimard, 2014, p. 26. « La morale nazie — car il en existe une — est holistique, particulariste, héroïque et sacrificielle, ce qui est intéressant, mais peu original », *Ibid.*, p. 25.

véritable « vision du monde »⁴³³, coproduite « par les juristes, les planificateurs, les biologistes et les historiens nazis », et nombre d'universitaires de toutes disciplines, médecins, journalistes, essayistes... Une moralité du mal diffusée « au moyen de la presse écrite et filmée (...), des cours de formation idéologique, ainsi que par quantité de brochures, de livrets et de tracts *ad usum militis* ». ⁴³⁴ Le même Himmler « qui en octobre 1943, devant ses officiers supérieurs et généraux » explique, compréhensif, à propos de la déportation des juifs, que « Si le travail quotidien n'a rien de glorieux ou de plaisant, s'il peut heurter » les consciences, ce dont lui-même convient, « il prend place et sens dans un dessein d'ensemble qui, lui, est « historique » et « glorieux ». ⁴³⁵ Lui aussi prétendait qu'il n'y avait pas d'autre solution ou, autrement dit, à un certain réalisme.

257. C'est ainsi, rappelle le même auteur, que l'historienne américaine Claudia Koonz a pu poser « l'existence d'une moralité nazie dotée de sa cohérence interne ». ⁴³⁶ Une moralité conçue dans la grande misère de l'Allemagne consécutive à la Grande Guerre, « travaillée en profondeur par la question des valeurs et des impératifs moraux » ⁴³⁷ ; mais plongée sur ce plan dans un profond désarroi, propice à l'émergence d'un parti dont les valeurs « offraient, pour quiconque se mouvait dans leur espace, la cohérence rassurante d'un système clos, qui reposait sur quelques postulats particularistes et sur la déduction implacable de leurs conséquences ». ⁴³⁸ Ce, au moment où Max Weber en 1919, dans *La vocation du savant*, comparait le conflit des valeurs à une « guerre des dieux », ce qui revenait à considérer que toute valeur valant toute autre valeur, triomphait celle revendiquée par le plus fort et non la plus « morale ». Bien entendu jusqu'à ce qu'une autre valeur revendiquée par un pouvoir encore plus fort, ne s'y substitue. Pour les nazis, « dans un contexte où les idées se contredisent et se valent toutes, où les religions s'anathémisent entre elles, il reste comme recours et comme référence le sang, la chair, la « race ». (...) : on doit agir pour la race germanique-nordique seule (ou pour le peuple allemand) et non pour l'humanité — qui est une dangereuse et dissolvante chimère ; on doit

⁴³³ *Ibid.*, p. 28.

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ *Ibid.* p. 15.

⁴³⁶ Un autre historien, Raphael Cross a rassemblé dans un recueil des articles consacrés à « l'éthique national-socialiste ». *Ibid.*

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 22.

agir pour la communauté, et non pour son seul intérêt personnel. »⁴³⁹ Penser le Droit avec Camus, c'est évidemment penser aux antipodes d'une telle conception de l'éthique qui à la fois tend à fondre l'individu dans un tout et à limiter ce tout à un groupe humain donné, jugé de surcroît supérieur aux autres. Une conception qui nie l'existence à la fois de la singularité irréductible de tout homme et de son lien à tous les autres hommes, du fait de leur commune nature et condition existentielle fondamentale. Une conception qui interdit la liberté d'expression à l'intérieur du groupe dont tous les membres doivent faire bloc contre tous les autres groupes jugés menaçants du seul fait de leur présence.

Commentaire. *Penser le Droit avec Camus*, c'est refuser le désastreux relativisme éthique qui n'est que le pendant de ce que l'on peut désigner par un « relativisme humain », c'est-à-dire un refus de voir dans l'humanité entière la « communauté toute prête » évoquée plus haut. Désastreux, puisqu'il a pour effet de ramener la conception des rapports humains au niveau le plus primitif qui soit : celui de la guerre de tous contre tous. Que cette guerre soit entre des individus ou des ensembles qui peuvent être vastes comme ceux que l'on range sous le concept d'État. Une conception qui, dans la pureté de sa vision, n'a sans aucun doute aucune valeur historique, mais qui n'en est pas moins productrice d'effets pour ceux qui l'adoptent pour une raison ou pour une autre (avec les nazis, ethnique, mais les motifs de se prétendre supérieur ne manquent pas). Une conception à laquelle les diverses institutions internationales, dont l'ONU est la plus visible, sont censées lutter, mais avec une efficacité nécessairement réduite puisque nombre de leurs membres n'en sont pas indemnes. Une inefficacité persistante dont la faiblesse du droit international est la plus évidente preuve. Un droit international qui n'est pas du Droit, mais de la loi sur de la loi, de la politique sur de la politique. La loi de chaque État dès lors qu'elle est celle d'un pouvoir réel, c'est-à-dire doté de la force, est appliquée. Mais la loi internationale ne peut avoir d'efficacité propre en l'absence d'un réel pouvoir politique international. Lequel n'est manifestement pas à l'ordre du jour. Y compris en ce qui concerne l'Union Européenne. *Penser le Droit avec Camus*, c'est refuser au plan du Droit, sans faux espoir, ce qui se présente comme une fatalité, en proposant la conception d'un Droit national et international désormais inséparables, distingué de la loi nationale et internationale et doté d'une éthique propre unique fondée sur la solidarité inhérente à l'être (-) humain.⁴⁴⁰

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 22-23.

⁴⁴⁰ Le trait d'union entre « être » et « humain » signifie que la solidarité est chez l'être humain (l'homme), une donnée constitutive, une détermination de son essence.

Paragraphe 3. La condition de croire à la possibilité de « donner ses chances à la justice »

258. De façon prémonitoire au sortir de la seconde guerre mondiale, Camus notait : « Nous savons aujourd'hui qu'il n'y a plus d'îles et que les frontières sont vaines. Nous savons que dans un monde en accélération constante où l'Atlantique se traverse en moins d'une journée (...) nous sommes forcés à la solidarité ou à la complicité, suivant les cas. »⁴⁴¹ Il pensait que la solidarité entre individus et sociétés est inscrite dans la nature humaine, même si elle ne s'impose pas d'elle-même et n'est révélée clairement à la conscience qu'au travers de la révolte contre l'injustice. L'évolution du monde en confirme l'absolue nécessité, aujourd'hui dans le premier quart du XXI^e siècle encore bien plus qu'à la mi-temps du siècle précédent. Pourtant, note Harold Berman, « l'idée que le Droit transcende la politique et qu'à un moment donné ou du moins dans son évolution historique, le Droit est distinct de l'État, semble avoir reculé de plus en plus devant l'idée que la loi est à tout moment un instrument de l'État, c'est-à-dire un moyen de réaliser ce que veulent ceux qui détiennent l'autorité politique ». ⁴⁴² Un point de vue que la lucidité contraint à partager, sans pour autant se laisser aller au découragement. Cela ne rend en fait que plus urgent d'agir à rebours de cette tendance, mais en veillant à ne pas tomber ou retomber dans l'idéologie, qu'elle soit laïque ou religieuse, pour transcender la politique par le Droit. « L'homme révolté, c'est l'homme jeté hors du sacré et appliqué à revendiquer un ordre humain où toutes les réponses soient humaines ». ⁴⁴³ Sans que cela n'exclut avec le refus de la réduction du Droit à la loi, la recherche de la part des *juristes révoltés*, d'une certaine transcendance horizontale. ⁴⁴⁴ Voire d'une certaine forme de sacré, un autre sacré que le sacré religieux, un sacré immanent : celui qui est implicite dans le rejet de tout ce qui avilit l'homme. Camus qui est né pendant la première guerre mondiale au cours de laquelle son père qu'il n'a pas eu le temps de connaître a perdu la vie, qui a été élevé dans la misère aux côtés d'une mère handicapée, quasi mutique, qui a vécu les injustices sociales et coloniales, n'a jamais douté de l'égalité, irréductible et sans prix, dignité des hommes. Une dignité à défendre en toutes circonstances, même les plus périlleuses.

⁴⁴¹ OC/RR, T. III, p. 446.

⁴⁴² Harold Berman *Droit et révolution, La formation de la tradition juridique occidentale*, trad. De Raoul Hardouin, Librairie de l'université, Aix en Provence, 2002.

⁴⁴³ OC/RR, T. III, p. 330.

⁴⁴⁴ « La part que le révolté défend, il a le sentiment qu'elle lui est commune avec tous les hommes. C'est de là qu'elle tire sa soudaine transcendance ». OC/RR, T. III, p. 327.

259. De cela, son œuvre et son action, dans leurs différentes facettes (dramaturgique, littéraire, philosophique, journalistique, politique), en témoignent. Et de façon particulièrement forte avec son engagement dans la résistance au péril de sa vie ; l'engagement de surcroît, d'un pacifiste ⁴⁴⁵ qui, contrairement par exemple à Jean Giono, a considéré qu'il y avait une limite à la non-violence, que ne pas reconnaître l'existence de cette limite, revenait à faire le choix de l'indignité. Qu'au contraire en faisant le choix de la solidarité avec toutes les victimes et non le choix des bourreaux dans l'ignorance ou le mépris des victimes, on consent à « se battre en méprisant la guerre ». ⁴⁴⁶ Dans ses *Lettres à un ami allemand* ⁴⁴⁷ publiées dans la clandestinité, ce qui en soi est remarquable, Camus développe les raisons de son engagement, en opposition à son interlocuteur imaginaire. Dans la dernière lettre, on voit clairement comment s'articule sa vision philosophique et son éthique : « Je continue à croire que ce monde n'a pas de sens supérieur. Mais je sais que quelque chose en lui a du sens et c'est l'homme, parce qu'il est le seul être à exiger d'en avoir. Ce monde a du moins la vérité de l'homme et notre tâche est de lui donner ses raisons contre le destin lui-même. Et il n'a pas d'autres raisons que l'homme et c'est celui-ci qu'il faut sauver si l'on veut sauver l'idée qu'on se fait de la vie. Votre sourire et votre dédain me diront : qu'est-ce sauver l'homme ? Mais je vous le crie de tout moi-même, c'est ne pas le mutiler et c'est donner ses chances à la justice qu'il est le seul à concevoir. Voilà pourquoi nous sommes en lutte ». ⁴⁴⁸

260. A la « moralité du mal » s'oppose ainsi une « moralité du bien » dont Camus fournit une expression puissante, mais à soumettre comme toute autre à la discussion. Penser le contraire serait en effet commettre un impardonnable contresens, alors que Camus a toujours refusé toute forme de dogmatisme. Une discussion sincère en vue de trouver un accord

⁴⁴⁵ En 1950, « il écrit à Jean-Paul Déron : « J'ai commencé la guerre en 1939 en pacifiste et je l'ai finie en résistant. Cette inconséquence, car c'en est une, m'a rendue plus modeste ». « On est loin du pacifisme intégral, du défaitisme, de l'insoumission ou encore de la non-violence [à laquelle] il n'a jamais adhéré ». DAC, 639-640.

⁴⁴⁶ OC/LA, T. II, p. 10.

⁴⁴⁷ Quatre au total, publiées en juillet et décembre 1943, avril et juillet 1944. Dès la première phrase de la première lettre, Camus résume la position idéologique de son interlocuteur imaginaire et sa propre position : « Vous me disiez : « La grandeur de mon pays n'a pas de prix. Tout est bon qui la consomme. Et dans un monde où plus rien n'a de sens, ceux qui, comme nous jeunes Allemands, ont la chance d'en trouver un au destin de leur nation doivent tout lui sacrifier. » Je vous aimais alors, mais c'est là que, déjà, je me séparais de vous. « Non vous disais-je, je ne puis croire qu'il faille tout asservir au but que l'on poursuit. Il est des moyens qui ne s'excusent pas. Et je voudrais pouvoir aimer mon pays tout en aimant la justice. Je ne veux pas pour lui de n'importe quelle grandeur, fût-ce celle du sang et du mensonge. C'est en faisant vivre la justice que je veux le faire vivre. » OC/LA, T. II, p. 9.

⁴⁴⁸ OC/LA, T. II, p. 26-27. « Ce qui a porté la Résistance pendant quatre ans, écrit encore Camus dans *Combat*, c'est la révolte. C'est-à-dire le refus entier, obstiné, presque aveugle au début, d'un ordre qui voulait mettre les hommes à genoux ». DAC, p. 776

raisonnable ou autrement dit rationnel, entre les consciences, qui suppose qu'on ne considère pas le relativisme éthique comme une vérité ou une fatalité qui y ferait obstacle, que l'on n'adhère pas, s'agissant du droit, aux conceptions telle que le « non cognitivisme éthique »⁴⁴⁹, dont l'arrière-plan se trouve dans l'opposition classique entre les faits et les valeurs que l'on fait en général remonter aux positivistes logiques du Cercle de Vienne, actifs dans la première moitié du siècle précédent.⁴⁵⁰ Lesquels estimaient infranchissable le fossé qu'ils avaient eux-mêmes préalablement creusé, arbitrairement, entre les jugements de fait et les jugements de valeur. Carnap en particulier, prétendait que les seconds n'étaient pas justiciables d'une argumentation rationnelle et ne pouvaient être soumis à une vérification empirique. Une position en réalité purement idéologique et contradictoire en son fond, qui consiste, en dévalorisant les jugements de valeur et en leur déniaient toute valeur de vérité, à porter subrepticement sur eux un jugement de valeur.

261. Cette position est en rupture avec une conviction qui, selon Sylvie Mesure et Alain Renaut, « avait en un sens traversé la modernité : les choix humains se doivent et se

⁴⁴⁹ Qui consiste à nier que les jugements moraux puissent faire l'objet d'une proposition objective, une proposition susceptible d'être vraie ou fausse. Autrement dit, qui considère que les valeurs ne sont pas de véritables objets de connaissance. « Les non-cognitivistes estiment qu'il n'y a pas lieu de tenir les propositions assignant des valeurs pour des propositions correctes ou acceptables au sens où ce seraient des descriptions vraies du monde ; et ils estiment, corrélativement, qu'on ne trouve nullement les valeurs dans le monde, à la manière dont on y trouve de véritables propriétés de choses. Une telle position doit inclure un argument en faveur d'une restriction du type de propositions susceptibles d'être tenues pour des descriptions (ou, au pire, pour des descriptions erronées) de la réalité : il s'agit non seulement de justifier qu'en soient exclues les assignations de valeurs, mais encore de donner un contenu à cette exclusion – d'expliquer ce que les jugements de valeurs sont censés ne pas être. En réalité, les positions exposées par les non-cognitivistes tendent à simplement tenir pour acquise une conception du monde, et de ce que cela signifie de décrire le monde. » John McDowell, *Non-cognitivisme et règles*, Archives de philosophie 2001/3 (Tome 64), pp. 45-477.

⁴⁵⁰ « Les positivistes logiques défendent la distinction fait/valeur sur la base de leur division tripartite des énoncés. Les énoncés se répartissent selon eux en trois classes : les énoncés analytiques, les énoncés synthétiques, et les énoncés vides de sens. Les énoncés analytiques sont ceux qui sont vrais en vertu de leur seule signification (par exemple les énoncés tautologiques comme « Tous les célibataires sont non-mariés »). Les énoncés synthétiques sont les énoncés empiriques, c'est-à-dire ceux pour lesquels une méthode de vérification expérimentale peut être imaginée. Les énoncés qui n'entrent pas dans ces deux classes sont considérés vides de sens. C'est le cas principalement des énoncés éthiques et métaphysiques. Ces énoncés n'étant ni tautologiques, ni vérifiables empiriquement, ils sont rejetés comme du non-sens. C'est ce qui conduit les positivistes à opposer faits et valeurs. Selon eux, les faits sont du domaine de la science, et sont objectifs parce qu'ils constituent des descriptions du monde tel qu'il est dont l'exactitude peut être vérifiée empiriquement. À l'opposé, les valeurs sont du domaine de l'éthique (et de l'esthétique), et sont subjectives parce qu'elles sont des prescriptions de comment le monde devrait être qui ne réfèrent à rien de vérifiable empiriquement. L'opposition fait/valeur constitue donc, depuis le positivisme logique, le principal argument en faveur du subjectivisme moral. » Antoine Corriveau-Dussault, *Putnam et la critique de la dichotomie fait/valeur*, Université Laval, in *Revue Phares*, 2013/08, p. 126. Une opposition et un argument qui ne sont plus guère en vogue dans l'épistémologie actuelle qui fait sa part, y compris dans les sciences les plus « dures », à la métaphysique et aux valeurs.

peuvent, pour se faire valoir à bon droit et faire reconnaître leur légitimité, fonder sur un savoir (...) homogène conçu comme de racine métaphysique et comme porté par le tronc de la physique »⁴⁵¹ ; une conviction hissée au plus haut par Auguste Comte « selon qui les « rationnelles indications de la science » sur les lois régissant les sociétés doivent permettre de déterminer ce qu'il faut faire pour les « perfectionner convenablement » : de la connaissance des faits devrait ainsi se déduire, progressivement, mais certainement, la détermination de l'idéal ». ⁴⁵² En termes philosophiques, de l'être on peut et l'on doit déduire le devoir-être. Un « dispositif qui, selon les mêmes auteurs, vole en éclats avec Max Weber » précité, qui prétend impossible « de se faire le champion de convictions pratiques au nom de la science ». Seule, selon lui, « la discussion des moyens nécessaires pour atteindre une fin fixée au préalable » peut légitimement revendiquer la contribution de la raison scientifique, mais non pas la discussion qui détermine les fins elles-mêmes, et cela, parce que « divers ordres de valeurs s'affrontent dans le monde en une lutte inexpiable ». ⁴⁵³ Ce qui en réalité ne va nullement de soi, mais ce qui vaut par contre, de façon certaine, renoncement à tout progrès humain et fournit de fait une sorte de caution (pseudo) scientifique à toutes les formes de domination.

262. Si selon ce qui a été dit plus haut, il est vain de croire possible de convaincre tous les hommes de la supériorité de certaines valeurs et donc de persuader ceux qui en revendiquent d'autres, de devoir les abandonner, comme on le voit exposé dans les *Lettres à un ami allemand*, cela ne signifie nullement qu'il faille se résigner à un pur et simple relativisme des valeurs. « Faute de valeur supérieure qui oriente l'action, on se dirigera dans le sens de l'efficacité immédiate, écrit Camus. Rien n'étant ni vrai ni faux, bon ou mauvais, la règle sera de se montrer le plus efficace, c'est-à-dire le plus fort. Le monde ne sera plus partagé en justes et en injustes, mais en maîtres et en esclaves. Ainsi, de quelque côté qu'on se tourne, au cœur de la négation et du nihilisme, le meurtre a sa place privilégiée. »⁴⁵⁴ Ce qu'il rejette, c'est une éthique « catégorique et prétentieuse » ⁴⁵⁵, sans renoncer à « la définition de garde-fous à hauteur d'homme. (...) En effet, tout en étant lucide face à la nature humaine et à ses penchants

⁴⁵¹ S. Mesure et A. Renaut, *La guerre des dieux, Essai sur la querelle des valeurs*, Grasset, 1996, p. 45.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 46.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ OC/HR, T. III, p. 65.

⁴⁵⁵ *Camus et l'éthique*, sous la direction d'Eve Morisi, Classiques Garnier, 2014, p. 12.

mesquins, assassins, voire sadiques, Camus croit en l'homme et refuse plus que tout le parti pris de la démission, qui a par exemple pu tenter Dostoïevski et ses personnages, hagards au sein d'un monde sans Dieu et sans au-delà (...). Dès ses premiers écrits [il] souligne l'existence d'un mouvement éthique qui nous conduit à regarder et à estimer la souffrance d'autrui »⁴⁵⁶, à penser qu'il y a toujours une limite éthique en toutes circonstances à toute action qui vise autrui qui tient au seul fait qu'il est autrui, c'est-à-dire selon l'expression de Sartre, qu'il est cet « autre moi qui n'est pas moi ».⁴⁵⁷

263. C'est une exigence précoce chez un homme dont la conscience morale s'est éveillée et affermie en dehors de toute véritable éducation morale : « Personne en vérité n'avait jamais appris à l'enfant ce qui était bien et ce qui était mal »⁴⁵⁸, « ... personne ne lui avait parlé et il lui avait fallu apprendre seul, grandir seul, en force, en puissance, trouver seul sa morale et sa vérité, à naître enfin comme homme... »⁴⁵⁹ peut-on lire dans *Le premier Homme*, paru à titre posthume en 1994, dans lequel le héros, Jacques Cormery, n'est autre à l'évidence que l'auteur lui-même. Les seules leçons que ce dernier a reçu de son père mort sur le front en 1914 et qu'il n'a pas connues, sa mère du fait de son handicap étant dans l'incapacité de compenser d'une quelconque façon cette absence, tiennent en deux histoires qu'on lui a racontées à son propos. La première est relative à l'exécution capitale d'un ouvrier agricole qui avait massacré la famille qui l'employait, à laquelle, profondément indigné, son père avait voulu assister. Au retour, bouleversé par le spectacle hideux de la guillotine, il avait vomi plusieurs fois, s'était couché et s'était enfermé dans un profond silence. La seconde histoire se situe en 1905, à l'époque où, mobilisé dans les zouaves à la frontière marocaine, accompagné d'un camarade, il avait découvert au cours d'une patrouille le cadavre d'une sentinelle, émasculé, gisant son sexe dans la bouche. Il avait alors opposé « comme pris de folie furieuse », à l'instituteur (dans le civil) qui l'accompagnait et avait estimé devoir justifier cet acte horrible par le fait que ceux qui l'avaient commis étaient chez eux et étaient fondés à agir par tous les moyens contre leurs envahisseurs : « Non, un homme ça s'empêche — voilà ce qu'est un homme, ou sinon... ».⁴⁶⁰ Il y avait, commente à ce propos Michel Onfray, « D'une part, la

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ Jean-Paul Sartre, *L'être et le néant*, édit. Tel/Gallimard, 1943, p. 275.

⁴⁵⁸ OC/PH, T.IV, p. 793.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 861.

⁴⁶⁰ OC/PH, T.IV, p. 779.

rhétorique de l'homme cultivé justifiant l'injustifiable ; d'autre part, la pensée droite d'un pauvre homme sans bagages intellectuels, sans culture livresque, mais conduit par le tropisme de la justice. Un tropisme viscéral — organique ». ⁴⁶¹

264. L'éthique de Camus procède aussi de ce « tropisme viscéral », de ce qui fait naître le cri spontané de l'homme confronté à l'injustice, comme victime mais aussi comme témoin, car sa révolte est solidaire. Dans sa préface tardive à *L'Envers et l'Endroit*, il note à cet égard : « [Mes révoltes] furent presque toujours, je crois pouvoir le dire sans tricher, des révoltes pour tous, et pour que la vie de tous soit élevée dans la lumière ». ⁴⁶² On peut penser que l'absence à proprement parler d'un enseignement moral dans un milieu de grande pauvreté économique, sociale et culturelle, mais où l'honnêteté, la dignité, l'honneur et la solidarité s'imposaient sans qu'il soit besoin d'explications, est ce qui a permis à Camus, à la fois de ne pas douter de l'existence de la morale ⁴⁶³ et d'échapper à toute forme de dogmatisme éthique. ⁴⁶⁴ De ne pas douter d'une morale à laquelle on peut assigner un fondement naturel dans une nature humaine qui, si elle peut apparaître ambivalente, est néanmoins, en son tréfonds, porteuse de valeurs positives. Mais une morale qui, aussi profondément ancrée, aussi certaine qu'elle soit, nécessite toujours un effort : un effort contre la facilité, la paresse, la lâcheté et un effort d'adaptation à l'infinie complexité des situations. « Son éthique, écrit Eve Morisi, Camus se la représente donc comme une conquête sans fin, comme le travail d'un funambule faisant du mieux qu'il peut pour avancer sur son fil ». ⁴⁶⁵ Sans jamais renoncer à persuader les sceptiques, les cyniques, les dogmatiques, qu'un accord des consciences est toujours possible en faisant appel à la raison du cœur, aux émotions, aux sentiments, mais aussi à la raison comme

⁴⁶¹ Michel Onfray, *L'ordre libertaire, La vie philosophique d'Albert Camus*, Michel Onfray et Flammarion, 2012, p. 60.

⁴⁶² OC/EE, T. I, p. 32.

⁴⁶³ Il est catégorique : « la morale existe », OC/CA, T.II, p. 1016.

⁴⁶⁴ Toujours dans ses *Carnets*, il écrit après « la morale existe » : Mais « une morale contre le rationalisme intellectuel et l'irrationalisme divin ». OC/CA, T.II, p. 1016. Et « Si j'avais à écrire ici un livre de morale, il y aurait 100 pages et 99 seraient blanches. Sur la dernière, j'écrirais « Je ne connais qu'un seul devoir et c'est celui d'aimer. » OC/CA, p. 830.

⁴⁶⁵ *Camus et l'éthique*, sous la direction d'Eve Morisi, *op. cit.*, p. 22. « Qui (...) pourrait attendre de {l'écrivain} des solutions toutes faites et de belles morales ? La vérité est mystérieuse, fuyante, toujours à conquérir. La liberté est dangereuse, dure à vivre autant qu'exaltante. Nous devons marcher vers ces deux buts, péniblement, mais résolument, certains d'avance de nos défaillances sur un si long chemin. Quel écrivain dès lors oserait, dans la bonne conscience, se faire prêcheur de vertu ? » OC/DS, T. IV, p. 242.

faculté de discerner le vrai du faux. Car la recherche de la vérité, d'un accord entre les consciences, concerne autant l'éthique que n'importe quel autre domaine de l'humain.

265. Raymond Boudon observe à ce propos qu'il n'existe pas « une vérité médicale ou biologique, mais des vérités médicales et biologiques plus ou moins liées entre elles par des réseaux de théories. [Que] Chacune de ces vérités est tenue pour telle parce qu'elle s'appuie sur des systèmes de raisons perçues comme solides. Ni la médecine ni la biologie ne sont, bien sûr, en mesure de répondre à toutes les questions qu'elles rencontrent. Mais elles peuvent donner à certaines questions — à une multitude de questions — une réponse objective, fondée sur des raisons si solides qu'il est difficile d'imaginer des raisons aussi solides aboutissant à une autre conclusion. De même, il existe non pas une vérité axiologique, mais des vérités axiologiques, c'est-à-dire des jugements de valeur de type « X est bon », « Y est juste », « Z est injuste », objectivement valides au sens où elles se déduisent de systèmes de raisons solides ». ⁴⁶⁶ Et il donne notamment pour exemple les raisons qui permettent d'asseoir la proposition selon laquelle la démocratie doit être « considérée comme une bonne chose » : « Parce que les grands principes sur lesquels elle repose dérivent tous de la notion de bon gouvernement et qu'en ce sens elle est une bonne chose (...). Un bon gouvernement est celui qui réalise au mieux les intérêts des gouvernés, qui en tout cas se soucie davantage des intérêts des gouvernés que de ceux des gouvernants. La démocratie prévoit la réélection périodique des gouvernants », ce qui réduit « le risque que les gouvernants ne soient plus attentifs à leurs intérêts qu'à ceux des gouvernés » ⁴⁶⁷ ; etc. Et si elle n'est pas une garantie contre tous les risques d'abus, il demeure qu'elle « est le pire des systèmes, à l'exclusion de tous les autres » comme le disait avec un pragmatisme très britannique Churchill, et avec lui Camus qui n'en était pas dépourvu malgré une inspiration générale très peu anglo-saxonne.

266. L'œuvre au sens large (écrits et actions) de Camus est propice à la pensée d'un Droit distingué de la loi fondée ultimement sur la force, par sa dimension éthique. Un Droit nécessaire à l'établissement d'une véritable démocratie et d'un véritable Etat de Droit. Une conception assise sur de « solides raisons » à défendre sans fermeture à toutes les objections et à tous les perfectionnements raisonnables. Une conception articulée sur un dispositif qui n'est

⁴⁶⁶ Raymond Boudon *L'objectivité des valeurs, L'horizon de la culture : Hommage à Fernand Dumont*, <https://www.bibl.ulaval.ca/doelec/pul/dumont/fdchap13.html>.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

pas, par nature, parce qu'il a trait à l'axiologie, incomparable aux théories conçues dans d'autres domaines du savoir auxquels serait réservé le monopole de l'objectivité. « Ce n'est pas, observe encore Raymond Boudon, par l'intuition que je me convaincs que la suite des nombres premiers est infinie, mais par un enchaînement de raisons. C'est, de même, par une suite de raisons que je me convaincs que « la démocratie est une bonne chose. » Dans les deux cas, la force des raisons détermine l'intensité de la conviction ». ⁴⁶⁸ L'intensité forte sinon maximale en l'occurrence de la conviction en la supériorité sociale, politique au sens noble, éthique, humaine, du Droit sur la loi, de la démocratie sur tous les régimes policiers et militaires, de l'Etat de Droit sur l'Etat de fait dont la domination est parée d'un droit de carnaval. Une conviction qui, si elle est partagée par le Juge, a pour conséquence qu'il ne dise plus inconditionnellement la loi, mais la loi dans la limite du Droit. Un *Juge révolté* qui, ainsi, peut être amené à refuser d'appliquer une loi dont les motifs et les conséquences lui apparaissent en contradiction flagrante avec les valeurs dont il est porteur et dont est porteur avec lui son office. Un refus qui rompt clairement avec l'hypocrisie constitutionnelle qui, en France, consiste à « bombarder » le juge gardien de la liberté individuelle tout en le soumettant en tant que simple « autorité » ⁴⁶⁹, à un pouvoir qui peut, s'il le souhaite et si les circonstances politiques lui sont favorables, imposer des lois liberticides, au besoin après une révision constitutionnelle destinée à annihiler le contrôle du Conseil constitutionnel qui pourrait lui être défavorable. Un refus qui implique donc l'existence d'une limite à la loi, et donc au pouvoir politique, fondée sur l'éthique du Droit.

Commentaire. La conception alternative du Droit proposée n'est pas la conception d'un Droit idéal. D'ailleurs, elle intègre la théorie dominante neutraliste que l'on peut dire positive puisque c'est celle des juges depuis 230 ans, consciemment ou non et avant même sa formulation prétendument scientifique. Elle l'intègre non comme théorie du Droit, mais comme théorie de la loi. Une loi de nature politique dont on ne saurait faire l'économie sans nier absurdement que tout droit/Droit (avec ou sans majuscule) est toujours celui d'un ensemble humain politique (aujourd'hui l'État). Un ensemble caractérisé par la présence d'un pouvoir détenteur de la force. Il y a aussi à la base de notre conception du Droit, la loi et le juge institué par la loi. Il va de soi

⁴⁶⁸ Raymond Boudon, *op. cit.*

⁴⁶⁹ Titre VIII de la Constitution du 4 octobre 1958 : « De l'autorité judiciaire » ; Article 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

que si le pouvoir décidait de supprimer le juge pour assurer en direct ou par sa police l'application de la loi, notre conception serait impraticable. Il ne resterait plus aux juges démis et à tous ceux qui refuseraient une telle « économie » la lutte politique ou éventuellement le maquis. Mais la condition de présence d'une loi et d'un juge pour l'appliquer n'est de notre point de vue qu'une condition nécessaire et non suffisante pour qu'il y ait du Droit. Il faut introduire en sus de ce qui correspond à la dimension politique du Droit (la loi), une dimension éthique qui, avec Camus, est découverte en suivant sa quête existentielle mise en mouvement à l'épreuve de la révolte suscitée par le « silence déraisonnable du monde », puis par la seule véritable injustice (l'injustice n'ayant de sens que pour un humain), celle commise par des hommes à l'égard d'autres hommes. Une injustice dont le rejet est ancré dans la nature humaine comme le révèle le « ce n'est pas juste » spontané (au moins intérieur) de tout homme soumis à l'arbitraire ou le « un homme ça s'empêche » du père de Camus confronté à l'indignité du comportement d'autres hommes. Mais un arbitraire et une indignité dont l'existence même révèle que la nature humaine comporte une certaine ambivalence qui fait que les hommes peuvent à la fois se révolter contre l'arbitraire — par exemple l'arbitraire colonial contre lequel sans doute luttaient les combattants marocains auteurs de la mutilation —, et commettre des actes humainement ruineux pour leur cause. Ce qui veut dire que la nature humaine n'est pas un donné prêt à l'emploi, mais bien plutôt un « programme de recherche » indiqué et orienté par la révolte contre l'injustice. Une recherche dont avec Camus il serait sans aucun doute présomptueux ou singulièrement naïf de penser qu'elle pourrait un jour aboutir pleinement. Le croire serait tomber dans le piège, toujours mortifère, de l'idéologie contre laquelle il n'a eu de cesse de lutter. Ce que l'on peut espérer et ce que l'on peut fixer comme objectif à une théorie du Droit éthiquement réarmée à son inspiration, c'est un Droit et un Juge « à hauteur d'homme », qui posent une limite à l'injustice, sans prétendre en présence d'une société humaine complexe, évolutive, politique, parvenir jamais à un parfait consensus sur la justice. Le *Juge révolté* ne peut espérer plus que le docteur Rieux dans *La peste* : « Je n'ai pas de goût je crois, pour l'héroïsme et la sainteté. Ce qui m'intéresse, c'est d'être un homme ». ⁴⁷⁰ Il ne s'agit pas pour le juge d'être un saint de la justice, mais un juge qui s'efforce d'être un homme digne de ce nom ; un homme qui « s'empêche » face à l'injustice majeure que lui ferait commettre l'application sans limite éthique d'une loi. Il s'agit au moins pour le Juge « de ne pas ajouter au malheur du monde », comme pour le médecin de ne pas aggraver l'état de son malade. Et de rechercher autant qu'il est possible un accord entre les consciences. De faire en

⁴⁷⁰ OC/LP, T. III, p. 211.

sorte que l'éthique du Droit puisse apparaître aux justiciables le moins possible sous la forme d'un « argument » d'autorité et le plus possible comme ce qui est nécessaire à l'existence d'un véritable Droit. Ce qui pourrait être la tâche au-delà des Juges, d'une communauté juridique sortie de l'impasse humaine du neutralisme.

Section 2. L'assignation d'une limite humaine à l'application de la loi

267. Le neutralisme axiologique fait du juge un technicien. Il doit appliquer la loi quelle qu'elle soit et il doit juger, que la loi lui fournisse une solution toute prête ou qu'il doive pour résoudre les problèmes soulevés par l'affaire dont il est saisi, faire preuve d'une certaine créativité technique comme le font les ingénieurs. À l'instar de l'ingénieur qui considère n'encourir aucune responsabilité au titre de la décision de concevoir telle ou telle machine et de son emploi à la suite, fût-il meurtrier — la responsabilité incombant au seul décideur « politique » (entrepreneur privé ou public) —, le juge doit-il considérer qu'il n'encourt aucune responsabilité au titre des effets humains, éventuellement calamiteux, de la loi qu'il a appliquée avec ou sans son apport technique ? (§1) Et pour aller jusqu'au bout d'un tel questionnement, faut-il admettre que « si le crime devient loi, il cesse d'être crime » ? (§2)

Paragraphe 1. Doit-on en tant que technicien se désintéresser des effets humains de la loi ?

268. On en vient plus précisément encore avec cette section et les questions qu'elle soulève dans la continuité de la précédente, à la preuve par l'absurde annoncée dans l'introduction générale. La preuve du bien-fondé du rejet du neutralisme axiologique — et donc du bien-fondé en son principe de la théorie contraire —, repose sur l'impossibilité d'admettre, si l'on est un homme digne de ce nom, l'inhumanité à laquelle son application peut conduire. Une inhumanité dont il sera par la suite donné quelques exemples. Dans ses *Cahiers*, Maurice Barrès demande « Jusqu'à quelle limite ceux qui obéissent doivent-ils obéir ? »⁴⁷¹ Ou autrement dit, jusqu'à quelle limite est-il possible sans perdre sa dignité, d'obéir ? « Nous ressentons la perte de notre dignité comme un malheur au sens d'une infamie ». Une infamie qui « remet en question notre volonté de continuer à vivre. Nous avons perdu quelque chose de vital, sans quoi notre vie nous paraît ne plus valoir la peine d'être vécue », écrit Peter Bieri.⁴⁷²

⁴⁷¹ Maurice Barrès, *Mes Cahiers*, T. 5, 1906-1907, édit. Plon, 1932, p. 115.

⁴⁷² Peter Bieri, *La dignité humaine, une façon de vivre*, édit. Buchet-Chastel, 2016, p.

Et si l'on peut toujours disserter sur le concept de dignité humaine, sur ce qu'il recouvre exactement, il n'est pas vrai que l'on puisse douter sérieusement, honnêtement, ni même rationnellement, de l'existence, derrière le mot, d'une exigence essentielle : celle d'être reconnu à égalité en tant qu'homme parmi les hommes.

269. Le déni par un homme de la qualité pleine et entière d'homme d'un autre homme quel qu'il soit, constitue sans aucun doute la limite que ne saurait franchir qui que ce soit sans perdre sa propre dignité d'homme. Qui que ce soit et *a fortiori* un juge qui en la franchissant, en faisant application d'une loi qui consacre ce déni, ne perd pas « seulement » sa dignité d'homme mais également celle de juge. Qui que ce soit et *a fortiori* aussi, le scientifique du droit (avec ou sans guillemets) qui fait comme si l'objet de sa science était comparable à celui, par exemple, d'un géologue ; comme si la loi et la roche, c'était tout comme. Comme si l'on pouvait avoir le même détachement, la même objectivité, à l'égard de l'une qui est une création purement humaine, immatérielle, dont les effets purement humains nécessitent pour être effectifs l'action d'humains, et à l'égard de l'autre qui est un objet naturel dont les propriétés sont purement physiques. Comme si l'on pouvait en toute innocence scientifique s'affranchir de tout jugement éthique lorsque l'humanité est en jeu. Comme si la qualification de « droit » d'une norme pouvait équivaloir à l'identification d'une loi physique.

270. Penser le Droit avec Camus, ce n'est pas le penser exclusivement à la limite extrême de l'injustice. Ce qui conduirait à une conception de la justice singulièrement restrictive. La révolte contre l'injustice inspirée de sa pensée et de son exemple concerne aussi des injustices moins flagrantes que celle qui consiste à nier en bloc, ou en principe, la dignité d'homme d'un homme. Est également à prendre en compte, par exemple, l'abandon à leur sort des plus démunis dont il a été question plus haut. Mais se situer au plus haut niveau de l'injustice permet de démontrer qu'une conception du droit qui intègre la possibilité de la négation par la loi de la dignité d'homme à un homme ou à un ensemble d'hommes, est une conception qui a franchi la frontière en un certain sens naturelle, entre l'humanité et son contraire. Une conception axée sur un principe de neutralité axiologique du Droit (c'est-à-dire en fait du savant et du juge) en lequel il serait sans aucun doute abusif de réduire le positivisme compte tenu de la diversité des théories qu'il a suscitées. Mais un principe qui est et demeure de notre point de vue le plus significatif et le plus profondément déterminant. Une conception qui, on l'a dit, plus ou moins consciemment, est celle des professionnels du droit, c'est-à-dire de ceux qui font vivre

le Droit. Et donc la conception qu'il importe au premier chef de combattre si l'on se place sur le terrain du Droit positif.

271. De la même façon que « Juger que la vie vaut ou ne vaut pas la peine d'être vécue »⁴⁷³ est pour le philosophe « la plus pressante des questions »⁴⁷⁴, juger que le Droit peut ou ne peut pas autoriser l'inhumain, est pour le juriste et singulièrement pour le juge sorti de la pensée quasi-unique du droit, la question à laquelle il doit répondre en premier. En faisant appel à la raison raisonneuse mais aussi à la raison du cœur dont parle Pascal, dont Camus était un lecteur assidu, dans ses *Pensées* : « Nous connaissons la vérité, non seulement par la raison, mais encore par le cœur ; c'est de cette dernière sorte que nous connaissons les premiers principes, et c'est en vain que le raisonnement qui n'y a point de part essaye de les combattre ». ⁴⁷⁵ Le premier et sans doute le plus déterminant des enseignements en provenance du cœur intelligent pascalien que puisse recevoir un juge qui, pour être un juge, n'en demeure pas moins — ou n'en devrait pas moins demeurer en toutes circonstances — un homme, qu'il soit en robe ou non, est l'impossibilité éthique en question : celle d'admettre l'application d'une loi aux conséquences humainement calamiteuses ; une de ces lois qui provoquent un haut le cœur chez tout homme doté d'une conscience morale encore vive et active — ni sclérosée par la routine, ni tétanisée par la peur des conséquences de la résistance, ni hypnotisée par le serpent de l'idéologie.

272. L'histoire à laquelle on peut se référer utilement, l'histoire qui commande de poser la question de la limite à l'application de la loi, n'est pas une histoire lointaine. Elle est celle vécue par Camus lui-même, dont témoignent encore aujourd'hui certains de ses acteurs vivants tels Edgar Morin, grand résistant lui-aussi qui, à 97 ans, vient de publier ses mémoires. Une histoire dans laquelle hélas, pour illustrer ce qui est en question avec la *théorie du Droit de l'Homme révolté*, on peut puiser une multitude d'exemples. Deux sont choisis en raison de ce qu'ils sont en rapport direct avec le principe de la neutralité axiologique tel qu'il est conçu par la théorie dominante du droit à laquelle le savant, le juge et l'ensemble des juristes reconnaissent non seulement une valeur scientifique, mais aussi une valeur positive puisqu'elle est la conception qui préside à leur pratique du droit.

⁴⁷³ OC/MS, T.I, p. 221.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ Blaise Pascal, *Pensées*, Œuvres philosophiques, édit. Gallimard, La Pléiade, 2000, t. II, p. 573-574.

273. Un premier exemple est trouvé dans l'attitude, inverse d'un Camus ou d'un Morin, d'un éminent juriste français déjà cité, Georges Ripert, professeur à la faculté de droit de Paris, membre de l'Institut, auteur de nombreux traités toujours cités dans les ouvrages et les bibliographies destinées aux étudiants en droit. Cette figure de la science juridique d'hier et d'aujourd'hui pour des générations entières de juristes, cette figure en quelque sorte tutélaire, préfaçant un livre collectif sur les lois nazies, déclara sans sourciller et sans jamais par la suite le regretter, que : « L'homme de science a le droit de se désintéresser des conséquences pratiques de ses études ». L'homme de science au même titre que le géologue dont il a été question plus haut. En l'occurrence, le « Doyen de la faculté de droit de Paris devenu secrétaire d'État à l'Instruction publique du gouvernement de Vichy [qui] rappelle Alain Supiot, (...) présida aux premières épurations politiques et raciales du corps enseignant [et] déclara en privé trouver « brutales et injustes » les premières lois antisémites qu'il mettait dans le même temps en œuvre en tant que technicien ». ⁴⁷⁶ En tant que secrétaire d'État et technicien, il n'hésitera pas à signer la révocation de René Cassin dont il avait pourtant été l'ami avant-guerre. René Cassin qui sera, entre-autres, membre du gouvernement de la France libre, l'un des auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme et qui recevra en 1968 le prix Nobel de la paix.

274. Or la position actuelle de la plupart des théoriciens et praticiens du droit qui considèrent que la définition du droit par l'autorité dont il émane, quelle que soit cette autorité pourvu qu'elle ait la force pour elle pour imposer sa loi, n'est pas en son principe fondamentalement différente de celle exprimée par Georges Ripert. « On a souvent critiqué cette définition du droit par l'autorité dont il émane — indépendamment de sa conformité à la morale —, puisqu'elle peut conduire à appeler « droit » aussi bien les règles de l'Etat nazi que celles des sociétés libérales », écrit ainsi Michel Troper (dont on ne saurait pourtant douter de l'humanisme), mais « Cette critique est pourtant mal fondée, car la qualification de droit n'est pas un jugement moral. Elle n'implique ni que les règles sont justes, ni même qu'il faille leur obéir ». ⁴⁷⁷

275. Autrement dit dans cette conception, le scientifique du droit se « lave les mains », comme jadis selon la Bible Ponce Pilate à propos de la condamnation de Jésus à la cruxifixion,

⁴⁷⁶ Alain Supiot, professeur au Collège de France, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, édition du Seuil, 2005, p. 25.

⁴⁷⁷ Michel Troper, *La philosophie du droit*, PUF, 3^{ème} édit., 2003, p. 20-21.

des conséquences de sa qualification de « droit » d'une loi qui, par exemple, conduira le juge, puisqu'elle est en tant que droit, applicable, à condamner des gens dont le seul tort aux yeux du législateur est d'exister. Ce scientifique considèrera, puisque la qualification de droit d'une règle n'implique pas qu'il faille lui obéir, que l'application de la loi en question est de la seule responsabilité, y compris morale, de chacun de ceux qu'elle concerne, non de la sienne. Sachant que pour lui ceux qui ne l'appliqueront pas seront nécessairement dans l'illégalité puisqu'il lui a reconnu la qualité de « droit », et encourront les sanctions possiblement fatales prévues dans ce cas. Et ce qui vaut pour le scientifique du droit vaut également pour le juge qui, avant d'appliquer une loi, doit lui reconnaître cette qualité, lui aussi en tant que technicien ou scientifique en toute irresponsabilité. Laquelle sera étendue à la décision qu'il rendra sur son fondement en tant que conséquence technique nécessaire de cette qualification et donc en l'absence, là encore, de tout jugement moral. Dans cette configuration, personne en fait dans tout le circuit juridico-judiciaire, du scientifique du droit au bourreau, en passant par le policier et le juge, n'est responsable de rien. Il n'y a aucun responsable entre le pouvoir politique et le citoyen. Seul le premier est responsable et encore, au plan judiciaire, seulement s'il est renversé et si le nouveau pouvoir le veut et le peut. Une irresponsabilité intolérable pour celui qui, dans l'inspiration de *L'Homme révolté* de Camus, pense qu'aucun homme, quelle que soit sa position, sa fonction sociale, ne peut jamais totalement reporter sur les autres la responsabilité de ses actes, quelle qu'en soit la nature.

276. Le second exemple est fourni par Michel Troper lui-même, avec une décision qui se présente comme une sorte d'exception au principe de non rétroactivité de la loi actuelle fondée sur l'indignité d'une loi antérieure. « Dans l'Allemagne nazie, les propos hostiles au régime étaient tenus pour criminels en vertu d'une loi, et tous ceux qui les entendaient, y compris les proches, étaient tenus de les dénoncer. Après la fin de la guerre, une femme est poursuivie pour avoir dénoncé son mari qui avait été arrêté, condamné à mort et exécuté. Devait-elle être condamnée ? La réponse, explique l'auteur, dépend seulement de la définition du droit, et c'est en ces termes que les tribunaux ont effectivement posé le problème. On peut d'abord considérer que, quels qu'aient été les motifs de la dénonciatrice, qui ne tenaient ni à la fidélité au régime, ni à la volonté de respecter la loi, mais simplement à la haine, et quel que soit le jugement moral que l'on porte sur elle, elle n'a fait que se conformer au droit en vigueur à cette époque. Elle devrait donc être acquittée. Mais on peut aussi soutenir que la loi nazie était si abominable, c'est-à-dire si contraire aux principes fondamentaux de la morale, qu'elle ne méritait pas le nom de loi et qu'elle n'était pas une loi du tout, de sorte que la dénonciatrice

n'avait aucune obligation de s'y conformer et avait même l'obligation de lui désobéir. Si la loi nazie n'en était pas une, elle n'avait pu remplacer la loi antérieure qui, elle, punissait les dénonciations abusives. La femme devrait donc être condamnée ». ⁴⁷⁸ Et elle le fût effectivement par la Cour d'Assises pour complicité de meurtre. ⁴⁷⁹ Où l'on voit à quelles contorsions intellectuelles on doit se livrer pour faire coïncider un sens commun de la justice retrouvé et une conception du droit à laquelle la défense de l'accusée « collait » en l'occurrence parfaitement. Comment admettre qu'une loi tenue pour positive à un moment donné, puisse perdre sa positivité à un autre moment en raison du constat postérieur de son indignité ? Un constat éventuellement fait par le même juge que celui qui officiait avant le renversement du régime qui avait produit la loi incriminée ; ou en tout cas par un juge qui partageait la même conception du droit « défini par l'autorité dont il émane ».

Commentaire. On ne peut mieux synthétiser la problématique sous-jacente à ce paragraphe qu'en citant le philosophe du droit et ancien ministre de la justice sous la République de Weimar Gustav Radbruch qui, dans le cadre des débats qui ont agité les juristes allemands à la suite de la capitulation de l'Allemagne en 1945, « entendait tirer les conséquences du désastre que fut le nazisme sur le plan du droit et de la justice. De son point de vue, le positivisme juridique avait « rendu les juristes comme le peuple sans défense contre des lois toujours plus arbitraires, toujours plus cruelles, toujours plus criminelles ». ⁴⁸⁰ Il considérait ainsi que « Le droit positif, garanti par les statuts et l'autorité, a aussi la priorité lorsqu'il est injuste et inapproprié dans son contenu, sauf dans le cas où la contradiction entre la loi positive et la justice (*Gerechtigkeit*) atteint un degré tellement insupportable, que [cette]loi doit céder la place à la justice ». Dans ce cas ajoute-t-il, « la loi (positive) n'est pas seulement un droit injuste, mais, bien plus, elle perd complètement son caractère juridique ». ⁴⁸¹ Une position dont on ne peut que partager en son principe la motivation humaine, mais qui, parce qu'elle est et demeure « à cheval » entre le juspositivisme et le jusnaturalisme, n'est pas de nature à permettre le dépassement nécessaire de cette opposition traditionnelle. Un dépassement que peut par contre permettre une

⁴⁷⁸ Michel Troper, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁷⁹ *Les magistrats, le droit positif et la morale, usages sociaux du naturalisme et du positivisme juridiques dans la France de Vichy et en Allemagne depuis 1945*, par Liora Israël et Guillaume Mouralis, CURAPP, *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, 2005, p. 63.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 62.

⁴⁸¹ Michel Troper, *op. cit.*, *Ibid.*

conception du Droit positif bidimensionnelle : comportant une dimension politique qui correspond à la loi du pouvoir détenteur de la force, et une dimension éthique qui permet de poser une limite à l'injustice de la loi. Une injustice qui peut éventuellement être prise en compte à un niveau inférieur à celui du « tellement insupportable ». Le placement du curseur qui, dans notre théorie, est l'apanage du Juge, dépend de l'évolution de la « sensibilité à l'injustice » de la cité que lui aussi représente dans les strictes limites de son office.

Paragraphe 2. Doit-on admettre que « si le crime devient la loi, il cesse d'être crime » ?

277. À défaut d'aller vers un changement radical de conception du Droit, il y a fort à parier que les préoccupations de justice des juristes continueront de s'exprimer après coup, un peu sous la forme d'un repentir comme le font volontiers les religieux. Autrement dit, la justice ou l'injustice du droit continueront de dépendre des circonstances politiques. Et rien ne permet d'être assuré que ce qui a eu lieu par le passé ne se reproduira pas dans l'avenir. Quand en effet il s'est agi de passer d'un droit démocratique et républicain à un droit sous tutelle nazie après la défaite de 1940 et la signature le 22 juin de la même année de l'armistice qui devait entraîner la fin de la III^e République, tous les magistrats à l'exception d'un seul, Paul Didier, ont prêté serment de fidélité au Maréchal Pétain qui incarnait le renouveau que l'on sait, dans les conditions juridiques de l'acte constitutionnel n° 9 du 14 août 1941. Une allégeance encore compréhensible à ce moment de trouble et de relative incertitude, mais qui l'est beaucoup moins pour tous ceux, de loin les plus nombreux, qui ne reconsidéreront pas leur position malgré le développement fasciste du régime ⁴⁸² et liberticide du droit positif. Paul Didier, lui, sera suspendu le surlendemain de son refus, révoqué, arrêté, envoyé dans un camp d'internement puis assigné à résidence avant de rejoindre la résistance. Dans la logique de la conception dominante du droit d'alors et d'aujourd'hui, c'est bien entendu les juges soumis dont la soumission ne devait être, et n'a en effet été, qu'une formalité, qui avaient raison.

278. Et il n'y a rien d'étonnant au fait qu'au-delà de leur office ordinaire, ils ont été « fortement impliqués dans la politique de répression et de persécution menée par les nazis et

⁴⁸² Selon l'historien américain Robert O. Paxton, « Le régime de Vichy n'est certainement pas fasciste au début, car il ne possède ni parti unique ni institutions parallèles. Mais au fur et à mesure qu'il se transforme en État policier, sous les pressions de la guerre, des institutions parallèles apparaissent : la milice, les cours martiales, la police aux questions juives »... et il devient fasciste. » (*Les fascismes*, 1994, article mis en ligne le 30.05.2006 – URL : <http://cmb.ehss.fr/5>).

le régime de Vichy car la lutte contre la Résistance et les pratiques d'exclusion à l'encontre de certaines catégories (les étrangers, les juifs, les francs-maçons) s'étaient abritées sous l'autorité de la loi ». ⁴⁸³ Une autorité sous laquelle, à la Libération, les magistrats collaborateurs continueront de s'abriter pour se disculper, avec d'autant plus d'efficacité que les responsables de l'épuration répugneront à exclure de « bons magistrats », c'est-à-dire de bons techniciens de la pratique judiciaire, même si on pouvait leur reprocher d'avoir servi avec zèle le régime de Vichy ». ⁴⁸⁴ C'est donc pour ne pas avoir à envisager le recrutement et la formation de tout un corps et la vacance pendant une longue période de l'appareil judiciaire, qu'aucune véritable épuration n'a été menée, en France comme en Allemagne. ⁴⁸⁵ La situation, du côté de la « défense », n'était globalement guère plus brillante. Robert Badinter ⁴⁸⁶ a en effet montré que contrairement à ce qu'avait pu prétendre en 1946 le bâtonnier Poignard à l'occasion d'une audience solennelle au Palais de justice de Paris, le barreau dans son ensemble n'avait pas été le « rempart suprême des libertés » qu'il invoquait. Bien au contraire, puisque, par exemple, le Conseil de l'ordre parisien n'avait rien fait pour empêcher l'éviction des avocats juifs, ou même simplement protester contre cette éviction. ⁴⁸⁷ Il y eut néanmoins, il est vrai, parmi les avocats comme parmi les magistrats quelques résistants authentiques à l'extérieur des palais et à l'intérieur quelques résistances qui l'auront été plus ou moins. Reste que globalement les années de guerre furent, c'est le moins que l'on puisse dire, peu glorieuses pour l'institution judiciaire. Des années qui ne constituèrent pas une exception dans l'attitude des magistrats à l'égard du pouvoir, mais révélèrent au contraire la continuité sans faille et la force de leur allégeance audit

⁴⁸³ *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération*, Revue « Histoire de la justice » n° 6, Actes du colloque de l'AFHJ, Paris, 4-5 décembre 1992, Paris, Loysel, 1993, p. 2.

⁴⁸⁴ « Dans la pratique, la compétence sera, sans surprises, un critère non négligeable d'absolution, un choix réaliste que l'on retrouve sur l'ensemble de l'épuration administrative et professionnelle. » *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération*, *Ibid.*

⁴⁸⁵ L'essentiel étant donc du point de vue des autorités de la libération, d'éviter une épuration trop sourcilleuse ou autrement dit massive, de la magistrature, qui aurait fragilisé « d'emblée ce qu'il s'agissait précisément de renforcer, à savoir le retour à la légalité républicaine. », *Ibid.* Ce qui, on peut le noter, ne faisait que répéter ce que le régime de Vichy avait lui-même fait au tout début de l'Occupation en ne procédant à aucune sélection idéologique ! Mais, comme la suite l'a démontré, ce n'était effectivement pas nécessaire pour obtenir une allégeance servile. Au final, « l'épuration s'est (donc) traduite dans les faits par la mise en place d'un cadre et d'une pratique juridique hybride que l'on pourrait qualifier de retour de l'État de droit dans la continuité du régime d'exception instauré par Vichy ». *Ibid.*, p.3.

⁴⁸⁶ Robert Badinter, *Un antisémitisme ordinaire. Vichy et les avocats juifs (1940-1944)*, éd. Fayard, Paris, 1997.

⁴⁸⁷ Lucien Vidal-Naquet fût, semble-t-il, le seul à qui l'on proposa son maintien dans la profession. Mais il rejeta le principe même de cette faveur accordée par un régime dont il ne reconnaissait pas la légitimité. Il devint résistant, fût arrêté et déporté en 1944 avec son épouse à Auschwitz où ils moururent.

pouvoir. Sans que cela ne provoque de leur part une réflexion en profondeur sur la conception qui est au principe même de cette allégeance. Ni de la part de beaucoup d'observateurs, autre chose que des explications sans suite véritable.

279. Bruno Leroux, dans sa présentation sur le site de la Fondation de la résistance de La justice des années sombres, 1940-1944, explique que l'attitude des magistrats « ne peut se comprendre sans référence au temps long, celui qui a permis à la magistrature de forger son identité sous la III^e République. La "tradition" républicaine du corps incluait l'acceptation des juridictions d'exception (celles du Second Empire ont été légalisées *a posteriori* par la Cour de Cassation) ; elle exigeait du juge le respect inconditionnel de la loi (mis à l'épreuve, notamment, lors de l'application des lois contre les congrégations religieuses) et avait assimilé à une défense " dépolitisée " de l'ordre social les luttes contre certaines forces politiques (anarchistes dans les années 1890, communistes dans les années 1920). C'est au nom de cette tradition que les magistrats ont conçu leur soumission aux lois de l'État français (et leur prestation de serment au Maréchal Pétain) comme relevant de l'ordre de l'obligation professionnelle et non du geste politique. En définitive, la période vichyste est ici le révélateur des problèmes posés par le manque de contrôle de la Loi par le Droit dans la tradition républicaine française ». ⁴⁸⁸ Mais qui pourrait distinguer la loi du Droit ? Qui pourrait exercer un tel contrôle, alors qu'il est exclu, par hypothèse, qu'il soit assuré par le pouvoir politique auteur de la loi à laquelle il s'agit d'opposer une limite au nom du Droit ?

280. Qui, sinon le Juge dont c'est la mission de Dire le Droit. Un Juge transfiguré par la prise de conscience de l'étendue réelle de cette mission. Mais une étendue elle-même limitée. Il ne s'agit pas en effet de transférer les risques de dérive de la loi au Droit, du pouvoir politique au Juge. Il y a sans doute peu à craindre, après 230 années de subordination zélée, de voir émerger un « gouvernement des juges », mais la tentation d'abuser du pouvoir est générale, et il faut donc toujours s'efforcer d'équilibrer les pouvoirs en place. Ce qui en l'occurrence ne fait guère de difficulté dès lors que ce qui est en jeu ce n'est nullement le pouvoir pour le juge de disposer par voie générale, de renouer peu ou prou avec les « arrêts de règlement » des Parlements d'Ancien régime. Il s'agit seulement pour le *Juge révolté*, à qui il revient de garantir le respect de la dimension éthique du Droit, de refuser, dans les strictes limites de sa saisine,

⁴⁸⁸ Présentation par Bruno Leroux sur le site de la Fondation de la résistance de : *La justice des années sombres, 1940-1944*, Préface de Pierre Truche, Association Française pour l'Histoire de la Justice, Paris, éd. La documentation française, 2001.

l'application d'une loi qui la contredit gravement. L'autorité de son jugement ne dépasse en rien celle de tout autre jugement. Un jugement qui n'est cependant pas comme les autres sur le fond en ce qu'il apporte une réponse proprement judiciaire inédite à la question de savoir quelle attitude doit être celle du juge dans les moments de dépérissement, voire de basculement, des libertés dans l'arbitraire du pouvoir politique. Jusqu'à présent le juge avait à choisir entre cinq possibilités : se soumettre sans retenue au pouvoir ; faire semblant de se soumettre et résister de l'intérieur de l'institution judiciaire ; se démettre et se mettre à l'abri si c'est possible ; se démettre et entrer dans la résistance ; ou encore, sans vraiment résister mais sans vraiment non plus adhérer, choisir une collaboration minimum. La solution retenue par le *juge révolté* consiste non seulement à ne pas démissionner, à ne pas « faire semblant », à ne pas collaborer *a minima*, mais au contraire à affirmer sa présence et sa volonté d'assumer la plénitude de son office ; ce qui évidemment suppose une certaine prise de risques, un certain courage.

281. La portée de la reconnaissance et de l'interprétation de la dimension éthique du Droit par le Juge ne saurait être limitée à la seule sphère judiciaire. Les fonctionnaires et particulièrement les « hauts fonctionnaires », les « fonctionnaires d'autorité », ne peuvent qu'être également concernés. Les fonctionnaires doivent en général appliquer la loi, mais dès lors qu'une limite serait apportée à l'application de la loi, au nom du Droit, par le Juge, ils devraient aussi en tenir compte. Dans un État de Droit (distingué de « l'État de loi ») Les fonctionnaires ne sont pas les agents du pouvoir en place, mais les agents de l'État en tant qu'organisation et instrument au service du peuple souverain ; un État dont ils assurent la continuité. Reste que la distinction entre les « fonctionnaires d'exécution » et les « fonctionnaires d'autorité » ou « les hauts fonctionnaires » n'est pas sans intérêt. On peut admettre, en effet, que les premiers qui ne disposent d'aucune autonomie d'appréciation, qui sont placés dans une dépendance hiérarchique pesante, s'en tiennent aux ordres de leurs supérieurs fondés sur une loi manifestement indigne. Mais il est beaucoup plus difficile d'admettre qu'il en soit ainsi pour ceux qui, parmi ces derniers, disposent de réels pouvoirs d'appréciation. Et il en va ainsi notamment pour ceux qui sont les plus proches du pouvoir à l'échelon central ou local au meilleur niveau, tels par exemple que les préfets qui n'ont pas plus que les juges brillés par leur capacité à poser une limite éthique à leur action. Si comme le note Luc Rouban dans *Les préfets en République 1870-1997*, « la force d'un corps repose sur sa capacité d'adaptation et d'absorption des contraintes suscitées par l'environnement

sociopolitique »⁴⁸⁹, on peut dire que cette capacité s'est révélée considérable à de multiples occasions et notamment pendant la seconde guerre mondiale. À de très rares, mais il est vrai d'autant plus remarquables, exceptions près.

282. Ainsi de l'attitude de Jean Moulin le plus jeune préfet de France qui, en poste en Eure et Loir, refuse immédiatement de se soumettre aux dictats des allemands avant d'être révoqué par Vichy et de passer dans la résistance où il va, au prix de sa vie, jouer le rôle déterminant que l'on sait. A la libération, tous les autres préfets et plus généralement tous les hauts fonctionnaires ou presque « qui avaient joué la carte technique [c'est-à-dire celle de l'obéissance inconditionnelle à la loi du pouvoir en place pourvu qu'il dispose *a minima* à défaut d'une armée — l'« armée d'armistice » dépendait totalement des Allemands et sera d'ailleurs dissoute par Hitler en 1942 — d'une police efficace] ne perdirent rien — au moins jusqu'à ce que la notion de crime contre l'humanité ne vienne, bien plus tard, rattraper un tout petit nombre d'entre eux. »⁴⁹⁰ Ce qui fût le cas de Maurice Papon, secrétaire général de la préfecture de Bordeaux pendant l'Occupation (et notamment préfet par la suite) co-responsable de la déportation de près de 1500 juifs, très tardivement recherché par la justice après la poursuite d'une « brillante » carrière successivement sous la quatrième et la cinquième Républiques. Et finalement condamné le 2 avril 1998 par la Cour d'assises de la Gironde à dix ans de réclusion criminelle pour complicité de crime contre l'humanité. Sans évidemment remettre en cause le bien-fondé de cette condamnation on peut, dans notre optique, regretter à propos de l'affaire Papon que le rejet par Jacques Chirac au plan politique et par le Conseil d'État au plan juridique (« jurisprudence Papon ») de la doctrine de la parenthèse constitutionnelle entre 1940 et 1944, n'ait pas été formulé en distinguant clairement entre la continuité du point de vue de la loi et de « l'État de loi » dans notre terminologie, et la continuité du point de vue du Droit et de l'État de Droit au sens plein de cette locution.

283. Un État de Droit fondé sur l'existence d'un Droit qui comporte la dimension éthique sans laquelle l'État peut être indifféremment, par exemple, fasciste ou républicain, dictatorial ou démocratique. Et dans ce cas, sans nier la continuité de l'État en/de France (pour ne pas dire « l'État français » qui était le nom officiel de Vichy), admettre avec l'ordonnance

⁴⁸⁹ Luc Rouban dans *Les préfets en République 1870-1997*, Cahiers du CEVIPOF, n° 26, FNS-CNRS, 2000, p. 4.

⁴⁹⁰ Marc Olivier Baruch, *Qui sont les préfets de Vichy ?* Site de L'Institut d'Histoire du Temps Présent (IHTP).

du 9 août 1944 qu'il y a bien eu retour de la légalité républicaine. Ce qui aurait permis également de considérer que les actes commis par Papon étant manifestement contraires au Droit, ne pouvaient être peu ou prou rattachés au « service ». Or on sait que le Conseil d'État a été saisi par l'intéressé d'une demande tendant à le décharger de la condamnation civile au motif que sa responsabilité personnelle ne pouvait être retenue puisqu'il avait agi en tant que fonctionnaire, et que la haute juridiction le 12 avril 2002 l'a suivi en partie en partageant par moitié les responsabilités et partant les condamnations civiles (719 559 euros). Il va de soi que l'indemnisation des victimes devait être assurée éventuellement par l'État si les biens du condamné ne devaient pas suffire, mais uniquement en raison de cette insolvabilité. Que ce soit au titre d'actes tels que ceux commis par Papon, est inacceptable pour qui pense le Droit avec Camus qui condamnait « ceux qui ont su trahir leur pays sans cesser de respecter la loi »⁴⁹¹ et pour qui comme l'écrit René-Jean Dupuy à son propos, « l'État n'est supportable que s'il est maintenu dans des limites » —⁴⁹² celles du Droit, mais d'un Droit qui comporte une limite éthique à l'application de la loi sans laquelle il n'y a pas de véritable État de Droit.

284. La « technique » est le paravent commun à l'ensemble des agents de l'État qui, n'adhérant pas du tout ou en tout cas franchement à l'idéologie mortifère du pouvoir (auquel cas il ne serait plus question d'obéissance inconditionnelle à la loi mais de participation au projet politique du pouvoir), refusent de considérer qu'il y a toujours une limite à leur obéissance. Une limite qui, pour le dissident, pour celui qui au contraire estime qu'il ne peut être un intermittent de l'humanité, qu'il ne peut honnêtement s'estimer dégagé de toute responsabilité en ce qui concerne les conséquences inhumaines de ses actes « techniques », ne peut être fondée sur la seule loi, fût-elle constitutionnelle. La loi peut bien entendu prévoir une limite à l'obéissance du fonctionnaire, mais une limite qui, par nature, sera subordonnée en tous points aux aléas de la politique. C'est ainsi par exemple qu'en droit français la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*, dite loi Le Pors du nom du ministre chargé de la fonction publique de l'époque, dispose en son article 28 alinéa 1^{er} que « Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public ».

⁴⁹¹ Éditorial de Combat du 27 septembre 1944.

⁴⁹² DAC, p. 275.

285. Cette loi peut bien entendu être modifiée ou supprimée au gré des circonstances politiques. Il se peut aussi qu'elle soit maintenue, mais qu'elle n'interdise pas pour autant à un supérieur de donner un ordre aux effets parfaitement arbitraires quoi que légaux. Il est en effet évident qu'un ordre n'est « manifestement illégal » qu'en fonction d'un certain état de la légalité. Par exemple la jurisprudence actuelle relative au texte susvisé soumet le « devoir de désobéissance » à deux conditions cumulatives : l'ordre doit être manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.⁴⁹³ Mais il se peut, par exemple, que le législateur supprime l'infraction pénale qui aurait rendu l'ordre manifestement illégal et donc rende désormais l'opposition à cet ordre fautive. Il ne peut ainsi jamais être exclu qu'un parti xénophobe prenne le pouvoir, y compris par les urnes, et supprime certains articles du code pénal tels que les articles 225-1 relatif à la discrimination et 432-7 relatif plus précisément à celle « commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique », et qu'une telle personne donne l'ordre à un subordonné de prendre une mesure discriminatoire. Une mesure qui, alors, ne serait pas illégale, en tout cas sur la base de ces textes. Et peu importe qu'il y ait d'autres textes protecteurs. Le même pouvoir xénophobe suffisamment déterminé et disposant des moyens politiques nécessaires, pourrait tout aussi bien s'en délier, qu'ils soient nationaux, européens ou internationaux.

286. Seul le *Juge révolté* pourrait alors maintenir la possibilité pour le fonctionnaire de refuser d'appliquer un ordre discriminatoire, non plus au nom de la loi mais au nom du Droit. Une légitimation qui est la contrepartie de l'imputation à tout fonctionnaire d'une responsabilité personnelle au titre d'actes accomplis dans le respect de la légalité mais en contravention avec le Droit. Une responsabilité dont on peut admettre qu'elle soit graduelle, fonction de la position du fonctionnaire dans la pyramide administrative. Une graduation que l'on ne peut par contre admettre en ce qui concerne les juges bien que leur pyramide statutaire et la pyramide judiciaire ne soient pas moins verticales et rigides. Mais eux, à tous les « étages » disent le Droit. Un juge de proximité au sens de la loi du 23 mars 2019, ne dit pas moins le Droit qu'un conseiller à la Cour de cassation. S'agissant de l'éthique du Droit affirmée et définie en dehors de la loi, les

⁴⁹³ On peut citer sur ce point une décision rendue par la cour administrative d'appel de Lyon le 24 octobre 2017 (CAA Lyon, 24 octobre 2017, n° 16LY00300, *M. B c/ Syndicat mixte du Lac d'Annecy*). Dans cet arrêt, la Cour précise que l'illégalité de l'ordre ne suffit pas à légitimer le refus d'obéissance. En effet, il faut également qu'il soit de nature à compromettre gravement un intérêt public. C'est également ce que rappelle la cour administrative de Versailles dans un arrêt du 15 mars 2018 (*Commune de Garges-Lès-Gonesse*, n° 16VE03904). Ce qui, *a contrario*, veut dire qu'un agent public doit obéir à un ordre qui ne compromet pas gravement un intérêt public, même s'il est « manifestement illégal ».

hiérarchies légales sont en effet nécessairement inopérantes. La reconnaissance d'une telle responsabilité par le *Juge révolté* est le seul garde-fou juridique envisageable contre les abus conjoints toujours possibles d'une institution judiciaire et d'une administration formée à la révérence de l'ordre établi et à laquelle le positivisme a donné sa caution pseudo scientifique. Une idéologie confortable de la soumission maquillée en science qui, en fait, imprègne uniformément les esprits de tous ceux qui, à un titre ou à un autre, « font l'État », ou à tout le moins, le portent, puisque sans eux, il ne pourrait agir et donc tenir. Tous à l'heure de rendre des comptes se réfugiant, avec plus ou moins de sincérité, derrière l'autorité de la loi dont ils tiraient leur propre autorité. Refusant d'endosser une quelconque responsabilité personnelle aussi zélée qu'ait pu être son application. Un zèle qui, selon eux, n'a fait que démontrer leur loyauté sans faille, leur remarquable efficacité professionnelle, leur louable dévouement à la chose publique.

287. On sait quel rôle actif et déterminant joua ainsi sous Vichy, dans son ensemble, la police française dans la traque des juifs et celle des « terroristes », c'est-à-dire à l'époque des communistes, francs-maçons, anarchistes, gaullistes et plus généralement tous ceux qui ne se sont pas rangés derrière l'autorité de la loi qu'elle avait en charge de faire respecter. Le cas de Maurice Papon déjà évoqué est emblématique, comme l'est aussi l'accord signé en juillet 1942 entre René Bousquet, secrétaire général de la police française, et le général SS Carl Oberg pour l'instauration d'une répression conduite par la police française, dont l'autonomie ne pouvait que renforcer l'efficacité. C'est ainsi qu'avant sa signature, Bousquet écrivait le 18 juin 1942 à son interlocuteur : « Vous connaissez la police française. Elle a sans doute ses défauts, mais aussi ses qualités. Je suis persuadé que, réorganisée sur des bases nouvelles et énergiquement dirigée, elle est susceptible de rendre les plus grands services. Déjà, dans de nombreuses affaires, vous avez pu constater l'efficacité de son action. Je suis certain qu'elle peut faire davantage encore ». ⁴⁹⁴ Ce qui n'était pas une pure vantardise. En effet 7000 policiers et gendarmes seront efficacement mobilisés pour l'arrestation de 13.152 juifs essentiellement étrangers (dont 4115 enfants) entre les 16 et 17 juillet 1942 lors de la tristement célèbre « rafle du Vel'd'Hiv » organisée et exécutée en pleine collaboration et légalité tant du point de vue du droit français de Vichy que de celui du droit national-socialiste. ⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Article en ligne de l'Express d'Éric Conan du 10 juin 1993, écrit après l'assassinat de Bousquet le 8 juin 1993, peu de temps avant qu'il ne doive comparaître en justice pour répondre de crimes contre l'humanité et en particulier la déportation de 194 enfants.

⁴⁹⁵ Deux droits investis par un même positivisme inhibiteur de toute tentation de discuter la loi et les ordres donnés en application de la loi.

288. Et il est hélas fort probable, à quelques exceptions près comme ce fut le cas à l'époque, qu'un fonctionnaire de police d'aujourd'hui en France à qui l'on demanderait si le fait d'avoir arrêté une mère de famille à la sortie de l'école de son fils scolarisé en cours préparatoire, en vue de leur expulsion dans un pays où ils risquent la mort (que ce soit pour des raisons économiques ou politiques), au motif impérieux qu'immigrée en situation irrégulière elle est sous le coup d'un mandat d'expulsion, répondrait ce qu'auraient répondu l'immense majorité des 7000 policiers et gendarmes susvisés : que c'était, que c'est toujours, que ce ne peut qu'être, son devoir sinon son honneur de fonctionnaire, d'obéir en toutes circonstances à la loi par le truchement de sa hiérarchie.⁴⁹⁶ En ergotant éventuellement sur la comparaison avec la participation de fait à la commission d'un crime de masse comme le fût la Shoa, en évoquant l'expression d'éventuelles réticences exprimées auprès du donneur d'ordre avant d'avoir dû se résoudre à obéir et/ou le profond malaise éprouvé dans et après l'action ; voire une forme de culpabilité, alors pourtant qu'il n'est en rien responsable des choix opérés à un niveau supérieur.

289. Du scandale éthique que constitue la soumission du juge à la volonté sans limite au pouvoir politique, alors qu'il est plus que tout autre l'incarnation d'une Loi majuscule, d'une loi inséparable de la Justice (du Droit distingué de la loi minuscule, dans notre terminologie), Camus offre une mise en scène parfaite avec le personnage du juge Casado de *L'État de Siège*, la pièce écrite au lendemain de la seconde guerre mondiale⁴⁹⁷, comme on le voit au travers du dialogue entre ce juge qui s'est placé immédiatement après sa prise de pouvoir au service du dictateur de Cadix, et Diego le révolté :

« Diego : Tu servais l'ancienne loi. Tu n'as rien à faire avec la nouvelle.

Le juge : Je ne sers pas la loi pour ce qu'elle dit, mais parce qu'elle est la loi.

⁴⁹⁶ En Allemagne « C'est par le moyen de deux principes que le national-socialisme sut rallier ses partisans (d'une part les soldats, d'autre part les juristes) à ses projets : « un ordre, c'est un ordre » et « la loi, c'est la loi ». Mais alors que « Le principe « un ordre, c'est un ordre » n'avait jamais été considéré comme valable sans restriction » puisque « Le devoir d'obéissance trouvait une limite lorsque le commandant donnait des ordres à buts criminels », le « principe « la loi, c'est la loi » n'était par contre soumis à aucune restriction. Il était l'expression de la pensée juridique positiviste qui, durant des décennies, dominait presque sans partage les juristes allemands ». La limite à l'obéissance militaire devenant cependant évidemment totalement illusoire, dès lors que la loi sur laquelle allait reposer les ordres devait elle-même poursuivre des « buts criminels ». Des buts qui n'étaient auparavant « criminels » qu'en tant qu'ils étaient contraires à la loi positive. L'argumentaire du militaire et du juge pour répondre à l'accusation d'avoir été des criminels ou des complices de criminels en exécutant des ordres ou en rendant des jugements sur le fondement de lois qui n'étaient pas alors criminelles, se confondant : G. Radbruch, *Injustice légale et droit supra légal*, École sup. de Fontenay/Saint-Cloud, 1, 1946, p. 105-108.

⁴⁹⁷ « Ses Carnets montrent que Camus, en même temps qu'il écrit *L'État de siège*, songe aux *Justes* et travaille à *L'Homme révolté*. », DAC, p. 275.

Diego : Mais si la loi est le crime ?

Le juge : Si le crime devient la loi, il cesse d'être crime.

Diego : Et c'est la vertu qu'il faut punir !

Le juge : Il faut la punir, en effet, si elle a l'arrogance de discuter la loi ». ⁴⁹⁸

Commentaire. Doit-on admettre que si le crime devient loi, il cesse d'être crime ? Pour celui qui croit sans exception en l'égalité des hommes et donc en l'égalité des vies humaines, dès lors que l'on tue en dehors de toute notion commune de légitime défense, il ne saurait être question d'admettre une pareille proposition. Un crime est un crime, il ne cesse pas d'être un crime du fait qu'il a été commis en application d'une loi. Le crime légal existe. Camus l'a combattu en combattant la peine de mort. Il y a aussi des crimes « non officiels » commis au nom de l'État ⁴⁹⁹ qui n'en sont pas moins pour autant des crimes. Il ne saurait y avoir de « décriminalisation » légale du crime qui tienne. Il en va tout autrement pour le juriste neutraliste qui considère que du point de vue du droit, il ne peut y avoir de crime légal, qu'il y a là une contradiction dans les termes ou que la loi visée dans la formule n'est pas la loi positive mais la/une loi naturelle. Si ce même juriste est par ailleurs convaincu que la vie humaine est sacrée, qu'elle le soit en vertu d'un commandement divin (du type « tu ne tueras point ») ou d'un humanisme sécularisé voire athée ⁵⁰⁰, il n'aura d'autre échappatoire que de faire valoir qu'en tant que technicien, il n'a pas à entrer dans des considérations éthiques et notamment à se préoccuper des effets humains de la loi. Il rejoindra en cela de fait le professeur Ripert et le juge de Cadix, sans partager leur cynisme, mais sans non plus pouvoir, sans faire un impossible grand écart, s'en désolidariser en présence directe ou indirecte d'une victime légalement coupable et éthiquement innocente.

Conclusion du chapitre

290. On aurait évidemment totalement tort de croire que le Juge Casado n'appartient qu'au théâtre. Ce serait faire montre d'une bien grande naïveté. Et c'est à la conviction qu'il

⁴⁹⁸ OC/ES, T. II, p. 335.

⁴⁹⁹ Il est notoire que nombre d'États, sinon tous, pratiquent ce qu'il est convenu d'appeler des « exécutions extrajudiciaires », comme on le voit entre-autres en ce qui concerne la France dans le contexte du terrorisme, rapporté dans un livre récent : *Un président ne devrait pas dire ça*, co-écrit par deux journalistes d'investigation, Gérard Davet et Fabrice Lhomme, publié chez stock en 2016.

⁵⁰⁰ La « transcendance » dans l'immanence évoquée par Luc Ferry dans *Apprendre à vivre* paru chez Plon en 1996.

n'en est rien, qu'au contraire Camus a mis le doigt avec lui sur la question essentielle posée à tout juriste qui s'efforce de penser le Droit librement, qu'est consacrée cette première partie. Camus qui avait une bonne connaissance de la chose judiciaire, n'a pas créé un personnage sans rapport avec la réalité profonde de l'institution judiciaire ; dans *L'État de siège* et dans d'autres œuvres comme on le verra dans la seconde partie avec l'analyse de *L'Étranger* et des *Justes*. Le Juge Casado exprime en fait de la manière la plus crue, la plus radicale et la plus pure, « l'idéal » de neutralité du juge selon la conception dominante de sa fonction en France. Son discours ne peut que heurter le sens moral de tout un chacun, voire celui d'un Juge lambda qui l'écouterait confortablement assis dans un fauteuil au théâtre. Mais qu'advendrait-il si, dans la réalité aussi, le pouvoir changeait de mains, passait d'un pouvoir encore assez respectueux des libertés à un pouvoir qui, à l'instar du dictateur de Cadix, ne le serait plus ? Que ferait ce juge spectateur en redevenant acteur ? Il est certain que les habitués des prétoires d'aujourd'hui en France n'ont heureusement guère l'occasion d'y rencontrer des juges Casado aussi francs dans l'affirmation de leur soumission — une franchise qui fraie avec le cynisme ou le nihilisme — à la loi du pouvoir, c'est-à-dire de ceux qui disposent de la force. Mais s'ils n'en rencontrent pas, c'est parce que les lois de la France n'incriminent pas actuellement la vertu, non parce que les juges y sont particulièrement vertueux. Ils ne le sont bien entendu ni plus ni moins que les membres des autres professions. Mais eux, comme les médecins, ont en mains directement et dans une mesure qui peut être considérable, le sort de leurs contemporains.

291. Et la question posée peut s'avérer redoutable au juge qui se pensait et se voulait vertueux, entré dans la magistrature avec un certain idéal de rectitude tant morale que professionnelle ; un idéal où la justice en tant qu'institution coïncide avec la justice en tant que valeur. Mais un juge qui n'est pas préparé à faire face à un choix qui a toutes les apparences d'un dilemme et d'un déchirement. Le choix dans une affaire qui lui est soumise, entre la solution que la loi commande, techniquement incontournable, mais qui va avoir des conséquences humainement insupportables ; et la solution que l'éthique (positive) commande, qui consiste en un refus d'application de cette loi qui, au regard de la conception du droit qu'on lui a inculquée, est une faute professionnelle. Une faute qu'il peut essayer de masquer en présentant sa décision comme le résultat d'un raisonnement juridique hardi sans être dissident, mais en sachant qu'il biaise et donc qu'en quelque façon, il manque à la rectitude à laquelle il s'était engagé. Du moins, dans la configuration théorique dominante. Le second chapitre de ce second titre est destiné à lever les hésitations d'un tel juge confronté à une telle situation.

292. Une situation que tout juge actuel aurait grand tort de croire purement hypothétique. Il faut en effet avoir des œillères pour ne pas voir qu'aujourd'hui plus qu'hier encore, aucun pays, même le plus riche, même le plus démocratique, même le plus proche de l'État de Droit, même le plus stable politiquement, n'est à l'abri des graves désordres de toutes sortes, intérieurs et extérieurs, que lui font encourir notamment, directement ou indirectement dans un monde globalisé, le dérèglement climatique, le creusement des inégalités, la résurgence des nationalismes et des fanatismes. Pour ne pas craindre si l'on est juriste, que le droit ne soit, plus que jamais, là même où il assurait une certaine solidarité dans la cité, un simple moyen au service d'une quelconque domination. Mais que faire en tant spécifiquement que juriste ? En toute modestie à cette place, mais en situation de péril humain, tout ce qui peut contribuer peu ou prou à l'enrayer ne peut qu'être bien venu. Alors que faire, sinon plaider pour l'abandon d'une théorie qui se soucie comme d'une guigne de la détresse humaine provoquée par la loi. Sinon plaider pour la reconnaissance au Juge en tant que Juge, du pouvoir de poser au nom du Droit une limite éthique à l'application de la loi inhumaine.

293. Une telle reconnaissance n'est pas plus aujourd'hui qu'hier à l'ordre du jour d'un syndicat de professionnels du droit, d'un parti politique, d'un gouvernement, même si une commission parlementaire récemment constituée présidée par un député qui appartient au mouvement politique des « insoumis », s'est penchée *sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire*⁵⁰¹ en présence d'une situation jugée préoccupante.⁵⁰² Il est indéniable que les 41 propositions formulées à la fin du rapport récemment déposé constitueraient si elles étaient reprises dans une loi, un indéniable progrès, mais il est non moins indéniable que ce rapport s'en tient, comme à une évidence, à une conception de l'indépendance qui ne saurait être confondue avec l'autonomie dont il est question dans cette thèse. Il y est fait expressément référence aux dispositions de la Constitution de la cinquième République déjà citée qui font de

⁵⁰¹ Rapport n° 3296 « Fait au nom de la commission d'enquête *sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire* », sous la présidence de M. Ugo Bernalicis, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 septembre 2020, disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale.

⁵⁰² Dans son introduction le Président explique ainsi que « L'état actuel de la Justice inspire beaucoup de choses mais assez peu la confiance. Les enquêtes d'opinion le démontrent à l'envie. Tantôt, car elle est perçue comme partielle. Ces vers de La Fontaine résonnent encore à travers le temps : « *Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir* ». Tantôt, car elle est perçue comme inutile par des classements sans suite sans enquête, ou trop lente et trop déconnectée de la réalité et du vécu, que ce soit des auteurs ou des victimes au pénal, ou des parties au civil. Et quand il s'agit des affaires politico-financières, son indépendance est quasi-systématiquement mise en cause, que les liens avec le pouvoir en place soient réels ou fantasmés. La faute au parquet à la française et son lien hiérarchique avec le ministre, dit-on. »

l'institution judiciaire une simple autorité dont, de surcroît, l'indépendance est censée être garantie par le Président de la République⁵⁰³ qui détient l'essentiel du pouvoir ; des dispositions dont il n'est pas demandé la modification dans le cadre de la réforme constitutionnelle appelée de ses vœux par la commission.⁵⁰⁴

294. Il est entendu pour la Commission, qu'il n'y a pas de véritable pouvoir judiciaire, même si on entretient une certaine ambiguïté dans l'emploi du terme « pouvoir » comme on le voit, par exemple, lorsque le président de la commission écrit « Pourtant, c'est un véritable pouvoir que celui de juger. Et nul ne s'aventurerait à contester la nécessaire séparation des pouvoirs dans un État de droit. »⁵⁰⁵ En quoi peut bien consister ce « véritable pouvoir » et cette « séparation des pouvoirs », alors que le pouvoir de juger est totalement dépendant de la loi (au sens large) ? Alors que l'on réduit une fois de plus la réflexion sur l'indépendance de la justice à une alternative entre soumission et « gouvernement des juges » pour au final proposer un simple rééquilibrage entre le pouvoir exécutif (qui en réalité concentre l'essentiel du pouvoir politique) et le pouvoir législatif censé être le seul représentant légitime du peuple.⁵⁰⁶

295. Un rééquilibrage qui est sans aucun doute souhaitable, mais qui n'apporterait aucune réponse à la question, pourtant essentielle pour la compréhension du Droit et de l'office du Juge, posée ici : la question de savoir si l'on peut ou non, lorsqu'on est juge, sans déchoir

⁵⁰³ « On parle d'autorité judiciaire en France, notamment pour la distinguer d'un service public comme les autres. Le pouvoir étant réservé au législatif et à l'exécutif. (...) Que penser alors de la Constitution actuelle qui confie au président de la République, chef de l'exécutif, le soin de garantir l'indépendance de la dite autorité judiciaire ? Le constitutionnaliste Guy Carcassonne a commenté sur le sujet « *autant proclamer que le loup est garant de la sécurité de la bergerie* », *Ibid.*

⁵⁰⁴ Des propositions intéressantes mais qui ne modifient pas le statut de simple autorité de l'institution judiciaire : « Proposition n° 3 : Inscrire dans la Constitution que tout magistrat doit pouvoir saisir le CSM s'il estime que son indépendance ou son impartialité est mise en cause. Proposition n° 4 : Inscrire dans la Constitution que le CSM peut se saisir, d'office, de toute question relative à l'indépendance de l'autorité judiciaire. Proposition n° 8 : Procéder, rapidement, à la réforme constitutionnelle prévue en 2019, visant à substituer la cour d'appel de Paris à la Cour de justice de la République pour connaître des seuls actes accomplis par des ministres dans l'exercice de leurs fonctions, à l'exception des actes détachables. », *Ibid.*

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ « Mais faut-il une indépendance totale de la Justice ? Sur ce thème l'extrême opposé est souvent mis en avant comme un repoussoir : le gouvernement des juges. Il est largement admis que la souveraineté résidant dans le peuple, les magistrats, n'étant élus par personne, n'ont pas à interférer avec le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Une magistrature en dehors de tout contrôle n'est pas souhaitable. Et un simple auto-contrôle ne semble pas apporter le maximum de garanties démocratiques. Dès lors, la justice étant rendue au nom du peuple français, ce dernier semble le plus à même de s'assurer de ce contrôle. » *Ibid.*

en tant que Juge et sans méconnaître le Droit, appliquer une loi qui porte gravement atteinte à la liberté, à la dignité, à l'intégrité de tous ceux qu'elle concerne ; l'appliquer sans, peu ou prou, se faire le complice du pouvoir dévoyé qui en est l'auteur. Autrement dit la question de savoir si ce que démontre incontestablement l'histoire, c'est-à-dire une insoutenable (humainement) tolérance (en général) des juges à l'inhumanité (chapitre 2) des lois qu'ils peuvent être conduits à appliquer (et donc à l'inhumanité de leurs décisions dans ce cas), est une inévitable conséquence de leur fonction, ou si c'est, comme le soutient la thèse, la conséquence d'une mauvaise compréhension de ce qu'est le Droit et cette fonction ? ⁵⁰⁷

Chapitre 2. L'insoutenable tolérance des juges à l'inhumanité

296. Pour se convaincre du bien-fondé de la seconde proposition, de l'impossibilité si l'on est un homme défini par son humanité, de refuser de reconnaître au Droit et à l'office du Juge qui lui correspond la dimension éthique qui en est la traduction sur le plan normatif, il est aisé de montrer à quelle monstruosité, intolérable pour un tel homme, peut conduire un tel refus. Pour cet homme défini par son humanité, cet homme conscient non seulement de son appartenance à l'espèce humaine, mais de la solidarité qui est au principe même de son existence en tant qu'existence proprement humaine, indissociablement individuelle et sociale. Une conscience qui est celle d'un fait et d'une valeur tout aussi indissociables, dont « l'oubli », l'ignorance volontaire ou involontaire, peut conduire au pire. De ce pire auquel dans notre raisonnement il est assigné le rôle de butoir et de repoussoir, les exemples abondent dans toute l'histoire, mais c'est au siècle dernier qu'il semble avoir été porté à l'incandescence avec le totalitarisme dont le nazisme que Camus a personnellement combattu, offre une sorte d'archétype moderne de l'ignominie dont sont capables les hommes ; laquelle peut sans doute être imitée, égalée, mais non dépassée. Une ignominie dont l'aspect, sans doute le plus singulier, réside dans la bureaucratisation de l'activité criminelle, dans la présence de « criminels de bureau » aux profils médiocres mais qui en ont été les agents zélés, non en bout de chaîne, mais en son commencement, à un niveau élevé de la hiérarchie militaire et administrative (section 1). Une hiérarchie dans laquelle, en l'absence de toute autonomie du droit et de l'office du juge, on peut ranger l'appareil judiciaire. Un appareil qui, replacé dans la longue durée, apparaît comme une « formidable machine à banaliser » l'arbitraire (section 2), puisqu'elle a toujours appliqué indifféremment les lois, qu'elles soient iniques ou non.

⁵⁰⁷ On laisse là de côté l'hypothèse d'une adhésion du juge au pouvoir dévoyé.

Section 1. Un exemple monstrueusement banal de « crime de bureau »

297. Est-ce que l'histoire fournit des enseignements susceptibles d'éclairer et d'influencer les conceptions et les comportements des hommes du présent ? On peut sans doute en débattre à perte de vue. Pour certains, les erreurs commises ou les succès obtenus aujourd'hui, s'expliquent, au moins en partie, par l'ignorance ou au contraire la connaissance de l'histoire. Pour d'autres, l'histoire ne se répète jamais et il est illusoire de prétendre régler sa pensée et son action en dehors de sa propre expérience et en considération de faits dont on n'a pas été le contemporain. Pour Camus il faut se garder de toute position dogmatique. Il faut rejeter l'historisme qui est « l'attitude qui vise à faire de l'histoire un absolu »⁵⁰⁸, une histoire qui serait porteuse d'une signification et d'une direction qui lui seraient inhérentes, un sens et une finalité que la philosophie serait capable d'identifier, de théoriser et ses adeptes de réaliser. Comme il faut rejeter l'attitude inverse qui consiste à croire en l'absolue nouveauté du présent et l'absolue « innocence du devenir » selon la formule de Nietzsche.

298. Pour Camus qui rejette l'un comme l'autre excès⁵⁰⁹, et celui qui s'en inspire, il faut s'efforcer, honnêtement et raisonnablement, de comprendre ce qui a eu lieu et de mobiliser cette compréhension pour, en tout premier lieu, éviter la répétition de catastrophes humaines à la fois toujours singulières du point de vue de leurs contextes et de leurs modalités, et toujours tragiquement ordinaires en ce qu'elles révèlent, immanquablement, une même désolante coupure de l'homme de lui-même, de ce qui le fait humain, de ce que lui révèle sa révolte contre l'injustice : le « nous sommes ».⁵¹⁰ Une coupure dont le neutralisme axiologique est en quelque sorte, dans le domaine du droit, une institutionnalisation. Ce qui fait qu'un crime contre l'humanité tel que celui de la Shoah a pu rester sans conséquence sur la définition du droit (§1). Un fait qui apparaît révélateur d'une véritable « dissociation mentale » commune aux juges (§2) et à l'ensemble des juristes, mais en ce qui concerne les premiers, avec cette particularité (en laquelle on peut voir en quelque sorte une circonstance aggravante) que ce sont eux qui, pour faire image, donnent le feu vert (sans jamais passer au rouge) au crime en appliquant la loi qui le légalise.

⁵⁰⁸ OC/A2, T ; III, p. 419.

⁵⁰⁹ Camus dans *Lettres sur la révolte* après *L'Homme révolté*, rappelle que « nier l'histoire revient à nier le réel » de la même façon, ni plus ni moins, qu'« on s'éloigne du réel à vouloir considérer l'histoire comme un tout qui se suffit à lui-même », OC/A2, T. III, p. 419.

⁵¹⁰ OC/HR, T. III, p. 79.

Paragraphe 1. Un crime contre l'humanité sans conséquence sur la définition du droit

299. Il n'est sans doute pas très original de se référer au cas du lieutenant-colonel Adolf Eichmann, chef du bureau IV-B-4 de la Sécurité intérieure du Reich chargé de la logistique de la « solution finale ». Mais parce qu'il est bien documenté et qu'il a suscité avec le recul des analyses parfois divergentes mais en fait largement complémentaires sur l'essentiel, il offre sans aucun doute l'un des meilleurs exemples de ce qui rend impossible d'admettre que les agissements d'un tel homme puissent être légaux ou plus exactement qu'ils puissent être commandés, justifiés, par le Droit. Ni que le « scientifique du droit » puisse qualifier de « Droit » les lois afférentes et justifier ainsi que le juge ou le haut fonctionnaire puisse les appliquer en toute irresponsabilité. Ni que ces derniers s'estiment eux-mêmes justifiés à les appliquer en toute irresponsabilité en tant que droit. Le cas d'Eichmann est « exemplaire », paradoxalement, en raison de l'absence dans son histoire antérieure à son adhésion au nazisme et dans sa personne, de quoi que ce soit de véritablement remarquable alors que son action, elle, est indéniablement « remarquablement » monstrueuse.⁵¹¹ Ce qui suggère que la monstruosité d'un Eichmann a tenu essentiellement aux circonstances et aux opportunités dont il a bénéficié qui, elles, étaient exceptionnelles sans être uniques, et non à une quelconque aptitude singulière au mal. Ce que confirme la défense qu'il a présentée en décalage complet avec l'affirmation de sa monstruosité.

300. Cette défense n'apparaît pas en effet en son fond si différente de celle de n'importe quel fonctionnaire, juge y compris, à quelque niveau que ce soit de la hiérarchie, que l'on somme de s'expliquer sur ses « bons et loyaux services » rendus au sein d'un État qui a édicté des lois indignes. L'argumentaire d'Eichmann, loin par conséquent d'être « hors norme » en raison d'une accusation qui, elle, l'était, est en réalité assez « standard », démonstratif de l'attitude générale et constante des agents publics à tous les niveaux, mais de façon plus surprenante, du moins pour un esprit rationnel et quelque peu naïf, lorsqu'il s'agit d'agents de haut niveau hiérarchique dont on attendrait qu'ils assument un haut niveau de responsabilités. Des agents d'autorité parfois arrogants, presque toujours jaloux de leurs prérogatives dans

⁵¹¹ Comme l'a été aussi celle des responsables des crimes de masse soviétiques, Khmers rouges, rwandais, ex-yougoslaves, birmans (les Rohingyas), etc., désormais qualifiés de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de génocides. Des responsables en lesquels il est difficile de voir autre-chose que des hommes sans grande envergure intellectuelle et imagination, mais d'une grande ambition, d'un grand opportunisme, et s'ils ne sont pas pervers, au moins d'une grande indifférence à la souffrance des autres.

l'exercice de leurs fonctions, mais inversement d'une grande humilité qui n'est pas pour autant nécessairement totalement toujours feinte, lorsqu'il s'agit de répondre de leurs actes d'autorité.

301. Lors de son procès à Jérusalem en 1961, Adolf Eichmann s'est évertué à dissoudre le mal absolu qu'il incarnait aux yeux de tous, hormis les nazis subsistants, dans un système de justifications effrayant par sa banalité au regard de l'exceptionnelle gravité de ce qui lui était reproché et par la sorte « d'ignoble ingénuité » dont il semblait procéder. C'est ainsi qu'il s'estimera « non coupable au sens de l'accusation » dont Hannah Arendt rappelle qu'elle « supposait non seulement qu'il avait agi intentionnellement — ce qu'il ne niait pas ; mais aussi que ses mobiles avaient été abjects et qu'il avait parfaitement conscience de la nature criminelle de ses actes ». L'accusé, « en ce qui concerne les « mobiles abjects », était « persuadé qu'au plus profond de lui-même il n'était pas un (...) véritable salaud » et « quant à sa conscience [qu'] il se souvenait parfaitement qu'il n'aurait eu mauvaise conscience que s'il n'avait pas exécuté les ordres — d'expédier à la mort des millions d'hommes, de femmes et d'enfants, avec un grand zèle et le soin le plus méticuleux ». ⁵¹² Il avait agi « dans le cadre du système juridique nazi alors en vigueur, il n'avait rien fait de mal (...) ; on l'accusait non de crimes mais « d'actes d'État... » ⁵¹³ Il n'était pas un monstre sanguinaire, mais un fonctionnaire, certes zélé et sans doute ambitieux, mais totalement soumis à sa hiérarchie dont il n'avait pas à juger l'opportunité et le bien-fondé des instructions qu'il en recevait. En somme, le parfait fonctionnaire d'un quelconque ministère, soucieux à la fois de bien servir ses supérieurs et sa carrière. Un profil, une vision et un comportement qui s'inscrivent dans ce que Hannah Arendt désignera par la « banalité du mal » ⁵¹⁴, une expression dont Patrick Pharo dira qu'elle « ne peut se comprendre que comme une façon de décrire des routines par lesquelles ceux qui recourent à la violence, comme ceux qui en sont témoins, mettent en suspens leurs convictions morales et renoncent à l'examen de leur engagement personnel ». ⁵¹⁵ Une « mise en suspens » évidemment facilitée, du point de vue des juges, par une conception qui exige leur neutralité.

⁵¹² Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme Eichmann à Jérusalem*, Quarto Gallimard, 2002, p. 1043.

⁵¹³ Hannah Arendt, *op. cit.*, p. 1039.

⁵¹⁴ Selon Hannah Arendt, écrit Edith Fuchs, « Eichmann n'a rien d'un criminel ordinaire. Ni pervers, ni fanatique, il est dépourvu de la noirceur qu'une esthétique de la transgression fascine, tout en étant le plus grand criminel de cette classe inédite de crimes » qu'elle « appelle « massacres administratifs ». Edith. Fuchs *La « banalité du mal » comme absence de pensée selon Hannah Arendt, dans Destins de « la banalité du mal »*, édit. de L'Eclat, Paris, 2011, pp. 147-162.

⁵¹⁵ Patrick Pharo, *L'injustice et le Mal*, édit. L'Harmattan, collect. « Logiques sociales, 1996, version numérique par Jean-Marie Tremblay, prof. associé à l'Université du Québec à Chicoutimi, Bibliothèque des classiques des sciences sociales, pp. 157-158.

302. Dans un livre récent relatif au même procès, dont le titre indique la morale qui peut en être déduite, *Eloge de la désobéissance*, Rony Brauman et Eyal Sivan, au vu des vidéos de l'intégralité des audiences et du script du film qui en a été tiré — un script qui reprend l'essentiel des déclarations d'Eichmann —, confirment que s'il « doit être rangé parmi les criminels les plus éminents de l'Histoire »⁵¹⁶, il n'en demeure pas moins que son comportement révèle la possible pente sur laquelle tout un chacun peut, à la faveur de circonstances propices, glisser jusqu'au fond de l'abîme d'inhumanité, du trou noir insoupçonné que recèle l'âme humaine. L'âme en l'occurrence d'un « petit-bourgeois élevé dans une ambiance chrétienne », qui n'avait même pas lu *Mein Kampf* avant d'adhérer au parti nazi et d'intégrer la SS sur la proposition d'un « ami de la famille » auquel il « avait répondu « pourquoi pas ? » ; un petit-bourgeois sans travail comme beaucoup d'autres, « frustré dans ses tentatives de s'intégrer à la bonne société » qui menait une « vie monotone de déclassé », pour qui « une perspective de carrière s'était enfin ouverte. Membre de la SS, il n'était assurément pas offusqué par les discours racistes de ses collègues et relations. Il était simplement de son temps. »⁵¹⁷ Pour l'essentiel, notent les auteurs, il a dit la vérité sur son rôle dans la « solution finale » au cours de ce procès. Et « Il est hautement probable qu'il n'ait été que l'exécutant d'une loi criminelle et il est même plausible qu'il l'ait intérieurement désapprouvée ». ⁵¹⁸

303. Mais, ajoutent-ils, « C'est précisément de cette obéissance et de ses conséquences immédiates qu'il est coupable, et non d'avoir rempli une quelconque fonction stratégique dans l'appareil nazi, assortie d'une obscure soif du mal »⁵¹⁹, comme s'est efforcé de le démontrer l'accusation. On pouvait sans doute penser « [qu']un homme qui en envoya tant d'autres à la mort, ne pouvait qu'être animé par une démoniaque soif du mal, un plaisir de détruire qui, selon le mot du procureur à son procès, le mettait au rang de bêtes sauvages. [Mais] C'était ignorer cette observation capitale faite par Primo Levi en 1960, lors de la capture de Richard Baer, l'homme qui dirigea le camp d'Auschwitz après Rudolf Höss : Baer appartient au type d'homme le plus dangereux du siècle qui est le nôtre. Pour qui sait regarder, il est clair que sans

⁵¹⁶ Rony Brauman et Eyal Sivan, *Eloge de la désobéissance, A propos d'« Un spécialiste », Adolphe Eichmann*, éd. Le Pommier, 2006, p. 18. Rony Brauman médecin, ancien président de Médecins sans frontières et professeur associé à Sciences Po Paris et Eyal Sivan, cinéaste,

⁵¹⁷ Rony Brauman et Eyal Sivan, *op. cit.*, p. 29.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁵¹⁹ *Ibid.*

lui, sans les Höss, les Eichmann (...), sans les mille autres fidèles exécutants aveugles des ordres reçus, les grands fauves, Hitler, Himmler, Goebbels auraient été impuissants et désarmés (...). Ils seraient passés comme de sinistres météores dans le ciel de l'Europe. »⁵²⁰ Dans la troupe des exécutants qui rendent possible que des génocidaires donnent toute leur mesure, ou à tout le moins que des despotes puissent asservir tout ou partie de la population qu'ils contrôlent, les juristes et en tout premier lieu les juges, ont évidemment leur place dès lors qu'ils appliquent « aveuglément les ordres reçus », c'est-à-dire en l'occurrence les lois assimilables à des ordres, dès lors que cette application est systématique, sans limite éthique.

304. Le livre de référence est « Un essai politique sur l'obéissance et la responsabilité »⁵²¹, une réflexion « destinée à « illustrer la présence du « cas Eichmann » dans notre environnement familial, à montrer les ravages de l'obéissance »⁵²² chez un « homme qui avait mis sa conscience en sommeil, qui refusait de confronter ses actes à la question de leur sens, qui ne voyait autour de lui que des problèmes et des solutions techniques, [qui] ne s'expliquait que par clichés. Autrement dit [chez un homme qui] ne pensait pas. »⁵²³ Mais dont le « sentiment, complaisamment décrit, d'être un « instrument dans les mains de forces supérieures », une goutte d'eau dans l'océan », est bien de notre monde ». ⁵²⁴ Et l'on aurait grand tort de faire de cet homme médiocre et du système social monstrueux dont il a été un acteur parmi d'autres, quelque chose « [d'] inconcevable, indicible, inmontrable, voué à un ailleurs métaphysique, se déroband par nature à toute compréhension »⁵²⁵ ; car cela empêche de voir que la « mise à mort industrielle »⁵²⁶ et la main d'œuvre subordonnée qu'elle suppose, ne sont pas sans lien avec la société d'avant comme d'après la Shoah. D'après, où l'on continue de professer au nom de la science du droit et de la vertu de celui qui a pour fonction de le « dire », qu'un Juge ne saurait en aucune circonstance porter de jugement de valeur sur la loi applicable et refuser de l'appliquer lorsque son application doit avoir des conséquences qui vont à l'encontre de la plus élémentaire humanité.

⁵²⁰ Rony Brauman et Eyal Sivan, *op. cit.*, p. 18-19.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 17.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁵²⁶ *Ibid.*

305. Autrement dit on n'a pas, loin s'en faut, en général et en particulier dans les démocraties de haute culture qui ont été infectées par le plus haut mal éthique possible, tiré du discours « exemplaire » d'Eichmann toutes ses conséquences et peut-être même n'en a-t-on tiré aucune en ce qui concerne la question la plus fondamentale qui soit pour quiconque réfléchit sur le droit, qui est celle de la limite éthique à l'obéissance à la loi par ceux qui ont à l'appliquer. C'était indéniablement utile de créer de nouvelles catégories juridiques telles que celles de « crime contre l'humanité » et de « génocide » conçus respectivement par Hersch Lauterpacht et Raphael Lemkin pour combattre des crimes de masse autrement que sous les inculpations classiques de « crimes internationaux » (conspiracy) et de « crimes contre la paix » ; mais cela ne remettait pas en cause la conception même du droit qui avait permis et permettrait encore peut-être par la suite (ce qui fût en effet le cas) que les lois qui les avait organisés puissent être qualifiées de « droit » et appliquées en tant que telles.

306. À cet égard, « très peu d'observateurs se donnèrent la peine d'écouter l'accusé durant de longues semaines de contre-interrogatoire où il eut à s'expliquer en détail sur ses actes. (...) Au cours de cette phase du procès, pourtant, Eichmann va plus loin, beaucoup plus loin qu'une simple position tactique de défense. Il met en évidence les modalités pratiques, les formes rhétoriques primordiales du discours de l'obéissance et de la loyauté ». ⁵²⁷ Lorsqu'on est passé de « [l']émigration planifiée » à l'exécution de l'ordre du Führer qui était la source suprême du droit nazi, de « destruction physique des juifs », « il s'est adapté. Qui était-il, pour modifier l'ordre des choses ? D'ailleurs, il n'entendait rien à la politique. Puisque ce travail était à faire, que cela plaise ou non, il fallait bien le faire et il fallait le faire bien car il en allait de la justification de son poste, de la suite de sa carrière comme du respect de son serment de loyauté et d'obéissance ». ⁵²⁸ Le juge camusien est celui qui au contraire du « fonctionnaire » nazi, et à l'instar du fonctionnaire décrit dans *Remarque sur la révolte*, refuse de « s'adapter » à la loi indigne, la loi qui a franchi la frontière qui fonde le Droit. Il est celui qui « affirme, en même temps que la frontière (...) ce qu'il détient et préserve en deçà de la frontière » ⁵²⁹, c'est-à-dire avec la solidarité, ce qui donne sens (valeur et direction) à l'existence humaine.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁵²⁹ OC/RR, T. III, p. 325.

Commentaire. Comment est-il possible qu'un procès à la résonance planétaire tel que celui d'Eichmann qui a montré que le pire pouvait être accompli dans des bureaux par des bureaucrates hauts en grade, mais des plus ordinaires dans leur fonctionnement mental, et l'introduction dans le droit de catégories aussi saisissantes que celles de « crime contre l'humanité » et de « génocide », n'aient pas conduit les juristes (ou en tout cas la majorité d'entre eux) à s'interroger sur une définition du droit par la sanction si évidemment simpliste et mortifère ? Une sanction dont il est en effet avéré qu'elle peut consister en la déportation d'un homme dans un camp de la mort en « répression » du seul fait qu'il est juif ? Comment ne pas voir que l'opération qui consiste pour le « scientifique du droit » à qualifier de « droit » n'importe quelle loi, même la plus ignoble, à considérer que son ignominie est indifférente à cette qualification et que cette qualification ne l'engage en rien, revient à soutenir une position qui n'est pas si éloignée de celle adoptée par un Eichmann. Ou en tout cas, fournit une caution théorique à tous les obéissants inconditionnels. Certes le « scientifique du droit » en tant que tel n'applique pas le droit, et en ce sens il peut se « laver les mains » des conséquences inhumaines de certaines lois, comme l'a fait en son temps le professeur Ripert. Considérer éventuellement que c'est regrettable, mais que cela n'a rien à voir avec la science. Alors que cela a tout à voir. La science du droit s'il doit en y avoir une, n'est pas la physique. Son objet est tout sauf neutre. Il est une pure création humaine. Il n'a d'existence que comprise dans l'existence humaine et de sens que rapporté au sens de cette existence. Le réduire aux normes imposées par la force, ce n'est pas en réalité le réduire, mais le perdre ou le travestir. C'est priver la normativité humaine (distinguée de l'instinct, de la « loi de la jungle ») au nom d'une fausse science, de ce qui la caractérise : sa dimension éthique. Comment ne pas faire le lien entre le refus inconditionnel de toute évaluation éthique de la loi par le « scientifique du droit » et par le juge qui de surcroît l'applique, et la possibilité, de proche en proche, d'aboutir au pire ? Comment ne pas voir que ce qui le rend possible, ce n'est pas l'existence d'individus intrinsèquement monstrueux — auquel cas on retombe dans l'essentialisme —, mais celle d'une foultitude d'individus qui ont « mis leur conscience en sommeil » ; qui n'ont pas fait tomber les « murs absurdes » dont parle Camus dans *Le Mythe de Sisyphe*, entre lesquels ils se maintiennent dans la « servitude volontaire » ; sur laquelle (se) reposent tous les pouvoirs qui ne sont pas fondés sur la solidarité et les valeurs qui s'en évincent.

Paragraphe 2. Un crime révélateur d'une « dissociation mentale » commune aux juges

307. Pour conforter leur propos, pour montrer qu'il n'est pas possible de soutenir que le comportement d'Eichmann est unique et celui d'un homme qui n'en était pas véritablement un, les mêmes auteurs se réfèrent à une célèbre, et non démentie scientifiquement, expérience réalisée dans les années 50 et 60 par un chercheur de l'université de New York, le prestigieux professeur Stanley Milgram. Il s'est agi, au prétexte d'une enquête relative à l'apprentissage et à la mémoire, de placer dans un dispositif sophistiqué des hommes et des femmes munis de manettes leur permettant de déclencher des chocs électriques à destination de prétendus élèves soumis à des épreuves de mémorisation, sanglés sur un fauteuil avec une électrode fixée au bras. Si ces derniers ne répondaient pas correctement aux questions posées, ils étaient sanctionnés d'une décharge dont l'intensité, selon ce qui était indiqué aux testeurs, devait augmenter en cas d'erreurs successives, de « choc léger » à « Attention : choc dangereux ». Les deux tiers des personnes testées ont coopéré jusqu'au bout. Cédant aux injonctions de l'expérimentateur, ils ont poursuivi l'expérience souvent dans l'angoisse et la protestation, mais néanmoins jusqu'au niveau de choc le plus élevé et donc dangereux.⁵³⁰ « C'est peut-être là, écrit Milgram, l'enseignement essentiel de notre étude : des gens ordinaires, dépourvus de toute hostilité, peuvent, en s'acquittant simplement de leur tâche, devenir les agents d'un atroce processus de destruction ». ⁵³¹ Ce qui ne contredit pas le fait du sentiment de révolte spontanément éprouvé par ces mêmes personnes ordinaires lorsqu'elles sont soumises à l'arbitraire de leurs semblables ou qu'elles en sont les témoins. Ce qui signifie « seulement » que leur révolte peut être rendue inopérante dans certaines situations, dès lors qu'elles n'y sont pas préparées, dès lors qu'elles n'y ont pas réfléchi, dès lors qu'elles ne sont pas entraînées à résister au conditionnement, à la fascination, dès lors qu'elles n'ont pas mis en place les contrefeux nécessaires.

308. Les bourreaux ordinaires de l'expérience de référence avaient « fait passer la légitimité conférée par l'autorité scientifique avant les principes moraux qu'ils avaient conscience de trahir ». ⁵³² « La normalité est beaucoup plus terrifiante que toutes les atrocités

⁵³⁰ Les « élèves » mimaient bien entendu la douleur, mais à aucun moment ceux qui leur faisaient subir les tests n'ont pu le soupçonner.

⁵³¹ Rony Brauman et Eyal Sivan, *op. cit.*, p. 23.

⁵³² *Ibid.*

réunies », notait Hannah Arendt ⁵³³ et, « quand pensée et sensibilité se ferment l'une à l'autre, l'activisme destructeur peut se déployer sans frein ni limites (...). Le crime de bureau, dont les armes sont le stylo et le formulaire administratif, dont le mobile est la soumission à l'autorité et que rien d'apparent ne distingue d'un travail ordinaire, est la forme paroxystique de cette dissociation mentale (...). La situation extrême créée par la furie hitlérienne ne renvoie pas seulement à un épisode singulier de l'histoire des malheurs d'un peuple. Elle nous parle du présent. Elle nous dévoile une dimension terrifiante de la modernité dont chacun peut constater la présence diffuse dans la vie de tous les jours. Nous nous y sommes adossés, concluent Rony Brauman et Eyal Sivan, pour dessiner en creux les ravages de l'obéissance ». ⁵³⁴ Des ravages qu'aucune réflexion sur le Droit ne devrait passer sous silence. Des ravages qu'au contraire toute réflexion sur le Droit, soucieuse de ne pas s'écarter de la réalité humaine dont il participe et sur laquelle il a prise, consciente de ce que, avec lui, les mots peuvent avoir pour effet de conduire des hommes à la mort, doit prendre pour point de départ et d'arrivée. Ce qui n'a guère été le cas jusqu'à présent. Malgré les atrocités commises en toute légalité au siècle dernier et encore aujourd'hui, aucune véritable réflexion n'est menée par les juges sur l'existence d'une limite à leur obéissance à la loi, qu'ils soient positivistes revendiqués ou positivistes à la manière du monsieur Jourdain de Molière pour la prose, sans le savoir.

309. Pour qu'il ne soit plus possible de s'abriter en toutes circonstances, même lorsque le droit est celui d'un Etat criminel, derrière l'obéissance à la loi et la neutralité personnelle de celui qui l'applique, il ne faut pas seulement introduire de nouveaux concepts dans le droit international, il faut substituer à la conception dominante du droit qui non seulement autorise, mais prescrit en son principe une telle position, une autre conception du Droit qui au contraire la condamne dans les cas où l'inhumanité de la loi est flagrante. Il faut ruiner à la base le système de défense qu'adoptent tous ceux qui assurent le fonctionnement de l'Etat, tous ceux sans lesquels l'Etat ne serait qu'un mot, tous ceux sans lesquels l'Etat criminel qu'ils ont servi n'aurait pu tenir bien longtemps. Un Etat criminel dont pourtant ils refusent d'endosser ne serait-ce qu'une part de la criminalité au nom de leur neutralité. Il en fût ainsi d'Eichmann comme, quinze ans auparavant à Nuremberg, des 24 accusés triés sur le volet de l'ignominie, dont aucun ne se déclarera coupable de « la litanie de faits terribles » ⁵³⁵ dont les procureurs

⁵³³ *Ibid.*, p. 28.

⁵³⁴ Rony Brauman et Eyal Sivan, *op. cit.*, p. 25-26, 30-31.

⁵³⁵ Philippe Sands, avocat franco-britannique spécialisé dans la défense des droits de l'homme et professeur de droit à l'University Collège de Londres. *Retour à Lemberg*, Albin Michel, 2016, p. 334.

allaient les accuser.⁵³⁶ Aucun parmi eux ne reconnaîtra encourir une quelconque responsabilité personnelle dans l'accomplissement sans limite, méthodique, efficace, « professionnel », des tâches qui leur avaient été confiées par Hitler dont la parole valait loi comme celle de Caligula.

310. Parmi les accusés, il y avait Hans Frank, l'avocat d'Hitler pendant son ascension, « l'une des sommités juridiques des nazis »⁵³⁷, qui, ministre de la justice, s'empressa de faire « révoquer tous les juges ainsi que tous les procureurs juifs »⁵³⁸ et, nommé Gouverneur général de la Pologne, s'emploiera, comme il l'écrira dans son journal, à faire de cette dernière « le lieu où se réaliserait le désir de Himmler, « évacuer » notamment « tous les Juifs des territoires nouvellement acquis du Reich »⁵³⁹; l'évacuation s'entendant à partir de la Conférence de Wannsee de janvier 1942 de leur pure et simple, et systématique, extermination. Hans Frank sollicita même le privilège de commencer l'opération (comme cela résulte des minutes de la conférence rédigées par Eichmann) puisque « Son territoire offrait de nombreux avantages avec son réseau efficace de transport et son abondance de travailleurs ». ⁵⁴⁰ Par la suite, « identifié comme un criminel de guerre par le New York Times »⁵⁴¹, il n'hésitera pas à exprimer sa grande satisfaction pour le travail accompli en déclarant sans ambages, « dans une réunion officielle du début de l'année 1943 », qu'il avait même « l'honneur d'être le numéro un ». ⁵⁴² Et en effet, il notera dans son journal « les progrès sur son territoire : en ayant « commencé avec 3 500 000 Juifs », son territoire ne contenait plus que « quelques groupes travaillant pour des entreprises de main -d'œuvre » ». ⁵⁴³ Il ne méritait pas la potence mais bien plutôt une

⁵³⁶ Parmi les accusateurs, il y avait les représentants de l'URSS. Et il faut à ce propos préciser que s'il faut ruiner l'argument de la neutralité sans limite des serviteurs serviles d'un Etat criminel, il faut aussi veiller à ce que ces derniers ne puissent invoquer l'argument de « la justice des vainqueurs » lorsqu'ils ont à répondre de leurs crimes ; comme ce fût le cas à Nuremberg, puisqu'il y avait parmi les accusateurs ceux qui représentaient avec l'Etat stalinien un autre Etat criminel que celui des nazis. Un Etat qui pouvait certes s'enorgueillir d'avoir largement contribué à la victoire au prix de très lourds sacrifices, mais sans que cela ne modifie pour autant sa nature profonde. Ce qui ne rendait pas moins criminels les accusés, mais ce qui néanmoins faussait l'accusation.

⁵³⁷ Philippe Sands, *op. cit.*, p. 263.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 265.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 272.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 275.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 306.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ Philippe Sands, *op. cit.*, *Ibid.*, p. 307.

médaille. Ce n'est pas ce qu'il fera valoir devant le tribunal, mais c'est sans aucun doute ce que continuait à penser ce Janus qui offrait au travers du récit de son règne une image du mal absolu, et au travers du personnage physiquement présent à la barre, une image de médiocre non moins absolu ⁵⁴⁴ ; comme ce sera le cas plus tard avec Eichmann.

311. Poser une limite à l'irresponsabilité de ceux qui appliquent la loi, c'est poser une limite à la possibilité pour eux de plaider non coupable, dès lors qu'il est établi qu'ils ne pouvaient ignorer le caractère criminel des lois qu'ils ont appliquées. S'agissant en particulier des juges, l'argument de la neutralité axiologique, de l'interdiction qui leur était faite de porter un quelconque jugement de valeur sur les lois qu'ils avaient à appliquer, étant alors considéré comme irrecevable et leur défense, hormis la démente, se trouvant *ipso facto* limitée aux éventuelles circonstances atténuantes. Une telle situation présuppose bien entendu que les juges conduits à juger leurs pairs criminels soient, ou bien des hommes qui sont devenus juges postérieurement à la période pendant laquelle les lois criminelles ont été appliquées, ou bien des hommes qui étaient juges pendant cette période, mais qui ont refusé de les appliquer. Des Juges pour qui le Juge ne saurait être soumis inconditionnellement à la loi, pour qui il y a une limite éthique à son application, intrinsèque au Droit. Des Juges vigilants, attentifs aux signes avant-coureurs dans l'évolution de la légalité, des catastrophes humaines. Car l'installation d'un État criminel peut être progressive et les lois qui y mènent peuvent ne pas être dans un premier temps d'une indignité flagrante, mais il arrive un moment où elles le deviennent et c'est pour le juge, soit la révolte (le refus de les appliquer), soit la complicité dès lors qu'il n'y a plus de doute possible sur ce qui est à l'œuvre. Une complicité à la fois passive en l'absence d'une adhésion personnelle à l'idéologie criminelle de l'État (toujours possible), et active dans la mise en œuvre de sa politique par le moyen des lois.

312. De l'accoutumance ou non au pire, Sebastian Haffner dans son *Histoire d'un Allemand* ⁵⁴⁵ — une histoire qui n'est autre que la sienne, intime, familiale et sociale, au quotidien, jusqu'à ce qu'il décide de s'exiler en Angleterre en 1938 alors qu'il est magistrat stagiaire —, donne à voir le processus délétère. C'est un récit qui rend « palpable la tentation

⁵⁴⁴ Lorsqu'il se leva à la demande du Juge pour dire s'il plaiderait ou non coupable, « La correspondante de guerre américaine, Martha Gellhorn, présente dans la salle, fût frappée par le « petit visage mesquin » de Frank, par ses joues roses encadrant « un petit nez busqué » et par ses « cheveux noirs luisants ». Il a un air résigné, se dit-elle, semblable à un serveur désœuvré dans un restaurant vide », *Ibid.*, p. 339.

⁵⁴⁵ Sebastian Haffner, *Histoire d'un Allemand*, Actes Sud, 2002-2003, avant-propos de Martina Wachendorff.

du mal, l'infiltration et la prise de pouvoir lente et perfide de la pensée raciste et fasciste, le cheminement de la propagande belliciste »⁵⁴⁶ dans l'esprit de la plupart des gens, dans l'Allemagne exsangue de l'après Grande guerre et singulièrement dans celui des juristes. Le progrès du mal jusqu'à l'installation d'un *droit à l'ombre de la croix gammée* pour reprendre le titre d'un livre récemment publié en France dont le titre original était *Recht im Unrecht*, qui « est une formulation polysémique et paradoxale : un droit qui est de l'anti-droit, du droit, mais injuste, un système inique, mais légal, un droit monstrueux, mais légitimé, un système criminel, mais licite ». ⁵⁴⁷

313. La tâche à laquelle doivent s'atteler les juristes qui refusent qu'une telle « installation » puisse être encore possible avec leur complicité, est claire : convaincre leurs pairs qu'ils ont, en tant que juristes, un rôle à jouer à cet égard. Un rôle d'opposition à l'application des lois qui, soit de façon brutale, soit de façon progressive, insidieuse, préparent au pire. En pleine conscience de ce que la mise en place « [d'] un droit qui est de l'anti-droit », est toujours possible quand la situation politique/sociale/économique échappe à la concertation, à la délibération et à la raison. Ce que ce premier quart de XXI^e siècle lourd de menaces diverses contre les libertés et la démocratie qui est leur milieu « naturel » de subsistance, semble confirmer, avec : le terrorisme, la montée des extrêmes droites et des fanatismes de toutes sortes, l'installation y compris dans l'Union Européenne de régimes illibéraux et ailleurs de dictatures et de régimes totalitaires (dont au premier chef la Chine, du fait de sa taille et de sa progression tentaculaire dans tous les domaines et tous les continents), l'accoutumance à une « post-vérité » fatale à tout véritable dialogue, le creusement néolibéral des inégalités et les inévitables troubles sociaux qu'il génère, les déséquilibres de toutes sortes dus au dérèglement climatique. Ces menaces ne sont pas moins redoutables, *mutatis mutandis*, que celles qui, par exemple, s'accumulaient entre les deux guerres mondiales du siècle précédent.

314. Non pas qu'il faille croire que la communauté juridique puisse espérer, à elle seule, empêcher une éventuelle nouvelle catastrophe humaine — le penser serait déraisonnable et contraire au réalisme dont a toujours fait preuve Camus contrairement à ses détracteurs idéologiques —, mais elle peut néanmoins, avec l'institution judiciaire qui est l'un des trois éléments du triptyque étatique classique (avec le gouvernement et le parlement), peser d'un

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ Michael Stolleis, *Le droit à l'ombre de la croix gammée, Etudes sur l'histoire du droit du national-socialisme*, Trad. De Christian E. Roques et Marie Ange Roy, ENS Editions, 2016.

certain poids dans le cours de la vie sociale compte tenu de l'omniprésence du Droit. Un certain poids symbolique aussi. Ce qui n'est nullement négligeable. Il est certain que le « capital symbolique » de l'institution judiciaire est, du fait même de sa subordination au politique, assez faible. Une subordination qui peut être rendue plus ou moins invisible en l'absence de graves troubles politiques et sociaux, mais qui redevient assez vite évidente dès leur apparition. Et c'est quand se font jour les risques d'arbitraire, que l'institution judiciaire pourrait gagner en respectabilité en affirmant, dans l'unique intérêt des citoyens, son autonomie par rapport au pouvoir en place. En devenant véritablement la « gardienne de la liberté individuelle ».

315. Non pas, rappelons-le, parce que c'est écrit dans la Constitution — avec cette précision sous la cinquième République, que c'est dans les limites de la loi et sous la garantie d'un président de la République omnipotent ! —, mais parce que c'est inhérent à sa fonction et conforme à la conception du Droit du peuple au nom duquel elle rend ses décisions. Du peuple qui est, pour elle comme pour le pouvoir politique, l'unique source de la souveraineté et donc de la légitimité. L'institution judiciaire doit s'emparer de sa légitimité, affirmer et démontrer par ses décisions qu'elle est, avec la liberté, la gardienne de la solidarité qui en sous-tend la possibilité même ; qu'elle est en capacité d'imposer, au nom du Droit, une limite éthique à la loi quand la loi bafoue gravement cette solidarité sans laquelle tout est potentiellement conflit et potentiellement mortel pour la démocratie et aux heures les plus sombres, pour les individus eux-mêmes. Si elle renversait ainsi la « vapeur », de « formidable machine à banaliser » l'arbitraire elle se ferait rempart contre cet arbitraire et administrerait pour les citoyens et justiciables la preuve même de l'existence d'un véritable État de Droit.

Commentaire. La guerre de 14-18 devait être la « der des ders ». L'armistice a été suivi de l'espoir en une paix perpétuelle garantie par la Société Des Nations (créée dès 1920) et la constitution d'une Europe enfin composée de démocraties libérales et pacifiques. Le soufflet est vite retombé et la montée en puissance des idéologies nationalistes belliqueuses dans le contexte de la crise économique des années trente, en a balayé les dernières traces, mis à part l'épisode heureux du Front populaire. Il est certain qu'en histoire les mêmes causes (à les supposer telles) ne produisent pas nécessairement les mêmes effets. La situation avec l'homme est toujours trop complexe, trop contingente, trop évolutive, pour que l'on puisse aujourd'hui diagnostiquer sans réserve un retour des années 30. Mais ne pas admettre avec nombre d'observateurs éclairés l'existence de ressemblances inquiétantes (auxquels s'ajoutent les

dangers spécifiques du temps), c'est à l'inverse s'enfermer dans un « impossible déni ». ⁵⁴⁸ C'est ajouter dans les ressemblances troublantes une certaine posture munichoise. En ce qui concerne les juristes et particulièrement les juges, cela revient à accepter par avance de marcher dans les pas de leurs prédécesseurs qui eux-mêmes avaient marché « en toute neutralité » dans les pas des pouvoirs que l'on sait. Il est entendu qu'il n'y a heureusement aucune certitude pour que l'on assiste à quelque chose de comparable à ce qui s'est passé au siècle dernier, mais le présent est déjà suffisamment trouble et les facteurs d'aggravation suffisamment alarmants pour que chacun, à son niveau, s'efforce de réfléchir à allumer des contre-feux. En ce qui concerne le juriste, en faveur d'un Droit distingué de la loi et d'un Juge capable de poser une limite éthique à l'application de la loi.

Section 2. Une « formidable machine à banaliser » l'arbitraire

316. La plupart des gens ne croient guère en l'indépendance des juges et s'en désolent. Rares, mis à part ceux qui croient que l'ordre est exclusivement, ou en tout cas essentiellement, une affaire politique et de police, sont ceux qui pensent que les juges doivent être des fonctionnaires comme les autres. Et, de notre point de vue, la majorité des citoyens qui oppose spontanément Droit et arbitraire, a, en l'occurrence, raison. Mais pour que les juges ne soient pas inconditionnellement aux ordres du pouvoir politique, c'est-à-dire inconditionnellement aux ordres de la loi, pour qu'ils répondent à l'exigence de justice qui est au principe d'une opinion générale qui considère qu'ils devraient être les garants autonomes de la liberté des citoyens, il faut qu'ils parviennent à vaincre leur apparente incapacité à dépasser le trilemme « complicité, rébellion, modération » (§1), le consternant maintien de la justice dans le giron du pouvoir politique (§2).

⁵⁴⁸ Ainsi Alain Duhamel dans un article du journal Libération mis en ligne le 7 septembre 2016 intitulé « Retour des années trente : l'impossible déni », fourni un certain nombre d'éléments de comparaison dont la pertinence apparaît difficilement contestable, parmi lesquels la montée des extrêmes droites dans toute l'Europe. « Partout, les mêmes sentiments affleurent : hostilité croissante contre les immigrés, offensive permanente contre l'Europe, dénonciation violente des sociaux-démocrates et des conservateurs modérés, anti-élitisme virulent, demande d'autorité et de répression, quête d'un chef charismatique, comment ne pas retrouver là les stigmates des années 30 ? (...) Il s'agit bien, en Europe, comme en France, d'une crise de la démocratie. À l'instar des années 30, elle est naturellement produite par une crise économique profonde et durable qui déséquilibre la société, multiplie les souffrances sociales, crée de l'angoisse, de l'amertume, du ressentiment, et parfois de la haine. (...) Comme toujours lorsque s'enracine ce type de crise, il faut des boucs émissaires, comme toujours les derniers immigrés sont les plus violemment dénoncés mais à cette occasion, tous les préjugés anciens, les rancœurs traditionnelles ressuscitent aussi. Le populisme xénophobe accuse les immigrés les plus récents mais réveille clivages et antagonismes, intolérance et agressivité. Il fabrique la défiance et l'animosité, fracture Français et Européens, tente de déconstruire l'Union des Vingt-Sept, la paix, le consensus démocratique. ».

Paragraphe 1. L'incapacité à dépasser le trilemme : complicité, rébellion, modération

317. Le juriste et sociologue Alain Bancaud a recours à un oxymore — « une exception ordinaire »⁵⁴⁹ — pour évoquer la reconnaissance par les juges (à l'exception remarquable celle-là, de Paul Didier) de la légalité de « l'Etat français » et leur application sans faille, souvent zélée, de la « législation d'exception et d'exclusion »⁵⁵⁰ mise en place par Pétain et son gouvernement. Un régime qui « incarne une sorte de consécration, extrême et caricaturale, d'un modèle de justice étatisée et fonctionnarisée remontant à la Révolution et au premier Empire, et, au-delà, d'un mode étatique de défense de l'ordre, social et national, en situation de crises ». ⁵⁵¹ En fait, il s'agit d'un mode étatique de défense de n'importe quel ordre caractéristique d'une « culture professionnelle » qui fait que, « Même s'ils peuvent partager des préjugés xénophobes, répandus chez les juristes, les magistrats ne sont pas des militants, ils [ont par exemple appliqué] la législation antijuive en vertu de leurs rapports traditionnels à la loi et d'une conception classique de la défense de l'Etat et de la nation ». ⁵⁵² De défense en fait surtout du pouvoir en place quel qu'il soit, y compris lorsque son action n'apparaît guère conforme à l'intérêt de l'État distingué de ce pouvoir (non-réduit à lui) — c'est-à-dire à l'intérêt général — et, partant, à l'intérêt de la nation au service de laquelle ils sont censés œuvrer. Leur indépendance n'est jamais aussi « éclatante » que lorsque la justice n'est le lieu d'aucun enjeu politique majeur. Dans le cas contraire, soit que le pouvoir politique impose sa volonté par la loi, soit, ce qui est de loin le plus fréquent, qu'il attende et obtienne très vite des juges qu'ils se rangent « spontanément » à sa volonté.

318. Ce dont ne disconvient pas vraiment au fond le même auteur lorsqu'il estime que, « Pour appréhender les effets, complexes, contradictoires, de l'habitus judiciaire, il faut rompre avec les interprétations qui ne laissent de choix qu'entre la complicité coupable et la rébellion ». ⁵⁵³ La bonne interprétation se situe selon lui dans un « entre-deux (...) de pratiques qui cherchent, de tradition, à échapper aux extrêmes de l'innovation militante et de la rébellion, à

⁵⁴⁹ Alain Bancaud, *Une exception ordinaire, La magistrature en France 1930-1950*, édit. Gallimard, 2002. A. Bancaud est juriste et sociologue, rattaché à L'institut d'histoire du temps présent du CNRS.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 10.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 8.

se maintenir entre des interprétations extensives et restrictives de la loi ». ⁵⁵⁴ Un entre-deux que résume assez bien, s'agissant de « tradition », l'expression populaire qui remonte au XIII^e siècle « ménager la chèvre et le chou », de telle façon que si les choses tournent mal pour le pouvoir en place, on ne se retrouve pas trop en difficulté avec le nouveau pouvoir. Un entre-deux qui n'exclut pas le fait que « Vichy montre que les juges ordinaires peuvent aller très loin dans le service au politique ». ⁵⁵⁵ Et même avec ce qui s'apparente à un certain cynisme que résume parfaitement un ministre et par ailleurs professeur de droit renommé de l'époque, Barthélémy, qui « A ses collègues militaires ou technocrates du gouvernement qui prônent des méthodes expéditives (...) réplique » : « Jugeons avec des débats contradictoires, une libre discussion ; emprisonner des hommes, c'est peu ; les tuer, ce n'est pas grand-chose ; les juger avec le motif, c'est bien ». ⁵⁵⁶

319. On peut difficilement aller plus loin dans la vision instrumentale du droit. Pétain maintient ainsi la compétence de la Cour de Riom ⁵⁵⁷, après avoir lui-même condamné ceux qui devaient y comparaître au titre de son pouvoir de justice politique, pour garantir un supplément de crédibilité, de « portée morale », dit un de ses ministres, à sa décision, parce qu'un jugement respectueux des formes judiciaires classiques, c'est-à-dire fondé sur l'indépendance statutaire des juges, une procédure publique et contradictoire, la solennité d'un rituel emprunté aux cours d'assises, est symboliquement plus productif qu'une sentence politique, autoritaire et secrète ». ⁵⁵⁸ Autrement dit, ce qui était attendu du corps judiciaire, ce n'est rien de plus qu'une parodie de justice, même si son rôle, dans les faits, en mal comme en bien, ne peut pas être réduit à cela.

320. Un corps judiciaire dont on peut dire en tout cas globalement, qu'il « apparaît (...) comme une formidable machine à banaliser, c'est-à-dire à appliquer et, par voie de conséquence, à légitimer, mais aussi à rabattre l'extraordinaire politique à l'ordinaire judiciaire

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 443.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 441.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁵⁷ La Cour de Riom où en 1942 devait être jugé notamment Léon Blum à qui Vichy voulait faire supporter avec la III^e République la défaite de 1940 aux lieux et places du haut commandement de l'Armée française.

⁵⁵⁸ p. 17. « Dans une note à Darlan, le secrétaire général de la chancellerie, Dayras, explique pour sa part : (...) seul un procès au grand jour peut donner à l'opinion publique l'impression que toute lumière est faite et que justice est bien rendue ». De la même manière, plusieurs auteurs l'ont relevé, l'intervention de la justice et du droit évite « cette sorte de brutalité administrative qui n'aurait pu que discréditer » la politique antisémite de Vichy », *Ibid.*

et bureaucratique ». ⁵⁵⁹ « [L'] extraordinaire politique » s'entendant du pire. Il est possible qu'à partir d'un certain moment les magistrats pris « entre la peur des représailles des résistants et la crainte des sanctions et violences de la part de la chancellerie, de la Milice [et] des Allemands » aient adopté une attitude de « réserve (...) envers la répression politique de Vichy » et aient mis « en œuvre des solutions intermédiaires entre les « excès » de l'acquittement systématique et le « hors de proportion » de la répression exemplaire ». ⁵⁶⁰ Mais il est difficile de ne pas voir dans leur comportement une forme de complicité au sens où l'entendent dans leurs jugements pénaux les mêmes magistrats. Lesquels dans le cours banal de la justice, n'accordent en général guère de crédit à celui qui, parmi ceux qui ont participé à une rixe, fait valoir qu'il a eu une action modérée, qu'il s'est efforcé de ne pas porter de coups trop durs ; des magistrats qui ont au contraire tendance à penser que dès lors qu'il est établi que des coups ont été portés, il n'y a pas lieu de distinguer entre les coups qui ont provoqué les blessures ou la mort, selon leur intensité.

321. Une complicité dont Vichy révèle sans doute ce qu'elle doit « à un mode de fonctionnement du droit et de l'État qui impose la soumission aux lois et aux instructions » et « déresponsabilise » les « serviteurs de l'État » ; mais une complicité dont Vichy révèle surtout ce qu'elle doit à une absence totale de remise en cause depuis la révolution, de la légitimité de cette soumission, transfigurée avec l'aide des théoriciens du positivisme, sous le vocable de neutralité ou d'impartialité en devoir sinon en vertu. Et par la suite, la République étant restaurée, la grille de maillage du tamis utilisé pour l'épuration étant particulièrement grossière, les mêmes hommes ont poursuivi leurs activités sans solution de continuité dans leur conception, mais pour le compte d'un autre pouvoir. La IV^e République n'ayant pas affaibli « la toute-puissance du législateur et de la loi » ⁵⁶¹ ; les magistrats ayant « toujours aussi peu les moyens de résister à la « raison d'Etat » définie par les plus hauts responsables politiques ». ⁵⁶² Et ayant toujours aussi peu à cet égard, l'idée ou en tout cas la volonté, de reconsidérer la conception du Droit qui est au principe de leur soumission.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 441.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 424.

⁵⁶¹ Alain Bancaud, *op. cit.*, 446.

⁵⁶² Une exception qui confirme la règle de « l'art de l'accommodation des magistrats », et un exemple de courage, sont fournis par le refus du procureur Général Besson de se plier aux injonctions du pouvoir Gaullien contraires à ses convictions, dans le procès des généraux responsables du putsch d'Alger. Dans un livre intitulé *Le mythe de la justice* (Plon 1973), il raconte comment il a été « harcelé, flatté, espionné, menacé et, finalement, déplacé et poussé à la démission, pour ne pas avoir voulu suivre les instructions prescrites », *Ibid.*

Commentaire. La neutralité est pour le juge un leurre, un miroir aux alouettes, si elle n'est pas un refuge défini comme ce lieu où l'on se met en sûreté pour échapper aux ennuis, au danger, à la responsabilité. Elle le condamne en fait à son contraire : à un engagement sans limite au service du pouvoir. Elle lui interdit le seul engagement susceptible de conférer à son office la dignité que les citoyens souhaiteraient pouvoir lui reconnaître : un engagement au service du Droit. La neutralité est un piège tendu par le pouvoir et légitimité par la théorie dominante, qu'il ne tient qu'au juge de quitter. Sans qu'il soit besoin pour cela de le manifester autrement qu'en refusant d'appliquer dans une affaire qui lui est soumise une loi qu'il juge gravement contraire à l'éthique propre du Droit. Un refus clairement motivé par cette contradiction qui le ferait échapper face à une telle loi, d'une part, à la complicité avec le pouvoir législateur à laquelle elle confine ; d'autre part, à l'autre bout des réactions possibles, à la rébellion qui le fait sortir du cadre de son office ; enfin, entre deux, à la modération dans l'injustice sous couvert d'interprétation, qui suppose d'accepter le principe et qui n'est possible que si le pouvoir la tolère. Rappelons ici que l'exigence de mesure chez Camus exprime une rigueur éthique en opposition à toute forme de compromis plus ou moins proche de la compromission, à toute « demi-mesure ».

Paragraphe 2. Le constant maintien de la justice dans le giron du pouvoir politique

322. De la belle continuité de « l'habitus judiciaire » et de la soumission à la raison d'Etat sous la IV^e République, la guerre d'Algérie — la guerre qui n'a été officiellement reconnue en tant que telle qu'en 1999 après avoir été réduite à une simple « opération de maintien de l'ordre » —, fournit un exemple majeur. On a en effet assisté pendant son déroulement de 1954 à 1962, « Dans une confusion absolue des pouvoirs », à une « instrumentalisation de l'appareil judiciaire à des fins répressives. L'institution judiciaire étant ravalée par l'Armée, avec l'aval du pouvoir politique, au rang d'une modalité de son combat contre l'organisation politico-administrative du FLN »⁵⁶³, après avoir été « intimement liée au fait colonial lui-même ». ⁵⁶⁴ Et le fait qu'une partie importante des compétences de la justice civile ait été transférée à la justice militaire, ne fait que rendre plus visible « l'impuissance

⁵⁶³ Sharon Elbaz, Sylvie Thénault, *Une drôle de justice. Les magistrats dans la Guerre d'Algérie*, Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique {En ligne}, 85/2001, mis en ligne le 22 novembre 2009, URL : <http://journals.openedition.org/chrhc/1762>.

⁵⁶⁴ *Ibid.*

d'une justice aux ordres, contournée, lorsqu'elle n'est pas jugée suffisamment efficace ». ⁵⁶⁵ Dans ce contexte, « La majorité des magistrats se distingueront par leur inaction, une passivité qui s'explique par la « crainte de desservir l'armée en agissant contre la torture, les disparitions ou exécutions sommaires ». ⁵⁶⁶ Desservir une armée à laquelle le pouvoir politique avait laissé les coudées franches avant même la « bataille d'Alger » en 1957 et le passage à la « guerre totale ». Ainsi dans un texte du 3 août 1955 signé par le général Koenig et le Ministre de la justice Robert Schuman, mis à jour par Claire Mauss-Copeaux qui a soutenu une thèse de doctorat d'histoire contemporaine relative à la guerre d'Algérie en 1995, trouve-t-on, dictée sans détour aux magistrats, la conduite à suivre en cas de plaintes contre les exactions commises par les forces de l'ordre : « une action supprimant la responsabilité pénale de ses auteurs [...] [sera suivie] d'un refus d'informer [...] Les plaintes devront faire l'objet d'un classement sans suite, dès lors qu'il apparaîtra incontestable que ces faits sont justifiés par les circonstances, la nécessité, ou l'ordre de la loi. » ⁵⁶⁷ Ce modèle de « couverture judiciaire » en « république et démocratie » sera enseigné au cours des années 70 par des militaires français, formés aux techniques dites « antisubversives » conçues pendant les guerres coloniales, à certaines dictatures sud-américaines telle que celle du Général Pinochet au Chili.

323. On peut estimer qu'une telle subordination est liée au contexte de guerre. Autrement dit, qu'elle ne peut être invoquée comme caractérisant l'institution judiciaire en temps de paix. Il est entendu qu'en l'absence de troubles graves qui incitent le pouvoir politique à juguler toutes les formes de contestation de son action, la justice fonctionne dans la relative indépendance définie par son statut légal. Notamment parce que l'immense majorité des affaires qu'elle traite, à défaut d'avoir une quelconque incidence politique et donc électorale, n'intéresse tout simplement pas le pouvoir. Seules quelques affaires qui mettent en cause directement des hommes politiques ou qui peuvent indirectement avoir un certain retentissement dans l'opinion, réveillent à l'occasion l'intérêt pour la justice, du pouvoir. Mais cet intérêt peut redevenir plus général et plus pressant dans des périodes d'instabilité politique et sociale, de menaces pour

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ On doit noter que contrairement aux magistrats, « les avocats, ces auxiliaires de justice qui concourent au même titre que les magistrats à la manifestation de la vérité (...) à un moment où l'institution judiciaire n'assumait plus sa fonction constitutionnelle de garant des libertés individuelles (...) ont peut-être suppléé les magistrats dans cette tâche en innovant par la mise en place de modes d'organisation collective ou de stratégies judiciaires plus ou moins inédits ». *Ibid.*

⁵⁶⁷ Publié sur le site de Toulon de la Ligue des Droits de l'Homme, ldhtoulon@gmail.com.

l'ordre et la sécurité publiques. Des périodes au cours desquelles la tendance lourde de l'institution judiciaire à remplir sans grande résistance le moule que lui fabrique le pouvoir politique au grès des circonstances, se fera de nouveau sentir. Elle apparaîtra de nouveau « stratégique » en ce qu'elle est indispensable à l'exercice d'une violence qui n'apparaisse pas « brute » mais « légitime » ; en ce qu'elle est « le lieu de l'affirmation solennelle de l'ordre établi » ; en ce que « avec ses procédures et son rituel, elle rend visible l'interdit de la loi qu'elle dépolitise en intérêt supérieur, transcendant, en même temps qu'elle construit des accusés, produit des coupables servant à glorifier les valeurs au nom desquelles le procès est engagé et la condamnation prononcée ». ⁵⁶⁸

324. Les exemples où, en dehors de tout contexte de guerre, le pouvoir politique met à mal les libertés dont les juges sont censés être les gardiens sans qu'ils se posent même la question de la limite aux restrictions qui leur sont apportées et des conditions dans lesquelles ces restrictions sont appliquées aux citoyens, sont multiples et concernent toutes les époques. Des lois en délicatesse avec les valeurs démocratiques et républicaines, parfois qualifiées de « scélérates » ⁵⁶⁹, qu'appliqueront les juges sans la moindre difficulté et souvent avec zèle, Gilles Manceron fournit un panel instructif dans un article qu'il leur consacre dans un livre collectif clairement intitulé *Contre l'arbitraire du pouvoir*. Ainsi les lois liberticides de 1893 et 1894 concernant la presse, les associations et les mouvements anarchistes, votées « dans l'urgence et sous l'émotion » et suivies tout au long de la troisième République d'autres mesures du même type, ont notamment créé une peine de relégation, « de véritables délits d'opinion », interdit « la reproduction des débats de procès », institué un délit d'« apologie du crime » de « provocation indirecte » au crime, qui pouvait résulter de la simple description des circonstances dans lesquelles tel ou tel attentat s'était produit ».

325. Ces lois ont donné « une prime à la provocation et à la délation », jusqu'à permettre « de réprimer des propos tenus lors de soirées familiales, des conférences privées, la simple audition passive des diatribes provoquées par un agent provocateur, ou le fait d'entonner un chant révolutionnaire. » ⁵⁷⁰ Ainsi, « En décembre 1893, le parquet d'Angers poursuivit pour

⁵⁶⁸ Alain Bancaud, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁶⁹ Expression forgée à la fin du 19^{ème} siècle à propos des lois de 1893 et 1894 votées « à la suite de l'attentat de l'anarchiste Auguste Vaillant » qui n'avait d'ailleurs fait aucune victime, « supposées viser les mouvements révolutionnaires mais qui portaient atteinte à toutes les libertés », Gilles Manceron, *Contre l'arbitraire du pouvoir, 12 propositions*, La fabrique édit., 2012, p. 9.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 14.

« entente » une demi-douzaine d'individus à qui il était reproché notamment l'organisation d'une soirée familiale publique où l'on avait dansé, chanté et prononcé des discours anarchistes. L'un d'eux, Meunier, condamné à sept ans de travaux forcés et dix ans d'interdiction de séjour, l'était surtout, en réalité, pour avoir peu avant participé activement à une grève... ». ⁵⁷¹ L'année suivante, Paul Bury « fût jugé par le tribunal correctionnel de Lille pour un simple délit d'expression, un discours tenu à Tourcoing en octobre 1894 lors d'une réunion socialiste. Condamné à 13 mois de prison et à la relégation, il ne sortit de la prison centrale de Béthune que pour être embarqué pour la Nouvelle Calédonie » ⁵⁷², alors de surcroît que la loi ne visait pas les syndicalistes, mais les seuls anarchistes.

326. Plus près de nous, il y a la loi du 3 avril 1955 relative à « l'état d'urgence » ou encore la loi dite « anticasseurs » du 8 juin 1970 qui est une « ... loi d'exception (...) elle aussi restée dans les mémoires comme un symbole du « tout répressif » contre les mouvements d'extrême gauche et les luttes syndicales. » ⁵⁷³ Toutes ont servi bien au-delà de leurs objectifs officiels et des contextes dans lesquels elles ont été votées. Toutes ont été appliquées avec zèle par les tribunaux, y compris dans les cas les plus évidemment scandaleux. Ainsi un lycéen, Gilles Desraisses, est arrêté avec 120 autres personnes à la suite d'incidents survenus dans le quartier de l'Opéra à la fin d'une manifestation organisée par les sidérurgistes lorrains le 23 mars 1979 et infiltrée par la police (le service d'ordre de la CGT avait retenu un casseur qui s'était avéré policier !). Il est « Accusé d'avoir jeté une grille d'arbre sur la vitrine d'un magasin sur la foi d'une déposition de policiers... alors qu'il n'y a pas d'arbre à cet endroit » ⁵⁷⁴, et que cette déposition avait été contredite par deux témoins. Malgré de surcroît un excellent « dossier de personnalité » dans lequel figurait notamment le témoignage de non-violence de son proviseur, le jeune homme (18 ans) sera condamné sur le fondement de la loi anticasseurs de l'époque par la Cour d'appel de Paris à 18 mois de prison, dont 8 mois ferme. Parmi bien d'autres, Michel Foucault et Pierre Joxe alors député qui avait assisté à l'un des procès,

⁵⁷¹ Gilles Manceron, *op. cit.*, *Ibid.*

⁵⁷² *Ibid.*, p. 15.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 22. « Les peines étaient doublées lorsque les délits étaient commis en groupe, et des personnes pouvaient être condamnées pour avoir fait partie d'un groupe au sein duquel d'autres qu'elles étaient accusées d'avoir commis tel ou tel délit. Très vite, l'application de cette loi se focalisa sur les mouvements de revendications politiques et syndicaux qui, dans le prolongement de 1968, en étaient en fait la vraie cible. Il fallut attendre le 23 décembre 1981 pour que cette loi soit abrogée. » *Ibid.*, p. 22-23.

⁵⁷⁴ Article du 26 mai 2012 de Michel Deléan, Médiapart, « *Décès du Lycéen otage de la loi anti-casseurs en 1979* », repris sur son blog intitulé Profencampagne.

dénonceront la vilénie politico-judiciaire.⁵⁷⁵ Comme Camus l'avait fait quarante ans plus tôt dans le contexte colonial.

327. Les deux lois susvisées, loin de la Guerre d'Algérie et des « évènements » de mai 1968, ont retrouvé une actualité dans le contexte du terrorisme face auquel deux attitudes sont possibles : l'une qui, sans rien négliger pour lutter contre ce fléau, consiste à maintenir au plus haut degré les libertés que les terroristes rêvent d'abolir, puisque ce sont ces libertés qui donnent sens à cette lutte ; la seconde, qui consiste, au nom d'une efficacité dont la preuve n'est nullement administrée⁵⁷⁶, à aller de fait dans leur sens. Ce qui renforce en tout cas de façon certaine un contrôle social dont il serait naïf de penser qu'il puisse avoir pour unique objet la lutte en question. C'est ainsi que des lois antiterroristes se succèdent depuis trente ans pour instaurer un régime d'exception de plus en plus étendu. Sans qu'il soit besoin ici d'entrer dans le détail, on peut rappeler qu'après six prolongations de l'état d'urgence instauré par la loi du 3 avril 1955 précitée dans le contexte de la guerre d'Algérie, une nouvelle loi du 30 octobre 2017 (n° 2017-1510) « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme » a pris le relais, intégrant certaines de ses dispositions dans le droit commun.⁵⁷⁷ Ce qui revient, dans une mesure significative, à instaurer un état d'urgence permanent propice à une restriction toujours plus importante des libertés pour une raison ou pour une autre.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ Il est en général admis par les experts, que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence ne sont pas efficaces longtemps. Lors d'un rapport de contrôle de la commission des lois de février 2017 (Rapport d'information n° 4281), c'est même le co-rapporteur, Jean-Frédéric Poisson qui admettait [qu']évidemment (...) le temps qui passe érode l'efficacité et le caractère spécifique de l'état d'urgence », un autre, membre de la même commission alertant sur le fait que « l'un des effets de l'état d'urgence c'est une imprégnation très néfaste sur le droit ». La plupart des réussites dans la lutte contre le terrorisme étant dues aux services de renseignement.

⁵⁷⁷ Précédemment, devant le parlement réuni en congrès à Versailles le 16 novembre 2015, François Hollande avait ouvert son discours par un « La France est en guerre » qui témoigne observe Jacques Foliorou dans *Le Monde*, d'une « dérive guerrière du pouvoir civil face au terrorisme » et acte une « confusion entre sol national, où devrait prévaloir la loi et le pouvoir civil, et le théâtre extérieur d'intervention régit par les règles de la guerre ». Jacques Foliorou, *La dérive guerrière du politique face au terrorisme*, *Le monde des idées*, 10 octobre 2017.

⁵⁷⁸ Ainsi avec la nouvelle « loi anticasseurs » du 10 avril 2019 (n° 2019-290) « visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations », validée par le Conseil constitutionnel à l'exception de la possibilité qu'elle donnait au Préfet d'interdire de manifester à une personne soupçonnée, sans réel contrôle, de constituer une menace pour l'ordre public. Reste que cette loi, prise dans le contexte du mouvement dit « des gilets jaunes », restreint de façon importante l'expression collective des idées et des opinions au prétexte d'un risque de troubles à l'ordre public, évidemment toujours possible. Ont été en effet déclaré conformes par le Conseil constitutionnel les contrôles (fouilles, palpations, contrôles visuels) lors des manifestations et le délit de dissimulation volontaire, totale ou partielle du visage, le tout sous peine d'interdiction de l'accès à d'autres manifestations. A été en outre introduite la notion d'« arme par destination » particulièrement vague (un fauteuil roulant a été considéré comme tel !), mais cependant susceptible d'entraîner la qualification d'un délit puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende. « Certains délits propres aux manifestations, qui auparavant échappait à la comparution immédiate, n'y échappent plus », assure Muriel Ruef, avocate à Lille. « On observe des interpellations massives avec des milliers de gardes à vue et très peu débouchent sur un procès », remarque-t-

328. Pour un Juge neutraliste technicien, qu'il l'approuve ou la désapprouve, cette évolution ne le regarde pas en tant que professionnel du droit. C'est une affaire purement politique. Pour un Juge qui ferait sienne notre conception du Droit et de son office (un *Juge révolté*), la situation serait différente. Il s'interdirait lui aussi de prendre une position politique, mais par contre il s'estimerait compétent pour refuser l'application d'une loi (ou de certaines de ses dispositions) qu'il jugerait contraire à l'éthique du Droit. Et si cette conception du Droit était partagée, sinon par l'ensemble des magistrats, au moins par une fraction significative de cet ensemble, il serait parfaitement envisageable que les magistrats se dotent d'une représentation pour faire connaître leur point de vue sur un texte en gestation qui leur paraîtrait méconnaître gravement la dimension éthique du Droit. Non pas du point de vue politique ou syndical, mais juridique. Actuellement les magistrats, par le truchement de leurs organisations syndicales, peuvent légalement faire connaître publiquement leur point de vue sur les projets ou propositions de lois dès lors qu'ils peuvent avoir une incidence sur leurs fonctions, leur statut et leur indépendance. Mais un minimum de réalisme conduit à considérer que, pour syndicales que soient dans ce cadre leurs interventions, elles ne sont pas nécessairement pour autant toujours dénuées de visées politiques, comme on le voit notamment avec le Syndicat de la Magistrature. Il est évident en effet que règne une certaine porosité à la frontière entre les deux domaines.

329. Or loin d'aggraver cette situation, l'adoption de notre conception permettrait au contraire de la clarifier. Elle postule en fait un double resserrement : un resserrement des interventions syndicales des magistrats sur la protection et l'amélioration de leur statut légal, et un resserrement sur la dimension éthique du Droit de leurs interventions extra-syndicales. Lesquelles, centrées sur le domaine propre du Juge, sur ce qui fait l'autonomie du Droit et de son office, seraient en cela purement juridiques. Ainsi, face à l'évolution défavorable aux libertés évoquée plus haut, pourrait-on voir la magistrature (au sens large comprenant les juges administratifs) s'exprimer en amont de l'édiction de la loi (au sens large) en tant que gardienne effective des libertés et sur le fondement de la dimension éthique du Droit, c'est-à-dire sur la solidarité qui en est la valeur matricielle. La valeur dont la défense et la promotion dans tous les domaines, y compris celui du Droit et de la justice, est aujourd'hui, à l'heure de la

elle. (...) « On constate une forte attention sur les visages, les itinéraires des individus, leur rôle. On recherche les leaders. Tout est consigné et ça, on ne le voyait pas avant ». Des recours sont formés par les avocats pour détention arbitraire notamment mais « c'est compliqué parce qu'on ne peut pas mettre en cause la responsabilité de l'État sur les gardes à vue », reconnaît M^e Ruef ». Dalloz actualité, édition en ligne du 24 septembre 2020, Anaïs Coignac, 6 novembre 2019, *Droit de manifester : toujours une liberté ?*.

globalisation, la condition *sine qua non* de la survie même de l'humanité. En particulier face à un dérèglement climatique dont le potentiel d'aggravation des inégalités en ce qui concerne la satisfaction des besoins vitaux, et donc d'aggravation des conflits à court ou moyen terme, est abondamment et parfaitement documenté. Notamment dans les rapports du Groupe d'experts Intergouvernemental sur l'Évolution du Climat créé en 1988 par l'ONU afin « d'expertiser l'information scientifique, technique et socio-économique qui concerne le risque de changement climatique provoqué par l'homme ». Leurs conclusions sont sans appel : des mesures drastiques doivent être prises solidairement à l'échelle planétaire pour sinon empêcher, au moins contenir, des catastrophes qui ne seront plus à proprement parler naturelles à l'heure de l'anthropocène, mais qui n'en seront pas moins calamiteuses pour autant.

330. Mais s'il ne peut être sérieusement discuté qu'elles appellent effectivement des mesures d'ampleur nécessairement contraignantes, le risque est grand de leur détournement politique à des degrés divers à des fins de restriction des libertés, de domination au service d'intérêts partisans et économiques puissants, de contrôle social. Un risque encore aggravé avec la survenue d'évènements qui ne sont pas sans rapport avec la globalisation, tels que la Covid19, associée dans l'inconscient collectif aux grandes pestes qui ont autrefois décimé l'Europe et contre laquelle il est également invoqué au plus haut niveau pour tout justifier, l'existence d'un état de guerre, de guerre sanitaire contre un virus ! « Il y a une visée politique dans ce registre martial : incarner le père de la Nation à la Clémenceau, imposer par ricochet une unité nationale que seule la guerre [la vraie] justifie, faire taire donc les oppositions et les critiques », observe Laure Bretton dans *Libération*.⁵⁷⁹ Le recours à cette occasion à la géolocalisation des smartphones, est un exemple parmi bien d'autres des risques encourus, sinon d'ores et déjà avérés, qui ne cesseront d'augmenter en lien avec d'incessants perfectionnements techniques dont la cinquième génération de réseau de téléphonie mobile est la dernière en date.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ Article en ligne de Laure Bretton de *Libération*, du 30 mars 2020.

⁵⁸⁰ Dans un article relatif à la 5G intitulé *La circulation massive des données remet en cause la vie privée et les libertés individuelles*, publié sur le site du réseau européen de datajournalisme European Data Journalism Network (article original: <https://voxeurop.eu/en/2019/smart-cities-5123877>), on peut lire par exemple à cet égard : « Grâce à l'installation de milliers de capteurs en zone urbaine, en connexion avec un nuage informatique partagé qui interprète ensuite les données de la population afin de trouver des solutions en temps réel à leur fonctionnement quotidien et à leur croissance future, les villes intelligentes semblent prometteuses. Cependant, alors que les grandes entreprises technologiques, aux antécédents douteux en matière de confidentialité des données, sont à la pointe de ces outils qui surveillent, stockent et s'adaptent à chaque mouvement des citoyens, les villes intelligentes se situent à la frontière controversée entre la commodité et la liberté (...). Roger McNamee, l'un des premiers investisseurs dans Google et Facebook, a déclaré aux responsables de Toronto que les données obtenues sur les utilisateurs du projet Quayside [projet qui visait à instaurer une « Google City à Toronto »] ont la capacité « de remplacer la démocratie par une prise de décision algorithmique » et que « c'est une vision dystopique qui n'a pas sa place dans une société démocratique. » Mais encore pour résister, faut-il que la société soit véritablement

331. Des risques majeurs et pour certains inédits, qui devraient inciter les juristes qui ne conçoivent pas le Droit comme un simple moyen au service de n'importe quelle fin, un moyen au service de n'importe quel pouvoir politique, un moyen qui peut être tout aussi bien d'oppression ⁵⁸¹ que de libération, mais qui le conçoivent comme un moyen porteur, avec la solidarité, d'une valeur propre, à se constituer en force elle-même propre. Des juristes du XXI^e siècle, convaincus de ce qu'il est naïf de croire que le salut de l'humanité ne peut dépendre que, « en haut », des pouvoirs politiques nationaux et internationaux et, « en bas », de la multitude plus ou moins organisée des citoyens, convaincus que les professionnels du Droit avec comme fer de lance les Juges, ont une responsabilité propre dans le devenir normatif des sociétés humaines et de la société globale qu'elles composent entre-elles. Les juristes (et notamment les avocats et les magistrats) avec d'autres professions comme par exemple les journalistes dont Camus, notamment à l'époque de *Combat*, aura été une grande figure ⁵⁸², les universitaires ⁵⁸³, les médecins ⁵⁸⁴, et plus généralement tous ceux qui pensent que leur profession et leur action

démocratique, ce qui suppose notamment qu'elle soit dotée d'une institution judiciaire capable de s'affirmer comme garante autonome des libertés.

⁵⁸¹ Un moyen d'oppression qui peut être massif, comme ce fût le cas lors de la seconde guerre mondiale avec « l'État français » qui a eu recours « au droit et à la justice jusqu'à la caricature. Une de ses particularités [une des particularités de ce type d'Etat, n'étant] pas d'être a-juridique ou anti-juridique, mais d'abuser du droit et de la justice : en même temps qu'il régleme jusqu'à « l'infiniment petit », il fait juger jusqu'à la « sursaturation pénale » (...). Les statistiques [relevant] une activité judiciaire qui n'a jamais été aussi forte et sévère » au point que « des spécialistes parlent [à propos de « l'Etat français » mais cela vaut pour tout état comparable] d'une « explosion des peines carcérales » » ou encore d'une « saison des juges ». Alain Bancaud, *op. cit.*, p. 15. La saison servile d'un corps en lequel « Pucheu (...) technocrate du régime et ministre de l'intérieur » voyait « une branche de l'administration et une branche inférieure ». *Ibid.*, p. 16.

⁵⁸² Dans son livre *Avec Camus Comment résister à l'air du temps* (édit. Gallimard, 2006), Jean Daniel met en évidence cette conception du journaliste qui ne conçoit pas d'exercer son métier en contradiction avec les valeurs qui lui donnent sens. « Il y avait en effet pour Camus, écrit Jean Daniel, des conditions impératives à la dignité de journaliste » conçu comme un « combattant pour ce que l'on pourrait appeler les aventures de la vérité » (p. 20). Parmi « les dérives » condamnées il y a « l'asservissement au pouvoir de l'argent, l'obsession de plaire à n'importe quel prix, la mutilation de la vérité sous un prétexte commercial ou idéologique ; la flatterie des pires instincts, « l'accroche » sensationnelle, la vulgarité typographique ; en un mot : le mépris de ceux à qui on s'adresse. Il s'agit en somme du procès de ceux qui réduisent les moyens d'information soit à une simple entreprise commerciale soumise à la loi capitaliste de l'offre et de la demande, soit à un instrument de puissance soumis à la règle totalitaire de la propagande » (p. 46). Le Consortium International des Journalistes d'Investigation, organisation à but non lucratif indépendante depuis 2017 basée à Washington, qui comporte plus de 200 journalistes de 70 pays et qui a révélé plusieurs scandales internationaux, peut être vu comme un exemple de profession qui s'organise autour de valeurs communes.

⁵⁸³ On peut voir dans une Organisation Non Gouvernementale telle que l'Association internationale des universités créée en 1950 qui réunit plusieurs centaines d'universitaires de plus de 130 pays et plaide pour la diffusion des connaissances dans le respect de la diversité, de l'équité et de la responsabilité sociale, une certaine préfiguration de la prise de conscience en question.

⁵⁸⁴ De même que ci-dessus, en ce qui concerne les médecins, avec des Organisations Non Gouvernementales telles que Médecins Sans Frontières ou Médecins du Monde.

dans le cadre de leur profession, n'ont de valeur que dans le respect de certaines valeurs, qu'il leur faut donc défendre, pour en être dignes, en toutes circonstances.

Commentaire. Il s'agit de savoir au fond si, au XXI^e siècle, la justice doit ou non demeurer dans les faits une branche de l'administration parmi les autres, sinon inférieure, en tout cas certainement pas supérieure ou différente. Une branche qui en particulier ne se distingue pas des autres par une authentique indépendance liée à une authentique mission de protection des citoyens de tous les abus de pouvoir possibles, qu'ils soient commis par des personnes privées ou des personnes publiques. Il est évident que malgré l'existence de l'École Nationale de la Magistrature, les juges ne jouissent pas de la même considération de la part du pouvoir politique sur lequel ils n'ont à peu près aucune influence, que les fonctionnaires de la « haute administration », des « grands corps de l'État », tels que l'Inspection des finances. Des fonctionnaires en grande partie issus de la prestigieuse École Nationale d'Administration, qui, eux, jouent indéniablement un rôle déterminant dans l'élaboration et la conduite des politiques publiques et de la politique en général, via notamment les cabinets ministériels. Nombre de dirigeants politiques étant eux-mêmes bien souvent des transfuges de « l'aristocratie administrative ». De leur côté, les magistrats d'aujourd'hui peuvent s'enorgueillir d'être des créateurs de droit, de leur « montée en puissance », de leur prise de distance par rapport au pouvoir politique, mais il suffit de circonstances où ce dernier éprouve la nécessité de renforcer son emprise sur la société et qu'il en ait les moyens politiques, pour que très rapidement, l'institution judiciaire s'incline ; après éventuellement quelques remous en surface, quelques protestations syndicales de principe. Pour qu'elle se range à une raison d'État dont le sens est soumis parfois à de fortes dilatations sémantiques ; pour que les lois qui l'expriment reçoivent une application sans faille. Or il est certain qu'en ce XXI^e siècle annoncé et déjà confirmé comme celui de tous les dangers pour l'avenir même de l'humanité, ceux qui font vivre le Droit, ceux sans lesquels aucun pouvoir ne peut tenir, et parmi eux en tout premier lieu les juges qui le disent, devraient réfléchir à redéfinir leur mission et se poser, au nom du peuple ou de la nation, en interprètes et défenseurs d'une normativité juridique distincte de la normativité politique.

Conclusion du chapitre et de la première partie

332. Il s'est agi dans cette première partie, pour valider au moyen d'un raisonnement apagogique la prise en compte, à l'inspiration de Camus, d'un questionnement éthique dans la réflexion théorico-pratique (au sens de théorique mais de portée pratique) entreprise, de montrer à quelles impossibilités humaines pour un homme digne de ce nom y compris s'il est savant ou juge, conduit le principe intrinsèquement nihiliste de la neutralité axiologique positiviste. Il s'est agi aussi de montrer que « l'oubli de la question éthique » (en écho libre à « l'oubli de la question de l'être » de Martin Heidegger), conduit à l'oubli de ce qui caractérise le Droit en tant que création par des hommes pour des hommes doués de raison au double sens pascalien : sa dimension éthique propre. Un Droit distingué de la loi caractérisée par la sanction qui correspond, dans son concept élargi, à sa dimension politique. Une loi produite par le pouvoir détenteur de la force, qui cesse donc d'être l'alpha et l'oméga de la normativité au sein de la cité. Une place y étant réservée avec le Droit à un Juge qui veille au respect de la limite à l'arbitraire de la loi qui, pour la majorité de ses membres (pour le peuple), est antinomique à l'idée même de Droit.

333 *Penser le Droit avec Camus*, c'est penser contre une autre majorité, celle des juristes, pour qui tout questionnement sur les valeurs est subjectif, affaire de politicien ou de philosophe. Pour qui, contre les acquis de l'épistémologie contemporaine, l'objectivité de leurs fonctions, surtout si elles sont d'ordre scientifique ou juridictionnel, exclut tout questionnement métaphysique. Pour qui le Droit tel qu'on leur a enseigné et qu'ils manipulent efficacement jour après jour, année après année, est sans mystère, n'étant rien d'autre que ce que décide selon ses vues et les circonstances politiques, le pouvoir législateur. Avec pour conséquence qu'il leur faudra bien admettre le cas échéant, puisque les seules questions que soulève le droit et l'office du juge sont de nature technique, qu'ils soient un jour purement et simplement remplacés par des machines jugées plus performantes et moins coûteuses. Un transfert à la machine de tâches que l'on pensait réservées à l'homme, qui rejoint en lui offrant d'inédites possibilités de réalisation, le rêve de maîtrise totale de la société des hommes de pouvoir, dont le régime stalinien a donné un exemple, Georges Orwell un modèle littéraire et le régime chinois une actualité. Mais un rêve (qui est un cauchemar pour la population qui aspire à la liberté) dont on ne peut exclure qu'à un degré ou à un autre il ne trouve à se réaliser, y compris dans l'aire démocratique, dans quelques secteurs de l'action étatique, tel que celui de la justice, comme on l'a vu précédemment (notamment au chapitre 2 du titre 1).

334. *Penser le Droit avec Camus* c'est penser qu'il n'est plus tolérable, après tant de catastrophes humaines dont le droit a été l'instrument, et tant de menaces qui pèsent sur l'avenir de la justice, que ceux qui prétendent dire ce qu'est le droit et l'appliquer, puissent encore considérer qu'ils n'ont aucune responsabilité en tant qu'hommes *et* juristes, dans leur réalisation. Qu'ils puissent encore croire ou feindre de croire qu'il est possible d'être neutre si l'on est un homme (« si c'est un homme » dirait Primo Lévi), quelle que soit sa fonction sociale, lorsque l'on sert un pouvoir inhumain. Qu'ils puissent encore s'en tenir à une conception du droit positiviste qui n'est qu'un habillage sophistiqué de la loi la plus triviale qui soit : la loi du plus fort. Il est entendu que dans un régime où les dirigeants sont élus au suffrage universel, on ne parle pas de « loi du plus fort » mais de loi de la majorité. Mais s'il est vrai que dans un régime authentiquement démocratique (et uniquement dans ce cas) c'est la majorité qui fait la loi, elle n'en est pas moins la loi du plus fort, la loi que la majorité peut imposer à la minorité par le truchement de ses représentants qui disposent de la force. On n'est évidemment pas dans la situation basique d'une société où un individu ou un groupe impose sa loi par la force physique, mais la sophistication de la société ne change fondamentalement rien à la situation. Pour qu'il en aille autrement, pour que la loi ne soit pas celle du plus fort, il faut que la loi trouve une limite autre que politique : une limite dans le Droit.

335. De cette première partie, il résulte que *Penser le Droit avec Camus* qui est né moins d'un an avant l'entrée en guerre de la France et la mort de son père au cours de la bataille de la Marne, qui a vécu dans la misère entre les deux guerres mondiales dans l'Algérie coloniale, qui a assisté à la montée du fascisme et a dû entrer bien que pacifiste de cœur dans la résistance pour ne pas être le complice, même par abstention, des bourreaux, c'est sans doute penser le Droit et l'office du juge à partir d'une œuvre indissociable d'une vie confrontée au pire. Surtout avec l'idéologie criminelle nazie. Mais d'un « pire » dont on ne peut jamais dire qu'il appartient totalement et définitivement à un passé révolu. Un pire qui peut toujours, dans une mesure ou dans une autre, sous une forme ou sous une autre, retrouver une actualité et mettre ceux qui la vivent devant des choix qui les engagent totalement, indissociablement en tant que citoyens, en tant que professionnels et au-delà de toute position sociale, en tant qu'hommes. Une situation où se dit la vérité d'un homme. Soit qu'il s'en tienne à la sauvegarde de ses intérêts propres (professionnels, patrimoniaux...), soit qu'il privilégie la sauvegarde et la défense, avec la solidarité (le « nous sommes » de *L'Homme révolté*), des valeurs qui donnent sens à l'existence humaine, et notamment de la liberté.

336. Une situation où, si l'homme est un Juge, se dit la vérité de l'homme, du Juge et du Droit qu'il lui revient de Dire. Soit qu'il refuse d'appliquer une loi qui contredit cette éthique (par exemple une loi raciste) au nom du Droit qu'il lui appartient de Dire, soit au contraire qu'il l'applique en raison de la neutralité qu'il estime devoir observer en toutes circonstances. La vérité du Juge, dans le premier cas avec la reconnaissance et l'affirmation d'une limite éthique à l'application de la loi, est celle d'un Juge et d'un Droit distingué, avec cette limite, de la loi, authentiquement autonomes. Et dans le second cas, celle d'un juge et d'un droit subordonnés inconditionnellement, au travers de cette loi, à la volonté politique. Ce qu'est le Juge qui adhère au principe de la neutralité axiologique positiviste. Un Juge qui, à l'occasion d'un changement de régime, et à l'accusation de complicité du pouvoir auteur des lois indignes qu'il a mises en œuvre, fera logiquement valoir pour s'en défendre, qu'en tant que juge il ne disposait d'aucun libre-arbitre, si par-là on entend qu'il aurait eu la possibilité de refuser de les appliquer. Et c'est en effet ce qu'on fait les juges lors de l'épuration qui a suivi le renversement de l'État français. Pourtant les juges font volontiers fi de cette réalité et de la logique de leur conception neutraliste du droit pour revendiquer leur libre-arbitre en toutes circonstances.

337. C'est sans doute le cas pour la plupart des juges d'aujourd'hui parce qu'ils n'ont pas vécu ces moments et qu'ils n'ont jamais été confrontés depuis leur entrée dans la magistrature à quelque chose de comparable. Parce qu'ils ne se sont jamais posé la question de savoir comment ils se seraient comportés s'ils avaient été placés devant le choix de condamner lourdement en toute légalité, mais aussi en toute injustice, des innocents, ou de refuser de le faire, alors que selon la neutralité axiologique que par ailleurs ils revendiquent également en toutes circonstances, ils doivent le faire, puisque les lois concernées émanent de l'autorité qui a le pouvoir de les produire. Parce ce qu'en démocratie et en temps de paix intérieure et extérieure, les lois ne heurtent jamais frontalement le sens de la justice des juges qui les appliquent et qui ont de ce fait le sentiment de juger selon leurs propres principes.⁵⁸⁵ Ceux véhiculés par les lois et leurs propres principes étant autrement dit grosso modo concordants.

⁵⁸⁵ Il s'agit des juges d'une démocratie effective où les conflits de toutes sortes aboutissent le plus souvent à des compromis, où les lois ne s'éloignent jamais trop de l'intérêt général, où les libertés publiques et privées sont préservées, où les inégalités sont compensées par l'accès à un « ascenseur social » qui fonctionne assez bien, où domine le sentiment d'un progrès continu, où les juges ne sont jamais placés en situation d'apparaître comme une simple courroie de transmission d'un pouvoir arbitraire. Ce qui a été en France en gros le cas depuis la fin de la seconde guerre mondiale si l'on exclut les périodes d'instabilité liées à la décolonisation, à mai 68, aux effets sociaux des crises économiques à partir des années 70, à la remontée d'une extrême droite xénophobe et au terrorisme, qui ont tout de même démontré qu'en effet, on n'est jamais à l'abri de bouleversements susceptibles d'entraîner l'accession au pouvoir de régimes autoritaires et liberticides.

Toujours est-il que le libre-arbitre des Juges ne peut qu'apparaître problématique dans le cadre de la théorie dominante et de leur pratique réelle qui ne démontre guère leur autonomie au sens grec d'« autonomos » (de « qui se régit par ses propres lois »).

338. Comme l'écrit Maurice Weyembergh, « Indéniablement, la liberté [rapportée à la solidarité] joue un rôle fondamental dans la réflexion de Camus »⁵⁸⁶, donc dans la réflexion de celui qui s'en inspire pour penser le Droit. Mais s'agit-il plus précisément de la liberté ou du libre arbitre ? On peut certes introduire toutes sortes de distinctions entre les deux, mais il suffit de remarquer que ce dont il est question ici, que l'on parle de libre-arbitre ou de liberté, c'est de l'existence ou non chez les juges d'une norme de conduite propre à leur office, d'une norme qui doit prévaloir en toutes circonstances sur toute autre norme. Un libre-arbitre (ou liberté) qui peut être défini « comme la puissance du juge d'imposer ses choix dans la résolution du litige dont il a été saisi »⁵⁸⁷, dès lors cependant, de notre point de vue, que « ses choix » sont déterminés par la norme propre en question (propre à son office). On peut à cet égard distinguer entre plusieurs déterminants de la décision du juge.

339. Il y a, d'une part, ce que l'on rapporte le plus souvent à sa « subjectivité » : ses conceptions, croyances, préjugés, opinions, dans les différents registres de la vie sociale (religieux, politique, philosophique) tout ce qui est rapporté à son histoire personnelle, son éducation, son milieu social, et tout ce qui a trait à son caractère, son imagination, sa sensibilité, son humeur, etc. Le tout pouvant agir de façon plus ou moins consciente ou inconsciente. Les juges s'estiment en principe suffisamment formés, avertis, pour pouvoir prendre la distance requise avec l'homme en eux pour rendre des décisions aussi objectives que possible, même lorsque la loi leur laisse un large pouvoir d'appréciation, par exemple dans la détermination de la peine sur une échelle étendue de peines possibles.

340. Il y a, d'autre part, ce qui fait l'essentiel de l'objectivité de la décision juridictionnelle : les déterminants légaux. Il s'agit, en suivant le plus rigoureusement possible les règles applicables, de dire quels sont les faits, comment les qualifier et avec quelles conséquences. Mais il est certain qu'on ne saurait « réduire l'acte de juger au syllogisme »⁵⁸⁸,

⁵⁸⁶ DAC p. 483.

⁵⁸⁷ Thèse de doctorat de monsieur Mehdi Kebir, soutenue le 18 mars 2017 à Tours, Université François-Rabelais, intitulée *Le libre arbitre du juge*, p. 19. Thèse qui a reçu le prix de la recherche de l'École Nationale de la Magistrature 2018 et qui a fait l'objet d'une publication en 2019 aux éditions Dalloz.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 29

que « Le jugement n'est pas un évènement machinal et immédiat mais le résultat d'un processus sophistiqué et progressif. »⁵⁸⁹ Autrement dit, que le juge va parfois devoir, selon la plus ou moins grande complétude, clarté, adaptation à la situation, des textes et de la jurisprudence, choisir entre plusieurs solutions techniques en mobilisant un important savoir du corpus, une expérience qui peut être grande et éventuellement, notamment en matière pénale, une certaine finesse psychologique. Un choix dans lequel peuvent encore interférer des considérations d'une autre nature. Si le juge ne doit pas confondre le droit et la morale, il ne lui est pas pour autant interdit, si la loi ne s'y oppose pas formellement, d'opter pour une solution qui rapproche au mieux la justice en tant qu'institution de la justice en tant que valeur. En sachant cependant que l'exercice par le juge de son éventuelle bienveillance et équité a ses limites. Et l'on peut même dire qu'il suit en grande partie les fluctuations du sens de la justice du législateur. La loi de Vichy du 3 octobre 1940 « portant statut des juifs » et celles qui lui succéderont dans la perspective de l'extermination des juifs d'Europe, étaient pour les juges de l'époque des lois applicables au même titre que les autres, bien qu'elles n'aient guère laissé de place à l'exercice par les juges de leur éventuel humanisme. Des juges dont la conception du droit n'était pas fondamentalement différente de celle de l'ensemble des professionnels d'aujourd'hui. Une conception qui renvoie leurs éventuels scrupules tenus pour « subjectifs » à l'extérieur du champ de la juridicité. Ce qui veut dire que si le juge exerce un libre-arbitre au sens d'un choix commandé par sa propre norme (« autonomos »), ce libre arbitre est fort relatif puisqu'il dépend de la marge que lui abandonne le pouvoir politique législateur dont le libre-arbitre lui est supérieur. Et si l'on peut parler de « la puissance du juge d'imposer ses choix dans la résolution du litige dont il a été saisi », il ne faut pas se méprendre sur l'étendue de cette puissance en l'absence d'une véritable norme propre à l'office du juge.

341. Cette norme propre de l'office du juge qui seule peut lui permettre d'exercer un véritable libre-arbitre — véritable en ce qu'il ne dépend pas de celui du pouvoir politique législateur — cette norme que lui refuse le neutralisme positiviste, dont la nécessité a été exposée dans le second titre de cette première partie, et que propose la présente thèse, c'est la norme éthique inhérente au Droit distingué de l'expression normative de la volonté politique, c'est-à-dire de la loi ultimement fondée sur la force. Une norme éthique qui par son intégration dans la compréhension du concept de Droit est une norme juridique qu'il revient au Juge et à lui seul de Dire : ce en quoi elle est la norme propre de son office. Ce qui bien entendu ne remet

⁵⁸⁹ *Ibid.*

pas en cause ce qui a été dit plus haut à propos du « libre-arbitre » subordonné au « bon vouloir humaniste » de la loi, puisque dans notre conception, dans le premier temps du processus de jugement, l'approche du *Juge révolté* ne diffère pas de celle du « juge classique », elle est même plus rigoureuse, plus attentive à réduire autant qu'il est possible la part de sa subjectivité, puisqu'il s'agit pour lui de voir, dans le second temps où s'exerce pleinement son libre-arbitre, si la loi ne heurte pas gravement l'éthique du Droit ; auquel cas il refusera de l'appliquer. Son propos ne saurait être de « tordre » le contenu, le sens, de la loi, dans le but d'en infléchir les conséquences pour telle ou telle raison qui lui est plus ou moins personnelle.

342. Dans la conclusion de sa thèse intitulée *Le libre arbitre du juge*, M. Mehdi Kebir écrit que « Le juge n'est pas une simple bouche du droit, c'est la bouche de la justice. C'est par le droit qu'il doit parvenir à la justice mais la justice ne se réduira jamais au droit ». ⁵⁹⁰ Le droit visé étant ce qui dans notre propre thèse correspond à la loi. Celui qui s'efforce de penser le Droit avec Camus ne peut que souscrire à la distinction entre la justice et le droit ainsi entendu et partager le souci de trouver un « point d'équilibre » ⁵⁹¹ entre l'exigence de respect de la loi et l'exigence de justice. La recherche de l'équilibre est chez lui une préoccupation constante poétiquement formulée, en référence à René Char, au chapitre V de *L'Homme révolté*, sous l'appellation de *Pensée de midi*. Il s'agit de « Prendre en compte le réel, non pour s'y soumettre, mais pour le corriger en connaissance de cause : c'est la mission assignée par Camus au révolté, qu'il soit artiste ou acteur politique. » ⁵⁹² Et c'est la mission assignée par extension au *Juge révolté* dans notre théorie où la place du « réel » est occupée par le droit positif au sens courant (la loi) qu'il appartient audit juge, le cas échéant, de « corriger en connaissance de cause », c'est-à-dire en connaissance de la dimension éthique du Droit.

343. Il n'est pas question dans cette optique de s'en remettre au sens de la justice supposé ou espéré du juge, mais de rapporter la question éthique (la justice en tant que valeur, en question) à celle du Droit positif dans une acception élargie de ce droit. Il faut en d'autres termes sortir de la confusion du Droit et de la loi, que contribue à maintenir un usage ambivalent du vocable « droit », y compris chez les juristes les plus ouverts, comme on le voit avec une formule telle que : « Le juge sert *le* droit en même temps qu'il se sert *du* droit ». ⁵⁹³ Tantôt

⁵⁹⁰ Mehdi Kebir, *op. cit.*, p. 510.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² DAC, p. 658

⁵⁹³ Mehdi Kebir, *op. cit.*, p. 511.

l'acception est étroitement neutraliste et tantôt elle intègre avec la justice des considérations éthiques, sans que soit véritablement justifié le passage de l'un à l'autre, sans que l'on comprenne bien comment il est possible pour le juge de demeurer un juge au sens « classique » et en même temps un juge qui « se sert *du* droit (...) pour prétendre instaurer la justice parmi les hommes ». ⁵⁹⁴ Une telle prétention concerne plutôt le jusnaturalisme que le juspositivisme dominant. Il est certes précisé qu'il ne s'agit pas pour ce juge humaniste d'« assouvir un besoin personnel ou un désir égoïste » ⁵⁹⁵, mais cela ne change évidemment rien au fait que l'on « navigue entre deux eaux. » On comprend de même qu'il s'agit d'aller « au-delà du droit mais par le droit ». ⁵⁹⁶ Mais s'il va de soi depuis longtemps que le juge peut être conduit sous couvert d'interprétation à sortir des strictes limites du droit posé par le législateur, c'est essentiellement pour des raisons techniques et non pour « instaurer [une] justice parmi les hommes » ⁵⁹⁷ telle que la conçoit le juge. Une conception qui peut ne pas être celle du législateur ; lequel peut d'ailleurs n'être nullement préoccupé de justice. En tout état de cause, c'est le pouvoir politique qui, s'il l'estime nécessaire, dictera au travers de ses lois le sens (direction et valeur) à donner au droit. C'est lui qui aura le dernier mot, conformément à une conception du droit et de l'office du juge inchangée, dans laquelle ce dernier est et demeure subordonné au pouvoir politique.

344. Faire valoir comme le fait M. Mehdi Bekir que l'on ne doit « pas voir dans le rapport du juge au droit un rapport de soumission mais une collaboration » ⁵⁹⁸, ne peut être admis qu'en maintenant une certaine imprécision, un certain voile, sur la réalité des rapports du pouvoir politique et des juges. Dans la réalité « l'insoumission » des juges apparaît pour le moins problématique. Ils n'ont guère en effet, en général, opposé de résistance au travers du droit au pouvoir qui en est l'auteur lorsqu'il s'est affranchi de toute considération de justice. Ils ont eu plutôt tendance à se placer du côté de la collaboration. « À lui, poursuit le même auteur, de saisir pleinement le sens de sa mission et de l'exercer de la meilleure des façons afin de « confondre dans une même pensée l'amour du droit et l'amour de la justice ». ⁵⁹⁹ On ne peut

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ *Ibid.*, Citation de P. Fabreguettes, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 1914, p. 15.

que souscrire à l'espoir qu'il en soit ainsi, mais en pensant avec Camus, que pour que cette saisine soit effective, il convient en amont de construire une théorie du Droit qui pose clairement l'autonomie du Droit par rapport à la loi et du Juge pour le Dire par rapport au pouvoir. Ce qui rendrait sans doute moins incertain de faire le « pari du juge sans lequel le pari de la justice serait nécessairement voué à l'échec. »⁶⁰⁰, et de « s'en remettre (...) à sa faculté de comprendre l'enjeu que soulève l'usage de son libre arbitre. »⁶⁰¹

345. On ne peut que souhaiter avec « un grand magistrat, le président Pierre Drai, que prenne fin, dans ce pays [la] méfiance, plusieurs fois centenaire, à l'endroit du juge ». ⁶⁰² En effet la plupart des citoyens manifeste cette méfiance, mais en réalité, non en raison de leur crainte que le juge menace le pouvoir politique — ils ne doutent pas du fait qu'il « n'entend exercer aucun gouvernement dans la cité »⁶⁰³ et qu'il est « porteur de légalité »⁶⁰⁴ — mais au contraire parce qu'ils pensent, non sans raison, qu'il est incapable de les protéger contre les éventuelles injustices légales du gouvernement. Si le juge peut être « un chercheur de vérité et de paix »⁶⁰⁵, c'est à la condition que le législateur le soit aussi. Le conseil que donne à ses collègues le haut magistrat précité — « en tout, méritez la confiance, placée en vous. En tout, soyez crédibles »⁶⁰⁶ —, ne peut valoir que pour des juges qui ne conçoivent pas « leur fonction avec toute la rigueur qu'elle requiert », comme ultimement subordonnée au pouvoir politique, mais pour qui, se montrer à la hauteur de cette fonction, commande parfois de s'y opposer au nom d'un Droit qui ne se réduit pas aux lois de ce pouvoir. La confiance qui leur est accordée constitue alors effectivement « une lourde charge », mais la seule qui puisse conférer à leur fonction l'honorabilité et même la grandeur dont elle est porteuse. La seconde partie est consacrée à l'exposé du dispositif proposé pour y parvenir, un dispositif adéquat à une pensée de l'autonomie du Droit et du Juge, avec Camus, ouverte sur l'art.

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.* Discours solennel de rentrée de la Cour de cassation, du président Drai, du 8 janvier 1990, intitulé *Prières à nos juges. Prières pour nos juges*, publié en ligne sur le site de la Cour de cassation.

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 512. Autre discours du président Drai, prononcé à l'audience solennelle du 6 janvier 1993, intitulé *Ce n'est pas la règle qui nous garde, c'est nous qui gardons la règle.*

DEUXIEME PARTIE

—

PENSER L'AUTONOMIE ET L'ART DU DROIT

Introduction de la seconde partie

346. Il est essentiel pour la cohésion de la cité, pour que son unité ne repose pas fondamentalement sur la crainte et la force, ou autrement dit sur la domination de sa population par un homme, un clan, une caste ou un parti, que ses membres aient la conviction qu'il n'y a pas d'écart significatif, ou pire de rupture, entre la justice au sens institutionnel et la justice au sens éthique.⁶⁰⁷ Que les deux convergent et non s'opposent. Qu'en s'adressant au juge, ils ne s'adressent pas à un simple service du pouvoir politique en place ou à un simple fonctionnaire, mais à celui qui, le cas échéant, les protégera, au nom du Droit, de l'arbitraire de ce pouvoir.⁶⁰⁸ Une telle conviction, dans les périodes de crise ou de guerre, telles que celles précédemment évoquées, n'a pu qu'être mise à mal si elle n'a jamais vraiment existé. En dehors de telles périodes, on peut admettre qu'à défaut de croire que les juges aient la volonté et la capacité de les protéger contre tout arbitraire du pouvoir, les justiciables pensent qu'ils peuvent leur faire une relative confiance, qu'ils ne lui sont pas totalement asservis en démocratie, même si cette confiance a tendance aujourd'hui à s'émousser, comme ne l'ignorent pas les professionnels du droit et comme le montrent, entre-autres, les sondages d'opinion. Ainsi un sondage récent de l'IFOP révèle que « moins d'un français sur deux considère que les juges sont neutres et impartiaux dans leurs jugements (47%) ou indépendants du pouvoir politique (45%) » et, « dans le cas d'une éventuelle confrontation personnelle avec la justice, seuls 44% des Français aborderaient cette situation avec confiance... »⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ Un sens sur lequel on peut gloser mais que l'on peut *a minima* penser en opposition à toute forme d'arbitraire.

⁶⁰⁸ Un juge qui ne soit pas qu'un faux nez du pouvoir politique, comme c'est le cas dans nombre de pays. Les exemples abondent. Ainsi actuellement dans l'Égypte d'Abdel Fattah al Sissi, où l'on n'a pas hésité à arrêter au palais de justice même, l'avocate Mahienour Al Masry figure des droits de l'homme, alors qu'elle assistait aux comparutions de personnes arbitrairement interpellées fin septembre 2019. Une arrestation évidemment hautement symbolique. En Chine, Zhou Qiang, président de la Cour suprême chinoise, le 13 mars 2016 lors d'un discours à Pékin, a rejeté sans nuance toute idée d'indépendance de la justice qui selon lui, serait une « idée mensongère chérie par les pays occidentaux. » Invitant les magistrats à ne pas « tomber dans le piège » de l'idéologie occidentale qui, selon lui, menace la stabilité et l'assise du parti communiste. Site du Figaro International, article de Lisa Hanoun du 18/01/2017 intitulé « *Chine : le plus haut magistrat condamne l'indépendance de la justice* ». En Russie, on parle de « l'inclinaison à condamner », pour désigner le mécanisme, ou plutôt la série de mécanismes, qui font que dans la quasi-totalité des procès, le juge se range aux côtés de l'accusation. (...) N'importe quel enquêteur, n'importe quel procureur, sait que le juge le soutiendra toujours. (...) Il sait que toutes les erreurs de l'enquête seront ignorées ou corrigées, au lieu de renvoyer le dossier ; que le juge va tout faire pour niveler ou cacher les insuffisances de l'enquête. » Site de Libération, article de Lucien Jacques du 4/12/2019 intitulé *La justice Russe, implacable machine à condamner*.

⁶⁰⁹ Site de l'IFOP. Sondage sur *Les Français et la justice* du 31/10/2019. Étant entendu que ce qui en cause ce n'est pas la crainte de la corruption des juges qui en France est exceptionnelle. Ce qui est en cause, c'est leur rapport au pouvoir que la plupart des citoyens estiment révérenciel.

347. C'est une situation dont la compréhension profonde requiert d'aller rechercher la solution à cette défiance du côté des juges eux-mêmes et non plus du côté du pouvoir politique. Ce dernier n'a pas nécessairement intérêt à ce que le public pense qu'il a la haute main sur la justice, mais, qu'il soit de droite ou de gauche, il n'est pour autant jamais, en quelque sorte par nature, enclin à affaiblir son contrôle sur aucune des institutions de l'État et particulièrement sur celle qui peut, à l'occasion d'un scandale financier par exemple, mettre en difficulté ses représentants. Le maintien en fait et en droit déjà noté, d'une mainmise étroite sur le parquet, malgré des déclarations contraires récurrentes et quelques allègements secondaires officiels (tel que la fin des instructions du garde des sceaux dans les dossiers individuels depuis la loi du 25 juillet 2013, incontrôlable au plan officieux), en est une preuve classique.⁶¹⁰ Il serait naïf de croire que la solution puisse exclusivement consister en une amélioration significative des moyens matériels et humains et de l'indépendance de l'institution judiciaire, même si on ne peut nier qu'une telle amélioration est, en tout état de cause, éminemment souhaitable ; mais peu probable à l'heure où la tendance lourde est aux restrictions budgétaires et à un certain cantonnement de l'intervention des juges, notamment en matière de libertés, alors pourtant que l'état d'urgence pérennisé invoqué pour le justifier, exigerait au contraire, dans un véritable État de Droit, qu'elle soit renforcée. Mais ce qui est en cause au plus profond, ce n'est pas ce que le pouvoir politique est disposé ou non à accorder aux juges, mais la capacité de ces derniers à investir la plénitude de leur office : ce que signifie pleinement *Dire le Droit*. Un investissement sans lequel il est illusoire de croire qu'ils puissent, jamais, sortir de l'état de servitude dans lequel ils ont été plongés depuis le changement de paradigme juridique et judiciaire au cours du maelstrom révolutionnaire de la fin du XVIII^e siècle.⁶¹¹

348. Des juges qui prétendent volontiers aujourd'hui être des créateurs de droit, mais qui ne le sont que si l'on ne fait pas de l'autonomie du créateur la condition d'une création

⁶¹⁰ Le « serpent de mer » que constitue le « décrochage » du parquet de la Chancellerie, toujours promis et jamais sérieusement réalisé par aucun gouvernement, est évidemment symptomatique de la volonté du pouvoir de ne rien céder sur ce plan, malgré le fait que la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne leur reconnaisse pas la qualité de juge. Par ex. dans son arrêt *Moulin c/ France* du 23/11/ 2010 (Requête n° 37104/06) : "(..) la Cour considère que, du fait de leur statut ainsi rappelé, *les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3.*"

⁶¹¹ Avec la volonté des révolutionnaires de rompre avec les errements de l'Ancien régime, et la fixation réussie dans la mentalité des juges, d'un lien de subordination via la loi au pouvoir politique censé être l'unique représentant légitime du peuple. Un lien de subordination qui peut être plus ou moins élastique, mais qui n'a jamais été rompu. Un lien de subordination à l'égard de tous les magistrats mais de la façon la plus manifeste de ceux du parquet.

authentique, que si l'on admet la possibilité d'une création subordonnée, conditionnelle. D'une création qui peut être réduite à néant si elle est désavouée par le pouvoir politique législateur. Cette servitude est certes imposée, mais elle est aussi volontaire si l'on veut bien admettre qu'en réalité elle procède d'une conception qui n'est pas celle du Droit, mais de la loi, qui ne s'impose à eux que pour autant qu'ils refusent de se reconnaître légitimes à Dire le Droit tel qu'il est et tel qu'il ne peut qu'être pour être autre chose que l'instrument normatif du pouvoir politique. Comme on l'a déjà observé, sous l'appellation de « Droit » s'est développée au fil du temps, et s'est imposée en occident et notamment en France, la conception citoyenne, populaire, démocratique, d'une normativité sociale en opposition à toute forme d'arbitraire. Alors que s'est imposée chez les politiques et les juristes à leur suite, une conception qui fait de ce rejet de l'arbitraire une question purement politique, ou autrement dit soumise aux fluctuations politiques. Une conception positiviste prétendument scientifique qui, au-delà de sa sophistication et de ses arborescentes variantes, se réduit à un principe de neutralité axiologique dont l'observance est requise du « scientifique du droit » par le « scientifique du droit » lui-même et par le juge qui, historiquement, a d'abord été contraint à cette neutralité par la force, puis a trouvé dans cette théorie une bonne justification de sa servitude.⁶¹² Pour eux, les orientations, les choix, les conceptions et intérêts de toutes sortes dont sont l'expression les lois du point de vue de ceux qui les produisent, ne sont plus des valeurs mais des faits qui, en tant que tels, ne sauraient être l'objet d'une quelconque évaluation critique. La critique ne peut qu'être technique comme l'enseigne l'université conçue comme dispensatrice d'une science appliquée.⁶¹³

⁶¹² Un corps qui « dès lors qu'il est assujéti, tombe si soudain en un tel et si profond oubli de la franchise [= liberté], qu'il n'est pas possible qu'il se réveille pour la ravoir, servant si franchement et tant volontiers qu'on dirait, à le voir, qu'il a non pas perdu sa liberté, mais gagné sa servitude. Il est vrai qu'au commencement on sert contraint et vaincu par la force ; mais ceux qui viennent après servent sans regret et font volontiers ce que leurs devanciers avaient fait par contrainte. C'est cela, que les hommes naissant sous le joug, et puis nourris et élevés dans le servage, sans regarder plus avant, se contentent de vivre comme ils sont nés, et ne pensent point avoir autre bien ni autre droit que ce qu'ils ont trouvé, ils prennent pour leur naturel l'état de leur naissance » : La Boétie, *Discours de la servitude volontaire*, édit. GF Flammarion, 1993, p. 145. Discours publié en 1576 qui, selon la présentation qui en est faite dans une autre édition (sur la quatrième de couverture), « nous invite à la révolte contre toute oppression, toute exploitation, toute corruption, bref contre l'armature même du pouvoir », Edit. Mille et une nuits, 1995.

⁶¹³ Le scientifique du droit pourra éventuellement critiquer telle ou telle loi pour son manque de clarté, de cohérence interne ou externe (par rapport au corpus existant), ou au regard des objectifs qu'elle est censée poursuivre, mais il le fera sans lui-même porter de jugement sur les préférences exprimées par le législateur, en quelque sorte en manipulant l'objet avec des gants stériles. Quant au juge, il évitera dans ses jugements toute critique, même « scientifique », puisque sa fonction consiste exclusivement à appliquer la loi telle qu'elle est en s'efforçant de pallier ses défauts ou lacunes en recourant à diverses méthodes ou techniques d'interprétation. Nombre de commentateurs, on l'a déjà noté (mais l'illusion est si tenace !), louent volontiers avec la judiciarisation des relations sociales, la répression accrue des déviances du personnel politique, le développement des juridictions européennes et internationales, la « montée en puissance des juges ». Or il est certain que tout cela procède du

349. Pour faire image, on peut dire que le « surmoi » du juge, développé à partir de « l'interdit positiviste », a pour effet, d'une part, de lui faire refouler l'accès à la conscience du sentiment de révolte éprouvé par tout homme victime ou témoin d'une injustice flagrante, d'autre part, d'empêcher l'émergence de la seule question qui vaille : celle de la reconnaissance ou non d'une limite éthique à l'application de la loi. « Et tout le reste, dirait le poète, n'est que littérature ». Une question qui, si l'on a recouvré sa liberté de jugement, peut et doit être utilement posée avec la radicalité décapante de Camus lorsque, rappelons-le, il affirme dans le Mythe de Sisyphe que le seul « problème philosophique vraiment sérieux c'est le suicide » », car « Juger que la vie vaut ou ne vaut pas la peine d'être vécue, c'est répondre à la question fondamentale de la philosophie ». ⁶¹⁴ S'agissant du juge, le seul problème vraiment sérieux, c'est celui de la réalité de son office : ou bien dire le droit c'est servir la loi inconditionnellement, c'est-à-dire le pouvoir qui en est l'auteur, ce qui non seulement n'a rien d'infâmant mais peut être humainement gratifiant dans les périodes où la loi est soucieuse de justice, mais peut au contraire s'avérer humainement désastreux dans les périodes où les droits humains sont bafoués.⁶¹⁵ La grandeur ou la misère du métier n'étant qu'une affaire de circonstances de temps et de lieu. Ou bien Dire le Droit, c'est servir le Droit distingué de la loi, porteur des valeurs qui donnent sens à l'existence en tant qu'existence proprement humaine ; un service qui implique pour le juge — ce qui est évidemment une perspective quelque peu affolante pour un juge « standard » —, de devoir se révolter au nom du Droit contre les lois qui les bafouent.

350. *Penser le Droit avec Camus* c'est penser contre l'affirmation purement idéologique qu'en droit, comme en économie, il n'y aurait pas de troisième voie possible. En économie, entre le néolibéralisme et le socialisme, il ne resterait plus en fait que le premier puisque le second aurait failli dans toutes ses modalités et notamment communiste (le « there

« yo-yo » évoqué en introduction de la première partie, que rien n'est définitivement acquis et que s'il estime que les circonstances l'exigent, le pouvoir politique ne manquera pas de « reprendre la main » ou autrement dit, de freiner cette ascension vers on ne sait quelle indépendance extra-légale sans l'être, voire si la situation politique le permet, la réduire comme peau de chagrin. En France, la réaction récente du gouvernement face au terrorisme avec l'affaiblissement évident du rôle du juge soi-disant protecteur des libertés — que seule en réalité protège ou cesse de protéger selon les circonstances le pouvoir sous couvert de la loi —, en est, pour le moins, un indice des plus récents. Et il serait bien naïf et imprudent de croire que l'habitus des magistrats dont il a été question plus haut notamment à propos de Vichy, a changé ; que les juges sont sortis de la servitude volontaire décrite au XVI^e siècle par un auteur déjà cité, mais si remarquable, un La Boétie de dix-huit ans qui, certes, visait le peuple, mais dont l'invitation à la libération semble aussi pouvoir, et peut-être même de plus fort, s'appliquer à eux.

⁶¹⁴ OC/MS, T. I, p. 221.

⁶¹⁵ Comme on l'a vu dans la première partie et notamment au chapitre 2 du titre 2.

is no alternative » de la « dame de fer »). En droit, il n'y aurait pas non plus de troisième voie entre le juspositivisme et le jusnaturalisme selon l'opposition traditionnelle. Alors qu'en réalité, rien n'oblige à considérer qu'ils forment une sorte de *summa divisio* qui obligerait à se ranger d'un côté ou de l'autre, ou que l'on soit contraint à un quelconque syncrétisme. Ce que postule la *théorie du Droit de l'Homme révolté*, c'est le dépassement de leur stérile opposition, sans méconnaître la vérité partielle détenue par chaque camp.

351. Cette théorie n'est pas en effet sans rapport avec le jusnaturalisme, puisque son inspirateur était convaincu, à l'instar des Grecs, qu'il y a une nature humaine, une nature commune à tous les hommes, qui exclut que les uns puissent être fondés à se considérer comme de nature supérieure aux autres. Qu'il y a une nature égale en son fond chez chacun et chez tous, dont l'existence explique l'émergence, au cours de l'histoire, d'une conception du Droit en opposition à toute forme d'arbitraire de la loi de la cité ; une conception dont le rayonnement universel infirme le caractère purement historique et local, et confirme au contraire qu'elle répond à une exigence humaine profonde. Une nature humaine qui participe de la Nature au sens de la totalité du réel, contre laquelle, observe Camus, se révolter « revient à se révolter contre soi-même. C'est la tête contre les murs ». ⁶¹⁶ Une nature humaine qu'il est sans doute encore plus déraisonnable aujourd'hui qu'à l'époque où il écrivait, à l'heure des grands bouleversements écologiques, de concevoir comme ontologiquement séparée de cette Nature « naturante » aussi bien que « naturée » pour le dire comme Spinoza qui, déjà, au XVII^e siècle, rappelait que « L'homme n'est pas un empire dans un empire ». ⁶¹⁷ Un homme qui, au XXI^e siècle, ne peut plus se comporter en « maître et possesseur de la nature » ⁶¹⁸ en négligeant les profonds déséquilibres provoqués par son hyper et débridée activité.

352. Dans son livre *Le contrat naturel*, Michel Serres décrit le tableau de Goya intitulé *Le Duel au gourdin* où l'on voit deux hommes se battre au beau milieu des sables mouvants : « Attentif aux tactiques de l'autre, chacun répond coup pour coup et réplique contre esquivé. (...) A chaque mouvement, un trou visqueux les avale, de sorte qu'ils s'enterrent ensemble graduellement ». ⁶¹⁹ Que font les acteurs de la guerre économique généralisée d'aujourd'hui,

⁶¹⁶ OC/HR, T. III, p. 83.

⁶¹⁷ Spinoza, préface à la troisième partie de *l'Éthique*. « Il n'est pas possible que l'homme ne soit pas une partie de la Nature et qu'il n'en suive pas l'ordre commun », *Ibid.*, quatrième partie, App. Chap. VII.

⁶¹⁸ Selon la célèbre formule de Descartes du *Discours de la méthode* publié en 1637.

⁶¹⁹ Michel Serres, *Le contrat naturel*, Champs essais, édit. François Bourin, 1990, Flammarion 1992, p. 13.

sinon continuer à se battre pour le profit, l'augmentation du PIB et la croissance sans fin, alors qu'ils sont, avec hélas l'humanité entière, en voie de disparition du fait même de leur combat. Le même auteur observe que la Nature c'est « l'ensemble des conditions de la nature humaine elle-même »⁶²⁰, laquelle « désormais, la conditionne à son tour » ; ce qui selon lui devrait conduire à ajouter « au contrat exclusivement social (...) un contrat naturel de symbiose et de réciprocité »⁶²¹, un « contrat naturel » avec une Nature à laquelle devrait être reconnue la qualité de sujet de droit.

353. Mais, plutôt que de recourir à une solution juridique aussi problématique qui revient paradoxalement à promouvoir un nouvel anthropomorphisme, ne convient-il pas plutôt de se tourner vers le Juge. De le tenir pour légitime à refuser, au nom du Droit, l'application d'une loi qui met en péril, directement ou indirectement, l'avenir de l'humanité en portant gravement atteinte à l'environnement naturel, au nom d'un Droit qui, en tant que création des hommes pour les hommes, fondé sur leur solidarité (fait et valeur), ne saurait avoir pour fin et/ou pour effet de leur nuire et *a fortiori* de compromettre leur survie. Ce qui coïncide avec les idées qui ont présidé à la rédaction de la Charte de l'environnement de 2004 intégrée dans le bloc de constitutionnalité⁶²² ; mais une Charte dont les effets, dans la réalité, sont pour le moins mitigés comme on a pu en faire une fois de plus le constat avec la « COP 25 » de début décembre 2019 à Madrid où le secrétaire général de l'ONU, Antonio Guterres, a appelé l'humanité à cesser la guerre engagée contre la nature⁶²³, estimant que « le point de non-retour n'est plus à l'horizon » mais qu' « il est en vue et fonce vers nous ».⁶²⁴ Et il a plaidé pour une mobilisation et une action à la hauteur du risque de tous à tous les niveaux — politique, citoyen, économique, social. Une mobilisation et une action qui du point de vue d'une théorie du Droit et de l'office du Juge fondée sur la solidarité entre des hommes qui ont en partage une même nature et Nature, doit concerner aussi les juristes en tant que tels.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 64.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 67.

⁶²² La Charte est constituée de dix articles précédés de sept alinéas qui, dans une rédaction proche de celle proposée par la commission Coppens, traduisent « *un consensus des autorités scientifiques et des autres représentants de la société civile autour de trois idées-forces : l'interdépendance de l'homme et de la nature ; la prise de conscience des atteintes portées par certaines activités humaines à l'environnement et de leurs conséquences sur l'avenir de nos sociétés ; la nécessité, enfin, de promouvoir le développement durable* ». Article consacré à *La charte de l'environnement* sur le Site web du Conseil constitutionnel.

⁶²³ « Notre guerre contre la nature doit cesser ». Site web ONU Info, compte rendu du discours d'Antonio Guterres du 1^{er} décembre 2019.

⁶²⁴ *Ibid.*

354. La *théorie du Droit de l'Homme révolté* n'est pas non plus sans lien avec le juspositivisme, bien qu'elle s'y oppose. Mais elle s'y oppose uniquement en tant que le positivisme prétend avoir pour objet le Droit, alors qu'il n'a d'autre objet que celui qu'il s'est donné pour les besoins de la science à laquelle il prétend : un objet réduit à la dimension politique du Droit. Cette opposition n'est donc que partielle et vise à réparer l'erreur native de la « science positiviste » qui, en se donnant pour objectif de « devenir aussi transparente et neutre que possible »⁶²⁵ et en se bornant à décrire le droit, « se confond en fait avec lui et n'en constitue pas la connaissance ». ⁶²⁶ C'est une « science » qui, « si elle considère le droit comme un objet à étudier, (...) le met nécessairement en perspective, (...) prend ses distances par rapport à lui et, dans cette distanciation, se glissent, plus ou moins à son insu, des postulats et des présupposés. En se voulant a-philosophique, le positivisme suppose toujours une philosophie, même s'il se refuse à l'explicitier. Son pari est comme perdu d'avance »⁶²⁷, en méconnaissance de ce que s'interroger sur l'être du Droit n'est nullement anti-scientifique.

355. C'est ainsi que Claudine Tiercelin observe que dans le domaine des sciences aussi, qu'elles soient de la nature ou humaines, « Ce n'est (...) pas céder à on ne sait quel vertige métaphysique que de se poser la question : Qu'est-ce que la réalité [en l'occurrence, du Droit] ? Se la poser, c'est répondre à une exigence pratique, et donc, d'emblée, théorique. »⁶²⁸ Une exigence à satisfaire en premier. Mais aussi peu scientifique soit-il, le positivisme n'en a pas moins, dans les faits, dominé le monde du droit au profit d'un pouvoir politique sans limite normative. Car, quels qu'aient pu être les mobiles de ses concepteurs, il demeure qu'il a fait du pouvoir politique l'unique source de la normativité et du Juge son servent, avec le risque déjà souligné que la question posée sur le bandeau du livre d'Antoine Garapon et Jean Lassègue *Justice digitale* — « Accepteriez-vous d'être jugés par des algorithmes ? » — ne soit plus un jour ou l'autre une question gratuite, les algorithmes ayant effectivement remplacé les juges. Il est donc plus urgent que jamais de dépasser l'opposition entre juspositivisme et jusnaturalisme pour s'intéresser enfin à la réalité du Droit.

⁶²⁵ S. Goyard-Fabre, *Du positivisme juridique*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de Publications de l'Université de Caen, 1989, p. 37-38.

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 37-38.

⁶²⁸ Claudine Tiercelin, *Le ciment des choses, Petit traité de métaphysique scientifique réaliste*, édit. d'Ithaque, 2011, p. 36. C. Tiercelin est professeur au collège de France où elle occupe la chaire de métaphysique et de philosophie de la connaissance.

356. Ce qu'il s'agit de penser avec Camus, c'est un rééquilibrage normatif qui permette, à la fois le respect de la volonté politique exprimée dans la loi, et le respect de l'éthique propre du Droit dont le Juge est le dépositaire et l'interprète. Un respect de la volonté politique au travers de la loi en fait accru, sans être inconditionnel. Dans la réalité actuelle, le juge qui n'est plus depuis longtemps la simple « bouche de la loi », l'interprète et parfois en l'absence de sens clair ou pour l'adapter à une situation nouvelle, lui fait dire ce que sa lecture, ni ne commande, ni ne permet nécessairement, ou autrement dit s'affranchit plus ou moins de la volonté du législateur. Et ce aujourd'hui, bien plus encore qu'hier dans le contexte européen selon ce que soulignent divers auteurs, non sans excès chez certains, comme Bertrand Mathieu⁶²⁹ ou Alain Bénabent qu'il cite à propos du principe de proportionnalité pour son affirmation de ce que, « par une sorte d'inversion des pouvoirs, le judiciaire s'est forgé une arme pour rejeter la prédominance de la loi » ?⁶³⁰ Ce qui, de notre point de vue, ne témoigne pas de l'existence d'un véritable pouvoir juridictionnel, mais bien plutôt, avec une réalité politique nationale de plus en plus interdépendante de réalités politiques supranationales (européennes et internationales) dans un jeu politique mondialisé, d'une confusion des pouvoirs engendrée par la non-reconnaissance aux Juges d'un pouvoir propre. Des juges qui, en l'absence d'une telle reconnaissance, ont naturellement tendance à s'approprier le seul pouvoir réel en place — le pouvoir politique. Une appropriation qui n'en n'est pas véritablement une mais qui, pour illusoire qu'elle soit⁶³¹, brouille la situation aux yeux de tous et notamment des citoyens qui ne

⁶²⁹ Selon Bertrand Mathieu dans son essai *Le droit contre la démocratie*, paru en 2017 chez Lextenso LGDJ : 1) « la constitution n'est plus considérée comme une liste fermée de principes qu'il appartient au juge d'appliquer, le cas échéant en en tirant de nouvelles conséquences, mais comme une liste ouverte qu'il appartient au juge de compléter, en fonction de ce qu'il estime nécessaire. » (p. 194). 2) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment, a « conditionné la conventionnalité des lois nationales à la poursuite d'un intérêt général dont [elle se réserve] le droit de caractériser l'existence et la portée », (p. 195-196) ce qui a conduit « le Conseil constitutionnel [à permettre] au juge de censurer l'intervention du législateur qui au nom de l'intérêt général voudrait corriger rétroactivement une jurisprudence. Appréciant la qualité de cet intérêt général, le juge intervient directement dans l'exercice de la fonction politique et a, de fait le dernier mot. » p. 196. 3) « Par ailleurs la mise en œuvre du principe de proportionnalité va permettre au juge de ne pas appliquer à une situation déterminée (...) au nom de ce principe, qui peut se confondre avec le principe d'opportunité, une disposition législative. Ainsi dorénavant la Cour de cassation estime que, sous (son) contrôle..., le juge du fond peut (et même doit) écarter une loi dont toutes les conditions légales d'application seraient réunies et dont la conventionnalité objective serait par ailleurs incontestable, si, in fine, son application au cas concret devait contredire de façon excessive un droit reconnu par la convention européenne des droits de l'homme. » (p.197-198).

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 198.

⁶³¹ Car la création implique une liberté, une autonomie, ou en d'autres termes un pouvoir, dont ils sont actuellement privés. Leurs initiatives ne sont possibles et tenables qu'en fonction de la situation politique. Si le pouvoir leur laisse la bride sur le cou ce n'est pas parce qu'il leur reconnaît un pouvoir propre, mais parce que, pour des raisons politiques, cela lui convient ou qu'il n'a pas la possibilité de faire autrement, par exemple, parce qu'il est mis en difficulté par son opposition ou qu'il est contraint à l'inaction par des normes produites à un autre niveau politique, notamment l'Union Européenne, qu'il n'est pas en mesure, toujours pour des raisons politiques, de modifier ou supprimer. En tout état de cause, la jurisprudence ne tire pas sa force du pouvoir que détiendrait le juge qui l'a

croient plus en la séparation du judiciaire du politique et pensent que les juges, soit font à l'occasion de la politique, soit sont dans la main des politiques. Ce qui dans les deux cas est préjudiciable à la justice et, avec elle, à la démocratie.

357. C'est à une clarification des rôles et pouvoirs respectifs du politique et du judiciaire que tend notre dispositif avec la distinction qu'il introduit de la dimension politique de la dimension éthique du Droit. Le *Juge révolté* dont le pouvoir est limité à la dimension éthique du Droit doit, en ce qui concerne la dimension politique, être aussi respectueux que possible de la volonté du législateur. Il lui faut ainsi, dans un premier temps, dégager la solution légale à l'affaire qui lui est soumise, la plus proche possible techniquement de cette volonté. Ce n'est que si ladite solution heurte de plein fouet l'éthique propre du Droit, que le juge refusera l'application de la loi qui la sous-tend, dans des conditions et limites qui devront bien entendu être précisément déterminées. Ce qui devrait peut-être conduire à parler plutôt que de pouvoir, de contre-pouvoir, en ce que l'éventuel refus d'application de la loi par le Juge a pour objet et pour effet de limiter le pouvoir normatif du pouvoir politique. Mais ce n'est pas l'essentiel.

358. Ce qui est essentiel, c'est de promouvoir une théorie dont, contrairement au positivisme, l'assise métaphysique est clairement affirmée et assumée au nom d'un réalisme juridique qui, en prenant en compte l'éthique du Droit, s'oppose à « un réalisme politique qui tend à substituer aux données naturelles et empiriques de simples abstractions »⁶³² qui, en évacuant toutes « références à une essence et à une valeur (...) ont pu favoriser déjà les projets hégémoniques des idéologies, le fanatisme totalitaire »⁶³³, comme on l'a vu dans la première partie de notre thèse.⁶³⁴ Et qui, selon les craintes qui y ont été également exprimées, « pourraient entraîner cette domination technocratique »⁶³⁵ qui se profile avec la technique numérique, présentée comme « froide et mécanique alors qu'en réalité, elle active à la fois de nouveaux et

produite, mais du pouvoir politique auquel son sort est de part en part lié, quel que soit ce pouvoir. La déclaration de de Gaulle en 1964 : « Il n'existe aucune autorité judiciaire qui ne soit conférée par le président de la République », fait écho à celle de Louis XV en 1766 « c'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité. » : Bertrand Mathieu, *op. cit.*, p. 200 et 201.

⁶³² J. M. Trigeaud, *Du positivisme juridique*, art. préc., p. 105.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ Notamment au chapitre 2 du titre 2.

⁶³⁵ *Ibid.*

de très anciens mythes sans les assumer clairement ». ⁶³⁶ Il en va ainsi avec « la croyance en un monde pré-ordonné par le calcul avant toute intervention humaine ; la croyance en un prolongement du corps par la technique ; la croyance en un dépassement de l'humain ». ⁶³⁷ Mais, « Que serait (...) une justice qui ne s'adresserait pas au sentiment de justice, à ce qu'il y a d'humain dans les humains ? » ⁶³⁸ Reconnaître que le Droit comporte une dimension éthique propre, c'est affirmer la nécessité de poser une « limite à l'*Hubris* numérique » ⁶³⁹ et plus généralement à toute expression légale de la démesure ; c'est reconnaître au Juge le pouvoir et le devoir de s'opposer, avec la solidarité, à l'application de toute loi qui compromet gravement l'équilibre fragile sur lequel repose l'existence indissociablement individuelle et sociale des hommes.

359. La *théorie du Droit de l'Homme révolté* ajoute à la dimension politique unique de la théorie neutraliste dominante qui est celle de la loi et non du Droit, ou plus précisément de la loi déshumanisée (désincarnée, désensibilisée) du scientifique du droit et du juge dont l'office est au service de la seule normativité politique, la dimension éthique sans laquelle il ne saurait y avoir de justice. Une justice « dont l'acte inaugural (...) bien avant le procès — mais c'en est une condition première —, est un cri d'indignation devant l'injustice ». ⁶⁴⁰ Celui du révolté solitaire devant l'absurdité de la condition humaine puis, la tentation du nihilisme écartée, celui du même devant l'absurdité de l'injustice faite à l'homme par son semblable, semblablement embarqué dans un monde qui n'a de sens que par eux. Un cri d'indignation indéfiniment renouvelable devant tout acte qui rompt la solidarité découverte au creux de la révolte. Un acte qui peut bien entendu être une loi. « Toute révolte qui s'autorise à nier ou à détruire cette solidarité, note Camus, perd du même coup le nom de révolte et coïncide en réalité avec un consentement meurtrier » ⁶⁴¹ La solidarité est chez Camus le socle de son action et de sa quête

⁶³⁶ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *op. cit.*, p. 122.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ *Ibid.*, p.135.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 329.

⁶⁴⁰ « C'est injuste ! s'écrie-t-on », *Ibid.*, p. 328.

⁶⁴¹ OC/HR, T. III, p. 79. Un consentement meurtrier qui situe le révolté aux antipodes de la révolte solidaire, de cette révolte dont on ne peut faire l'expérience « sans aboutir en quelque point que ce soit à une expérience de l'amour qui reste à définir » (OC/CA, T.II, p. 1068). Qui reste à définir, mais qui est sans doute, en tout état de cause, la plus belle que puisse faire un homme.

du bonheur et de l'amour ⁶⁴² qui devait être, après l'absurde et la révolte, le troisième thème majeur de son œuvre ; son aboutissement.

360. Il va de soi qu'en ce qui concerne le Droit, la solidarité prise en tant que première valeur s'oppose à sa réduction à un simple moyen normatif à toutes fins de n'importe quel pouvoir politique. Mais si, avec elle, s'impose le principe d'une limite axiologique à la loi, il serait bien naïf de croire que l'on puisse en déduire une sorte de code de conduite unanimement et définitivement reconnu. La solidarité n'est pas en dehors de l'histoire et l'histoire n'a pas de fin prévisible si ce n'est avec la disparition de l'espèce humaine elle-même, contrairement à ce que nombre d'idéologues ont cru pouvoir prophétiser, tels Hegel et après lui Kojève ou encore, plus près de nous, au lendemain de la chute du mur de Berlin en 1989 et la dislocation du bloc de l'Est, Fukuyama. ⁶⁴³ La solidarité est un chantier permanent. La révolte dont elle est issue est aussi ce qui la nourrit. Il appartient au *Juge révolté*, à chaque moment de l'histoire, de placer le curseur, de Dire avec le Droit où se situe la limite que la loi ne saurait franchir sans sombrer dans l'arbitraire. Il s'agit pour lui en toute humilité, eu égard à la grandeur de la tâche, de rechercher dans chaque cas le meilleur équilibre possible, toujours précaire, nécessairement en tension, entre la volonté politique exprimée par la loi et l'exigence de solidarité sans laquelle l'intérêt général qu'elle est censée poursuivre en démocratie n'a aucun sens, sauf à exclure une partie de la population de la communauté citoyenne voire humaine, comme le firent les nazis. Il y a autrement dit une limite infranchissable à l'interprétation de la solidarité.

361. Une telle vision du Droit implique de le concevoir, non comme une science au sens des positivistes, non comme une régulation gestionnaire des comportements et des conflits,

⁶⁴² L'amour dont il projetait de faire le thème du troisième cycle de son œuvre, après l'absurde et la révolte. Un amour auquel dans son œuvre comme dans sa vie, Camus donnera la plus grande expansion : amour des autres exprimé dans le « nous sommes » de son quasi-cogito déjà cité, amour d'une femme dont le considérable volume de sa correspondance avec Maria Casarès récemment publié témoigne, amour de l'art, amour de la terre et amour de la vie dont *Noces* est le poème en prose précoce et indépassable. Il est question ici de l'amour, mais on peut aussi, avec Camus, parler du bonheur tout aussi lié à la solidarité. « Il n'y a pas de honte à être heureux. Mais aujourd'hui l'imbécile est roi, et j'appelle imbécile celui qui a peur de jouir. » OC/NT, T.I, p. 108. « Le bonheur est l'impératif catégorique de la pensée camusienne ». DAC, 93, Mais « Le bonheur personnel n'est pas honteux (...) du moment qu'il est conçu comme un moyen d'aider les autres ». *Ibid.*, p. 92. « Je suis plutôt tenté de croire qu'il faut être fort et heureux pour bien aider les gens dans le malheur », *Gros plan* émission télévisée, 12 mai 1959). *Ibid.* L'amour et le bonheur qui s'inscrivent avec Camus, rappelons-le, dans le champ d'une vision tragique de l'existence qui est celle d'un philosophe de la pure immanence, ou peut-être plus exactement, « de la transcendance dans l'immanence ». En termes sponzistes on pourrait dire de « l'unité de la substance.

⁶⁴³ Fukuyama qui a affirmé dans son livre *La fin de l'histoire et le dernier homme*, publié en 1992, que la fin de la guerre froide marquait la victoire définitive de la démocratie libérale.

tout aussi déshumanisée, des partisans d'une justice algorithmique, mais comme un art. Un art du vivre-ensemble. Camus s'affirmait lui-même volontiers artiste plutôt que philosophe, mais il est sans doute plus exact de voir dans cette affirmation (outre le désir de se démarquer de l'existentialisme germanopratin) l'expression d'une conviction philosophique profonde : que c'est par les moyens de l'art que l'on peut le mieux rendre compte de l'humain. Ce qui ne peut manquer de faire réfléchir celui qui entreprend de penser le Droit en s'aidant de sa pensée. Et ce à deux niveaux. D'abord le plus classique, quoi qu'en France il soit à peu près absent de l'enseignement, qui est celui de l'intérêt pédagogique de l'art, et particulièrement de la littérature, pour la compréhension du Droit au travers du déploiement fictionnel de ses possibles. Ensuite au niveau de la finalité même assignée au Droit par le législateur et surtout, de notre point de vue, par le Juge en tant qu'interprète de l'éthique du Droit. Une finalité qui, idéalement, avec la solidarité, ne peut qu'être l'harmonie sociale, mais avec Camus une harmonie sociale considérée comme un horizon vers lequel il s'agit de tendre indéfiniment. Sans cependant que cela ne contredise la possibilité d'un progrès non linéaire, toujours provisoire, toujours remis en cause, indéfini — asymptotique à l'instar de ce que disait de la science, là encore en visionnaire, Victor Hugo.⁶⁴⁴

362. Et ce qui vaut pour la science sous entendue « dure », vaut bien entendu *a fortiori* pour les sciences humaines. On pourrait, en empruntant le concept à un autre champ disciplinaire⁶⁴⁵, parler d'homéostasie, le concept du « remarquable processus qui vient contrer la propension de la nature à sombrer peu à peu dans le désordre », qui « maintient l'ordre, mais à un nouveau niveau, rendu possible par un état de stabilité le plus efficace possible »⁶⁴⁶, ou, s'agissant de Droit, le plus juste, et en cela harmonieux, possible. « Chaque action collective, chaque société supposent une discipline et l'individu sans cette loi, n'est qu'un étranger ployant

⁶⁴⁴ La science « est l'asymptote de la vérité. Elle approche sans cesse et ne touche jamais ». Victor Hugo, *William Shakespeare*, A. Lacroix, Verboeckhoven et Cie éditeurs, 1864. Ouvrage dans lequel on peut également lire dans la première partie, au livre III consacré à « l'art et la science » : « La science est autre. Le relatif, qui la gouverne, s'y imprime ; et cette série d'empreintes du relatif, de plus en plus ressemblantes au réel, constitue la certitude mobile de l'homme. » La justice aussi semble, avec Camus, relever d'une telle « certitude mobile ».

⁶⁴⁵ Edgar Morin reconnaît à « La migration des concepts » une certaine utilité. Il affirme même que « la science serait totalement embouteillée si les concepts ne migraient pas clandestinement ». Mais la migration peut-être aussi explicite, non parce qu'un concept forgé dans une discipline conviendrait absolument à une autre discipline, mais parce que « comme disait le poète, les mots font l'amour » et que l'introduction d'un concept « étranger » peut aider à penser un phénomène qui lui était lui-même, jusqu'à présent, étranger. Cf. Le paragraphe intitulé *La migration des concepts* dans l'ouvrage précité, *Introduction à la pensée complexe*, p. 154-155.

⁶⁴⁶ Antonio Damasio, professeur de neurosciences, *L'Ordre étrange des choses, La vie, les sentiments et la fabrique de la culture*, édit. O. Jacob., 2017, p. 55.

sous le poids d'une collectivité ennemie. Mais société et discipline perdent leur direction si elles nient le « Nous sommes »⁶⁴⁷ qui nous contraint à chaque fléchissement de retrouver « entre nous » l'équilibre perdu. Celui que vise Camus avec sa « pensée de midi » à laquelle il a consacré un sous-chapitre de *L'Homme révolté*. Une pensée que figure le zénith, ce « moment privilégié où la lumière s'immobilise ». ⁶⁴⁸ La pensée d'un équilibre précaire.

363. Camus n'a jamais cru à la possibilité pour une société donnée et à plus forte raison pour la société globale, de se maintenir au zénith bien longtemps ; même s'il peut y avoir des moments privilégiés. Un de ces moments qu'il a vécus, fût au sortir de la seconde guerre mondiale, la signature à l'unanimité le 15 mars 1944 malgré les fortes tensions qui existaient entre les différents réseaux, du programme du Conseil National de la Résistance. Il dû en effet, assez vite s'indigner dans *Combat*, du retour avec ses anciens acteurs, de la politique politicienne et de l'oubli de l'heureuse mesure humaine qui avait été trouvée (La première édition du programme en question avait été significativement intitulée *Les jours heureux par le CNR*). La révolte ne peut ni ne doit jamais baisser la garde ; « la révolte qui est la mesure, qui l'ordonne, la défend et la recrée à travers l'histoire et ses désordres. » ⁶⁴⁹ Ainsi la révolte du Juge au nom du Droit face à un pouvoir qui poursuit au travers de ses lois indignes ses propres fins partisans et qui s'affranchit du « nous sommes », c'est-à-dire de la solidarité qui est au principe de l'existence humaine, a-t-elle pour fin de rééquilibrer et de restituer de la mesure, là où règne la démesure du politique. Mais dans toute la mesure du possible, sans retomber dans l'erreur inhérente à la démesure. Il faut en effet pour chacun, du politique et du Juge, se maintenir « au niveau moyen qui est le sien ». ⁶⁵⁰ Le Juge ne peut, sans se perdre en tant que Juge, s'ériger en législateur, comme ce dernier ne peut sans la dégrader, faire de sa loi un simple instrument de domination. Autrement dit, cette seconde partie est consacrée à la construction

⁶⁴⁷ OC/HR, T. III, p. 79.

⁶⁴⁸ DAC, p.658. Une « pensée solaire où, depuis les Grecs, la nature a toujours été équilibrée au devenir. » OC/HR, p. 317. Une formule, comme cela a été mentionné dans l'introduction générale, résonne des échos du Grand midi nietzschéen et du Midi le juste de Valéry dans Le cimetière marin, mais qui avant tout, trouve son origine dans son amitié admirative pour René auquel il emprunte la formule si expressive et saisissante qui clôt *L'Homme révolté* : « L'arc se tord, le bois crie. Au moment de la plus haute tension va jaillir l'élan d'une droite flèche, du trait le plus dur et le plus libre ». OC/HR, T. III, p. 324.

⁶⁴⁹ « L'origine même de cette valeur nous garantit qu'elle ne peut qu'être déchirée. La mesure, née de la révolte, ne peut se vivre que par la révolte. Elle est un conflit constant, perpétuellement suscité et maîtrisé par l'intelligence. Elle ne triomphe ni de l'impossible ni de l'abîme. Elle s'équilibre à eux. » OC/HR, T. III, p. 320.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

d'un dispositif de la normativité du Droit à la fois complet avec la reconnaissance de sa dimension éthique et modeste en ce qu'il ne saurait constituer pour autant une panacée en présence d'une problématique aussi complexe que celle de la régulation sociale, mais néanmoins ambitieux dans sa visée de constituer le Droit en un « art de vivre-ensemble ». Un dispositif dont la notion même doit être, préalablement à l'exposition de ses différents éléments, éclairée.

364. Le concept de dispositif qui est issu de l'industrie et donc du monde matériel et technique, désigne des ensembles comportant des éléments rationnellement articulés et finalisés. Un concept qui aujourd'hui est également employé dans le domaine des sciences (de la nature ou humaines), de l'art ou de la philosophie. En droit, il désigne le plus souvent restrictivement « la partie d'un jugement ou d'un arrêt situé après la locution « Par ces motifs » qui contient la décision proprement dite ». ⁶⁵¹ Ici, mis à part le fait que le lieu d'exercice par le Juge de son pouvoir propre est le dispositif en ce sens, c'est plus largement dans son acception technique générale qu'il est mobilisé à propos d'un objet qui, pour n'être pas matériel, n'en est pas moins dissécable en ses divers éléments, ses diverses relations et recomposable dans son unité. Ce qui autorise à qualifier notre dispositif de *théorico-pratique*, c'est qu'il articule des éléments éminemment théoriques puisque fondés sur une certaine métaphysique — en l'occurrence existentielle —, ce qui, on l'a vu, est inévitable y compris dans le domaine des sciences de la nature, mais dans une perspective non moins éminemment pratique, notamment avec l'application ou le refus d'application d'une loi par le Juge et ses conséquences concrètes en particulier pour les parties au procès dont il a à connaître.

365. Ce dispositif articule autour des lignes de force qui ont été précédemment tracées, les différents éléments interconnectés d'une réponse possible, à la fois donc théorique et pratique, à la « crise de la normativité juridique » ⁶⁵² diagnostiquée non sans raison par certains observateurs, en lien notamment avec sa démonétisation face à d'autres normativités, scientifique et politique, mais surtout économique puisque c'est l'économie ou autrement dit ceux qui en tiennent les rênes, qui imposent dans une large mesure, directement ou indirectement, leur loi. Un dispositif qui décloisonne et dépasse d'anciennes « dichotomies

⁶⁵¹ Dictionnaire du droit privé en ligne de Serge Braudo.

⁶⁵² François Brunet, *La normativité en droit*, thèse, édit. Maie & Martin, 2011, p. 492 et s.

binaires et excluantes »⁶⁵³, telles que droit et révolte, droit et morale, droit et art, réalisme et métaphysique. Sans que cela ne lui interdise de prétendre à un « certain caractère normatif ».⁶⁵⁴ Un dispositif en opposition à celui qui conduit les juges à s'abstenir de porter un quelconque jugement éthique sur la loi, quelle qu'en soit la teneur, et à refuser d'envisager de s'opposer à son application dès lors qu'elle émane de celui ou de ceux qui ont la possibilité effective au travers de cette loi, d'imposer leur volonté par la force en prétendant ou non à telle ou telle légitimité, par exemple conférée par les urnes. Un tel dispositif, de notre point de vue, ne tient que si l'on admet cette réduction du droit à la loi, c'est-à-dire à la force ou autrement dit à ceux qui la détiennent. Ou de façon plus étonnante du point de vue de la logique courante, si l'on admet que c'est d'elle-même que la loi tire son obligatorité *erga omnes*. Si l'on admet qu'il n'y a pas de Droit au sens d'un phénomène et d'un concept autonomes, ni donc de juge pour le Dire. Si l'on admet que tout n'est que politique, que la loi dont le droit n'est qu'un autre nom, est exclusivement l'expression de la volonté politique, de l'arrêté municipal en bas de la pyramide des normes à la Constitution en haut de la même pyramide. Si l'on admet que le juge ne dit que la loi, rien que la loi ainsi comprise, dans son sens clair ou son interprétation plus ou moins large, et qu'il n'y a qu'un seul pouvoir, politique, et que ce pouvoir est sans autres limites que celles qu'il veut bien s'imposer ou qu'il est contraint de s'imposer, en fonction de la situation politique. Que tout, autrement dit, n'est qu'affaire de volonté et de circonstances politiques.

366. Il s'agit de sortir des sophismes neutralistes classiques et notamment de celui qui consiste à définir le droit par la sanction, alors qu'il ne peut y avoir de sanction sans droit déjà là pour la poser. La sanction autrement dit présuppose l'existence du droit qu'elle est censée fonder. Il y a en fait les actes politiques que constituent les lois et, parmi elles, celles qui posent des sanctions. La possibilité effective de la sanction ne caractérise pas le droit, mais la détention du pouvoir politique dont la loi n'est que l'expression normative. Et l'on n'est guère plus avancé lorsqu'on a recours à des explications empruntées à d'autres champs disciplinaires où ont fleuri, au point de constituer selon certains auteurs un véritable « nouveau paradigme »⁶⁵⁵, des notions telles entre autres que rétroaction, circularité, auto-organisation, autopoïèse, autoréférence, etc.

⁶⁵³ Hugues Peeters et Philippe Charlier, GReMS, Département de Communication, Université catholique de Louvain (Belgique), *Contributions à une théorie du dispositif*, Revue du CNRS Hermès, n° 25, 1999, p. 16.

⁶⁵⁴ *Ibid.* p. 21.

⁶⁵⁵ Denys de Béchillon, *op. cit.*, p. 264.

Il s'agit en bref « de savoir s'il convient de considérer l'Ordre juridique tout entier comme un système auto-organisé ou autoproduit. »⁶⁵⁶ Ce qui « revient à se demander si le système juridique trouve en lui-même le principe, le moteur et la fin de sa propre action. »⁶⁵⁷ Il ne saurait être question ici d'entrer dans les débats suscités, sans grand effet pratique au demeurant, par un tel questionnement, mais seulement d'observer que pour nous il est clair que si le « système juridique » en question s'entend du droit positif au sens courant, non seulement il ne saurait trouver en lui-même « le principe, le moteur et la fin de sa propre action », mais il ne saurait même prétendre à une existence détachée du politique. Il lui faut pour y prétendre valablement, reconnaître l'existence d'une limite éthique à l'application de la loi de source juridictionnelle. Alors et alors seulement il est possible, sans qu'il soit utile de recourir à un autre concept que celui d'autonomie, de voir dans le système juridique ainsi conçu, un système effectivement autonome.

367 La théorie de la réduction du Droit à la loi et de l'office du juge à son application plus ou moins servile n'a, en aucune de ses versions, une base scientifique. Comme on le voit par exemple avec celle qui consiste à faire « comme s'il était possible d'accéder au droit de façon simple, immédiate, naturelle (...) l'objet « droit » étant « donné à la science du droit, qui ne ferait (...) que le recueillir passivement », alors qu'elle lui retire activement, avec sa dimension éthique, non seulement l'un de ses deux éléments constitutifs, mais celui qui est le plus caractéristique de la normativité humaine. Ou encore avec la « théorie réaliste de l'interprétation »⁶⁵⁸ qui fait de l'interprète du texte son véritable auteur, alors qu'il a à l'évidence pieds et poings liés par le politique et qu'en tout état de cause il ne saurait être question pour lui d'assumer la responsabilité des textes qu'il met en œuvre. Le neutralisme, quelles qu'en soient les déclinaisons, est une idéologie. Il n'est nullement dans l'ordre des choses, et surtout pas dans l'ordre des choses humaines, que les juges à qui il échoit de Dire le Droit s'en tiennent à dire la loi, qu'ils tiennent pour acquis que n'entre pas dans leurs fonctions la connaissance et la prise en compte de ce qui, pourtant, caractérise, sous l'appellation de Droit, avec sa dimension éthique, la spécificité de la régulation de l'existence en commun des hommes ; de ce qui fait qu'en ce qui concerne les sociétés humaines, l'imposition d'un ordre

⁶⁵⁶ Denys de Béchillon, *op. cit.*, p. 265.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ François Brunet, *op. cit.*, p. 41.

est certes nécessaire comme elle l'est pour toutes les sociétés animales (où l'instinct joue un rôle plus ou moins prépondérant), mais non suffisant.

368. *Penser le Droit avec Camus*, conduit à proposer au Juge une autre conception du Droit, du Droit distingué de la loi et, partant, une autre conception de son office. Une conception à deux volets inséparables qui, si elle était adoptée, ce qui ne dépend que du juge qui tient ce pouvoir de son office même ⁶⁵⁹, aurait la portée positive, mais inverse, de la conception à laquelle elle se substituerait — la conception neutraliste/positiviste qui domine actuellement à l'Université comme chez les professionnels du droit — : positive en ce qu'elle aurait comme cette dernière un effet juridique sur la fonction du juge ; inverse, en ce que cet effet consisterait à lui reconnaître la possibilité de poser une limite éthique à l'application de la loi que celle-là lui refuse. Cette nouvelle conception de l'autonomie du Droit et de l'office du Juge, qui introduit une dimension éthique à côté de la dimension politique basique de toute conception du droit, repose sur un double fondement (titre 1) et prône une double ouverture sur l'art du Droit (titre 2).

⁶⁵⁹ Sur, rappelons-le, un double fondement : empirique et logique : 1) Empirique en ce que, sous l'appellation de « Droit », historiquement, s'est fait jour et s'est développée dans l'ère occidentale et singulièrement en France, une conception de la norme sociale en opposition à toute forme d'arbitraire. Une conception qui a connu à différents moments de l'histoire, sous diverses formes (constitutions, chartes, traités, etc.), à différents niveaux (national, européen, international) et sous diverses appellations (libertés individuelles et publiques, droits de l'Homme, droits fondamentaux, droits humains, principes généraux, etc.), diverses interprétations dans le droit positif (au sens classique). Des interprétations qui ne doivent pas être prises pour la source de la conception en question alors que cette source, unique, est le peuple souverain. Une conception qu'aucun pouvoir politique ne peut s'accaparer. Et le fait pour lui de produire des lois arbitraires, quel que soit leur niveau dans la hiérarchie des normes, ne peut qu'être sans effet sur la positivité de la conception souveraine d'un peuple qui est l'unique source de la légitimité. Une conception en laquelle on peut voir le développement historique d'une donnée anthropologique constituée de la réaction universelle de l'homme qui n'est pas sous l'emprise d'une perversion ou d'une idéologie mortifère, à l'injustice dont il est victime ou témoin. Le rejet de l'arbitraire ou ce qui est une autre façon de le dire, de l'injustice, impliquant la reconnaissance au Droit d'une dimension éthique. 2) Logique : le propos de la première partie a été de mettre en évidence sous la forme d'un raisonnement par l'absurde, le fait que si a) on refuse inconditionnellement d'admettre qu'une loi ou un système normatif dans son ensemble puisse organiser, contraindre à, la commission de l'inhumain — ce refus constituant le présupposé du raisonnement —, alors b) il faut reconnaître qu'il y a une limite éthique à la qualification de « Droit » de l'une ou de l'autre. Et, c) en l'absence d'un tel refus, il faut admettre à l'inverse que le droit n'est rien d'autre en son fond, que l'expression normative de la domination par n'importe quel pouvoir politique, ou autrement dit qu'ultimement, il ne repose que sur la possession de la force.

Titre 1. Le double fondement de l'autonomie du Droit

« La révolte est le propre de l'homme informé, qui possède une conscience élargie de ses droits. Mais rien ne nous permet de dire qu'il s'agit seulement des droits de l'individu, puisque, par la solidarité (...), il semble bien au contraire qu'il s'agisse d'une conscience que l'espèce humaine prend de plus en plus d'elle-même dans son aventure commune. » Appendices de *L'Homme révolté*, *Remarque sur la révolte*.

369. Ainsi que l'écrit Maurice Weyembergh, « Présent dans toute la production camusienne, le thème de la révolte en constitue sans conteste la clef de voûte. »⁶⁶⁰ *Penser le Droit avec Camus*, c'est donc nécessairement penser le dispositif qui décrit la conception inspirée de son œuvre, avec la révolte comme clef de voûte (Chapitre 1). Une métaphore particulièrement bien choisie, puisqu'en architecture la clef de voûte est cette pierre placée dans l'axe de symétrie d'un arc qui permet de maintenir l'équilibre entre les forces qui s'exercent de part et d'autre de cet axe. Un équilibre en tension dont la rupture peut entraîner l'écroulement de tout l'édifice concerné. En l'occurrence l'édifice visé n'est autre que la société politique. Un édifice qu'il ne s'agit pas avec la révolte en question de fragiliser voire de détruire, mais au contraire de conforter. La clef de voûte normative de la société, dans la conception dominante du droit, est exclusivement politique (conception unidimensionnelle). Une clef de voûte dont la résistance aux forces qui s'exercent sur elle, dépend donc exclusivement de la capacité du pouvoir politique à maintenir le fameux équilibre entre les forces en présence en son sein, au moyen du droit identifié à la loi. Mais les dirigeants politiques peuvent évidemment ne pas avoir pour préoccupation l'équilibre social, mais au contraire de privilégier au moyen de la loi les intérêts de telle ou telle partie de la population, de promouvoir telle ou telle idéologie, d'instaurer un pouvoir autoritaire, voire dictatorial. Les excès qui peuvent en découler justifient que le *Juge révolté* refuse l'application des lois qui les consacrent, au nom de la solidarité qui est le second fondement (révélé par le premier) du dispositif (chapitre 2).

Chapitre 1. La révolte

370. C'est la dimension éthique de son dispositif, qui confère à la *théorie du Droit de l'Homme révolté*, l'une des deux facettes de son originalité. C'est elle qui permet de penser, contre le neutralisme, un droit phénoménologiquement et conceptuellement autonome, et un Juge authentiquement indépendant. Mais cette dimension éthique n'est pas première dans le

⁶⁶⁰ DAC, p. 780.

processus de construction de notre dispositif théorique inspiré de la pensée de Camus. Elle se donne à voir et à penser au sortir d'une révolte d'abord solitaire, puis solidaire. « Mersault dans *La Mort heureuse*, Martha dans *Le Malentendu* et Caligula se révoltent contre la condition mortelle qui est faite à l'être humain »⁶⁶¹, contre « la mort à venir dont le souffle égalise tout, les modes de vie, les conduites, les actes, qui rend tout indifférent ; [qui] rend illusoire et dérisoire, comme le dit Martha, ce qu'on croit être le destin que l'on s'est choisi. La grande égalisatrice rend tout vain, ce qui « explique » le comportement étrangement détaché de Meursault, y compris à l'égard de son meurtre »⁶⁶², et le « nihilisme extravagant »⁶⁶³ de Caligula qui fait la démonstration paroxystique de ce que « Les hommes aussi secrètent de l'inhumain ». ⁶⁶⁴

371. Mais la révolte peut ne pas s'enfoncer dans les sables mouvants de l'étrangeté nauséuse du monde des choses et des hommes, du nihilisme, du sentiment puis de l'idée d'abord inféconds de l'absurde pour, au contraire, en poursuivant son chemin existentiel, apercevoir la richesse qu'elle recèle en prenant conscience de ce qu'elle n'est pas la révolte d'un homme, mais de *L'Homme*. « *La Peste* exprime sous la forme d'une chronique ce passage de la révolte solitaire à la révolte solidaire : c'est le fléau qui oblige les Oranais à joindre leurs efforts pour juguler le mal. »⁶⁶⁵ Une révolte dans « l'intérêt général » qui néanmoins ne peut qu'apparaître hautement problématique au juriste lambda qui réserve à la loi le monopole de sa définition et de son application via l'administration et le juge. Pour lui, il est inconcevable que qui que ce soit puisse se révolter contre la loi au motif qu'elle romprait la solidarité, qu'elle irait à l'encontre de l'intérêt général, même si cette rupture est manifeste. Celui qui se révolte contre la loi doit être sanctionné par le juge dans les conditions prévues par la loi. Le juge qui, plus que tout autre, doit veiller au respect de la loi quelle qu'elle soit.

372. Autrement dit le juge ne saurait, en vertu d'un principe qui ne souffre aucune exception, refuser d'appliquer une loi au motif qu'elle est gravement injuste. Ce n'est pas son

⁶⁶¹ DAC, p. 781.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 782.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 115.

⁶⁶⁴ OC/MS, T. I, p. 229.

⁶⁶⁵ DAC, p. 783.

affaire, quelles que soient les conséquences humaines possiblement désastreuses de son intransigeante neutralité, comme on l'a vu notamment dans la première partie. Une neutralité qui équivaut de la part du juge à une acceptation aussi bien du « tout est permis » stérile du révolté incapable de dépasser le premier cercle de la révolte, celui de la révolte solitaire face à l'injustice de la condition et des hommes, que du « tout est permis » cynique des dirigeants qui ne voient dans le droit qu'un instrument au service de leur domination. Une neutralité qui, il est vrai, en renvoyant sans partage la responsabilité des conséquences de la loi à son auteur, assure sans doute à l'irresponsable en humanité institutionnel qu'est alors le juge, une certaine tranquillité, alors que le *Juge révolté*, est, lui, voué à une certaine intranquillité.⁶⁶⁶

373. Le *Juge révolté* est un juge dont la révolte est le fait générateur de l'engagement pour le Droit contre les injustices majeures de la loi (section 1), et qui est pour l'avènement, avec le Droit, d'une Démocratie radicale (Section 2). Un fait générateur, c'est-à-dire un événement vécu, que ce soit en tant qu'acteur ou témoin, qui déclenche une réflexion d'ordre métaphysique en ce qu'elle conduit à une certaine vision ou conception du monde et au sein de ce monde, des rapports entre les hommes. Mais une conception qui, pour être métaphysique, n'en est pas moins en prise directe avec la réalité de l'interdépendance vitale des hommes. Une réalité qu'aucune science de l'homme et de la société, et singulièrement aucune science du droit, ne saurait occulter ou démentir. Une réalité à laquelle, avec la solidarité, la révolte conduit à conférer une valeur essentielle. Une valeur qui est celle du Droit et de la Démocratie qui lui correspond : la Démocratie que postule la révolte, radicale en ce qu'elle offre au *demos* la possibilité de résister à l'injustice majeure de la loi sans pour autant sortir du champ du Droit.

Section 1. Une révolte comme fait générateur d'un engagement pour le Droit

374. Si toute science s'intéresse aux faits, à ce qui est, la science du Droit en tant que science des normes qui régissent l'existence sociale des hommes, ne peut exclure de son objet ce qui distingue le plus spécifiquement (au sens littéral de propre à l'espèce humaine) la

⁶⁶⁶ Un néologisme emprunté librement à Fernando Pessoa (en fait au premier traducteur de son célèbre journal intime attribué à son double romanesque, *Le Livre de l'intranquillité* publié en 1982 à titre posthume) qui vise un état contraire à la sérénité, permanent ; qui n'est donc pas lié à un ou des événements particuliers (une « Autobiographie sans événements »). En l'occurrence, pour caractériser avec Camus, non le « désenchantement du monde », mais une conscience permanente de l'injustice régnante qui entretient chez celui qui l'éprouve, un certain état de révolte. Il n'est pas possible pour celui-là d'être libre et heureux, dans la totale ignorance de la servitude et du malheur des autres toujours plus ou moins proche.

régulation des sociétés humaines de la régulation des sociétés des autres animaux sociaux : l'exigence humaine d'un sens (signification, valeur et direction) à donner à cette régulation, nécessaire en son principe mais ouverte à la discussion chez un être dont l'existence n'est pas essentiellement réglée par l'instinct. Une exigence de sens qui appelle des réponses à laquelle la révolte contre l'injustice fixe une limite : une limite éthique. Pour le juriste réaliste, s'il doit y avoir une science du Droit, cette science ne peut qu'être une science humaine au sens d'une science qui tient compte de cette limite éthique tirée de la révolte. Une révolte qui est à la source d'une véritable science humaine du Droit (§1). Une source vive. Il n'y a de science du Droit que pour autant qu'il y a ou qu'il peut y avoir de l'injustice et donc matière à se révolter. Le Droit n'aurait aucune raison d'être dans une société idéale. Personne, à moins d'être sous l'emprise d'une idéologie, ne peut sérieusement croire en la possibilité d'une telle société. On doit donc considérer qu'il y aura de la loi, de l'injustice et du Droit pour lutter contre cette dernière, tant qu'il y aura des hommes. Et il faut voir dans la révolte une donnée constitutive du Droit, sans fin prévisible comme le sont les injustices, sans concession en ce sens où l'imperfection irréductible du Droit ne saurait justifier de baisser la garde face aux injustices majeures de la loi, et modeste puisque le perfectionnement éthique de la loi ne peut qu'être daté et situé (§2).⁶⁶⁷

Paragraphe 1. Une révolte à la source d'une véritable science humaine du Droit

375. Le fait métaphysique qui est ici visé — celui de la révolte — peut être qualifié de générateur. En Droit civil de la responsabilité, le fait générateur est avec le dommage et le lien de causalité, l'un des trois éléments requis pour que puisse être mise en œuvre la responsabilité délictuelle ou contractuelle d'une personne. En l'occurrence le fait générateur du dispositif de notre théorie est la révolte en tant qu'elle est le fait qui peut être dommageable pour soi et pour les autres si l'on en reste au stade de la révolte solitaire, mais qui peut être au contraire émancipateur, de même pour soi et pour les autres, si l'on parvient à passer au second stade, solidaire, de la révolte. Celui du « nous sommes » et donc de la responsabilité humaine et non plus seulement professionnelle. Un processus existentiel métaphysique qui, en tant que tel, ne fait pas de la théorie qui en est déduite par un juriste, une théorie impropre à rendre compte de la réalité du Droit. Une théorie qui au contraire rend bien mieux compte de cette réalité en

⁶⁶⁷ Un perfectionnement relatif mais non subjectif, puisque l'éthique du Droit n'est pas l'éthique personnelle du Juge, même si une certaine congruence entre-elles est nécessaire.

intégrant dans son dispositif à la fois théorique et pratique la dimension éthique que la théorie neutraliste dominante lui refuse arbitrairement ; réduisant ainsi le droit à l'objet artificiel, « dévitalisé », qu'elle a fabriqué au nom d'une pseudo science qui n'est pas celle du Droit mais, précisément, celle de cet objet sans qualités qu'elle lui a substitué pour les besoins de sa démonstration.

376. Que la théorie du Droit de l'Homme révolté prétende mieux rendre compte de la réalité du Droit (phénomène et concept) que la théorie dominante, ne signifie pas que la métaphysique choisie, avec Camus, soit la seule envisageable pour penser le Droit. Ce qui serait verser dans une idéologie comparable à celle du discours scientifique positiviste. Cela signifie seulement que la métaphysique choisie permet de penser de façon plus pertinente parce que plus humainement, un phénomène éminemment humain ; mais un phénomène qui, parce qu'il est humain, est d'une complexité dont il serait bien présomptueux de vouloir rendre compte totalement. L'assertion d'Adorno — « La totalité est la non-vérité » —, est sans doute plus vraie dans le domaine social qu'en tout autre domaine. Admettre qu'on ne peut élaborer une théorie du Droit exempte de toute métaphysique, c'est faire preuve de réalisme. Le refuser au motif que les valeurs ne peuvent faire l'objet d'un discours un tant soit peu objectif, rationnel, procède on l'a vu, d'un singulier attardement épistémologique, réduit au discours *sur* le droit car personne ne peut méconnaître l'évidence de ce que le discours *du* droit, les lois produites par les instances législatrices du pouvoir politique, sont pétries de valeurs. C'est en passant d'un discours à l'autre, du discours politique au discours juridique (positiviste) que, par on ne sait quelle « opération du saint esprit », les normes étatiques perdraient tout rapport avec les valeurs pour devenir la chose neutre appliquée par les juges et décrite par les « scientifiques du Droit ».

377. L'idée que ces « scientifiques du droit » se font de la métaphysique⁶⁶⁸ n'est guère au fond très différente de celle de la plupart des gens. Dans l'inconscient collectif, le préfixe *méta* a pris en général le sens, plutôt péjoratif, de « au-delà » ou « au-dessus » de la réalité. Et le vocable métaphysique s'applique aux considérations les plus hermétiques, sinon absconses ou fumeuses, d'un discours, quel que soit son objet. En philosophie, il désigne sa partie, en principe compréhensible pour qui possède le vocabulaire et les connaissances nécessaires, mais néanmoins la plus abstraite, la plus éloignée de l'expérience sensible, celle qui a trait aux

⁶⁶⁸ « Métaphysique », à l'origine, désignait tout simplement les livres d'Aristote qui venaient après sa physique dans la collection de ses œuvres par Andronicos de Rhodes au 1^{er} S après JC : Dictionnaire de la langue philosophique, PUF, 5^{ème} édit., 1986, p. 438.

questionnements les plus originels ou ultimes sur la réalité, la vérité, l'existence et l'être des choses — ce que les spécialistes désignent par l'ontologie, souvent rapprochée de la théologie (on parle ainsi d'ontothéologie). Ce sont des considérations ou spéculations qui paraissent fort éloignées des préoccupations quotidiennes des gens dans la vie comme elle va ⁶⁶⁹, qu'elle soit personnelle ou professionnelle. Y compris chez ceux qui exercent des professions dites intellectuelles tels que les juristes qui n'imaginent pas en général que leur activité, leur discipline, puissent être concernées par la métaphysique, qu'ils pensent exclusivement réservée aux « littéraires » et singulièrement aux philosophes.

378. Contre une telle opinion, avec son concept de paradigme, Thomas Kuhn invoque l'existence d'une matrice disciplinaire qui concerne toutes les sciences, c'est-à-dire un ensemble d'éléments qui concourent à l'unité de vision d'une communauté scientifique : « Les lois scientifiques et leur formalisation ; la conception du monde et les procédés heuristiques ; les valeurs qui soudent le groupe des chercheurs ; le modèle de résolution des problèmes ». ⁶⁷⁰ Cette matrice disciplinaire intègre « des généralisations symboliques », des « principes (...) métaphysiques », « des opinions sur les conditions de validité, l'exactitude, la qualité des prévisions, la place de la science dans la société » ⁶⁷¹ ; toutes choses peu compatibles avec les réquisits de la science positiviste du droit.

379. Comment ne pas voir que ceux qui prétendent que la métaphysique témoigne d'une vaine et illégitime prétention à traiter de questions qui dépassent les limites de l'entendement et sont par conséquent indécidables, voire n'hésitent pas à la présenter comme procédant d'une véritable logorrhée ou chimère, ignorent ou font semblant d'ignorer qu'une telle posture intellectuelle participe de la prétention même qu'ils prêtent à la métaphysique : celle de détenir la vérité de la connaissance, une vérité exclusive de toute forme de croyance ou de conviction ? ⁶⁷² Comment ne pas voir que les contempteurs de la métaphysique sont eux-

⁶⁶⁹ Ce qui, poétiquement, s'entend chez Verlaine lorsqu'il écrit dans *Âme te souvient-il ?* à propos de ses conversations en marchant entre Auteuil et Boulogne avec son ami Julien Létinois : « Notre entretien était souvent métaphysique » ; métaphysique, au sens de gratuit, hors des réalités du temps.

⁶⁷⁰ Patrick Juignet, *Les paradigmes scientifiques selon Thomas Kuhn*, article en ligne du 6 mai 2015 sur le site de Philosophie, science et société.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² A l'exemple des positivistes logiques du *Cercle de Vienne* (dont R.Carnap a été l'un des principaux représentants) qui prétendirent en se référant au *Tractatus logico-philosophique* de Wittgenstein publié en 1922, dépasser la métaphysique en fondant « sur une méthode scientifique l'évaluation des propositions philosophiques, en considérant notamment comme dénué de sens tout énoncé qui ne peut faire l'objet d'un traitement formel, ni prévoir les conditions précises de sa vérification ultérieure [ce qui serait selon eux le cas des énoncés

mêmes des métaphysiciens ? L'homme, écrit Schopenhauer dans *Le Monde comme Volonté et comme Représentation* est « un animal métaphysique »⁶⁷³, le seul capable de s'étonner de sa propre existence. Le seul capable de la penser avec celle de l'autre et du monde, « la seule créature, ajoute Camus, qui refuse d'être ce qu'elle est ». ⁶⁷⁴ Mais une créature qui ne doit pas pour autant, se départir d'une certaine modestie. Et d'abord celle qui doit la prémunir contre la certitude de pouvoir atteindre un quelconque absolu dans quelque domaine que ce soit de la pensée ; y compris donc celui de la science.

380. La science où « le préjugé positiviste et scientiste [...] semble bien aujourd'hui battre de l'aile » ; où « les distinctions entre analytique et synthétique, entre fait et valeur, sont souvent remises en cause [...], comme le partage entre explication et compréhension, entre sciences de la nature et sciences de l'esprit » ; où l'« on voit aussi très vite que savants et métaphysiciens ont un souci majeur en commun — trouver le moyen d'échapper au relativisme et au scepticisme qui semblent aujourd'hui de mise et suscités, en un sens, par ce que disait Einstein : « le vrai problème est que [...] la physique décrit la « réalité », mais nous ne savons pas ce qu'est la réalité. Nous ne la connaissons que par la description physique ». ⁶⁷⁵ Meyerson en écho à Schopenhauer précité, observait que « l'homme fait de la métaphysique comme il respire ». ⁶⁷⁶ Qu'« il est naïf d'imaginer que la science puisse se soustraire à des présupposés métaphysiques ou esthétiques, alors qu'elle obéit à des valeurs (...) et présuppose toujours des connaissances non scientifiques « informelles », qu'elle recherche dans ses explications, non seulement la vérité, mais la pertinence et s'inscrit toujours dans un « espace pragmatique » où elle déploie toutes les ressources de l'imagination, fait place, dans ses raisonnements, aux évidences impondérables, n'hésite pas à « travailler sur des images » qui sont souvent, faute

métaphysiques]. Dans le Manifeste de la conception scientifique du monde (*Wissenschaftliche Weltanschauung der Wiener Kreis*), paru à Vienne en 1929, qui révéla l'existence de ce nouveau cercle, ses rédacteurs exposaient la nécessité d'une transmutation scientifique de la philosophie, établissant la primauté des " sciences de l'esprit " sur les sciences de la nature. » Exposé de conduite de la recherche et épistémologie, Enseignant Frédéric Wacheux, rédigé et soutenu par Franck Picard de Muller, Khai Uy Pham et N'Gassa Yomby, Université Paris Dauphine, DEA 128, en ligne.

⁶⁷³ Schopenhauer, *Le Monde comme Volonté et comme Représentation*, trad. A. Burdeau, édit. Alcan, 1912, tome 2, p. 294.

⁶⁷⁴ OC/HR, T. III, p. 70.

⁶⁷⁵ Claudine Tiercelin, *op. cit.*, p. 28. Dans le résumé de son livre en quatrième de couverture, on peut lire : « A condition d'utiliser à bon escient l'analyse conceptuelle et de recourir aux sciences empiriques dans un esprit réaliste et non positiviste, notre connaissance de ce qui est — qu'il reste opportun de nommer « métaphysique » — est légitime et même indispensable.

⁶⁷⁶ *Ibid.* p. 9

de théories, la seule chose dont nous disposons, ou encore à des procédés littéraires (comme le fit toujours Darwin pour présenter ses théories) qui nous apprennent à « corriger notre jugement ». ⁶⁷⁷

381. Il va de soi que si l'on ne peut s'abstraire de toute métaphysique dans le domaine des sciences physiques et de la vie, on ne peut à plus forte raison s'en abstraire dans le domaine des sciences de l'homme. Un juriste ne dispose pas en effet d'un objet d'observation comparable à celui d'un biologiste qui, par exemple, étudie les interactions moléculaires au cœur des cellules ou d'un physicien qui mesure la chaleur libérée par des noyaux produits par la fission nucléaire. Mais le juriste s'en croit néanmoins proche. Peut-être parce que, bien que travaillant sur du langage, il travaille sur une « matière » qui n'est pas « littéraire » au sens de « sans conséquences », en tout cas directes, sur le cours de la vie des gens, alors que le droit ne cesse au contraire de produire sur elle ses effets, possiblement redoutables ; ou encore parce qu'il travaille cette « matière » de façon aussi rationnelle que possible. Mais il demeure que la « matière » juridique dont les signes d'encre sur le papier ne sont que le support, n'a pas d'autre lieu d'existence que l'esprit humain et que ses effets dépendent exclusivement de la volonté humaine : que les obligés ne s'estiment plus obligés, que le rapport de force entre le pouvoir et la rue s'inverse et le droit positif au sens classique (applicable sous peine de sanction) cesse de produire tout effet. On peut bien entendu jouer sur le sens du mot, mais il demeure et il tombe sous le sens que la « matière » juridique, et la matière dont s'occupent les sciences de la nature, appartiennent à des ordres de réalité différents.

382. S'il faut à tout prix que le droit soit une science, si cela lui confère une once de plus-value, il ne peut qu'être, pour reprendre une distinction qui remonte au XVIII^e siècle faite par Wilhem Dilthey, une science de l'esprit, même si, comme l'a remarqué Claudine Tiercelin, la distinction entre sciences de l'esprit et sciences de la nature n'a désormais qu'une valeur très relative.⁶⁷⁸ Une science qui a pour objet des phénomènes qui présentent « cette particularité (...) que tout en appartenant au règne de la nature et en partageant sa soumission au déterminisme, ils peuvent évoquer l'idée d'une causalité intentionnelle, autrement dit : présenter pour ainsi dire de façon sensible l'idée d'une causalité par liberté ». ⁶⁷⁹ Une science qui, pour

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 131.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 28.

⁶⁷⁹ W. Dilthey, *L'Edification du monde historique dans les sciences de l'esprit*, trad. et présentation par Sylvie Mesure, édit. Du Cerf, 1988, p. 9.

être de « l'esprit », n'en prend pas moins en compte les deux dimensions de la nature humaine, physique et psychique, dans une démarche à la fois explicative et compréhensive : c'est-à-dire qui prend en compte le sens des phénomènes humains, y compris, pour ce qui nous concerne, le Droit qui est un phénomène humain par excellence, puisqu'aucune autre société animale que la société humaine ne s'est dotée d'un tel système de régulation des comportements de ses membres. Mais si la science d'un objet comme le Droit ne peut être conçue sur le modèle des sciences de la nature telle que la physique qui n'a pas, par exemple, à s'interroger sur le sens de l'atome — un atome est ce qu'il est ⁶⁸⁰ —, cela ne signifie pas qu'une telle science puisse échapper à toute considération subjective au motif qu'elle serait la connaissance (la description) d'un objet purement extérieur.

383. C'est sur le modèle imaginaire d'un tel objet que les scientifiques du droit positivistes prétendent devoir ⁶⁸¹ et pouvoir « construire une science du droit véritable, sur le modèle des sciences de la nature » ⁶⁸² : un objet débarrassé de sa gangue subjective pour ne laisser subsister que le diamant pur et dur sur lequel ils entendent faire porter la science du droit. Or il y a bien longtemps que dans lesdites sciences, on a abandonné l'idée que l'on pourrait décrire un quelconque objet pour ce qu'il est, en dehors de toute considération tenant à sa définition, aux conditions de l'observation et à l'observateur. Du dehors, en surplomb — en somme décrire la « chose en soi » dont au moins depuis Kant, on sait qu'elle échappe à toute expérience et n'a d'autre fonction que d'assigner une limite à la connaissance. ⁶⁸³ Il est en effet devenu presque trivial de rappeler « que la recherche est conditionnée par la méthode et les instruments du scientifique », ce que déjà, en son temps, avait montré Bachelard qui observait

⁶⁸⁰ Ce qui ne veut pas dire que le physicien n'ait pas à s'interroger sur l'utilisation de ses découvertes. Einstein, pacifiste qui participa néanmoins au projet Manhattan, déclara plus tard au physicien Linus Pauling : « Si j'avais pu savoir que les Allemands échoueraient dans leur projet de développer une bombe atomique, je n'aurais rien fait ». *Novembre 1945 : le cri d'alarme d'Einstein sur la bombe atomique*, Article en ligne de Jean-Michel Comte publié sur le site web de France Soir le 30 octobre 2015.

⁶⁸¹ Ce qu'il faut entendre par « la conviction qu'il est souhaitable et possible de construire une science du droit véritable, sur le modèle des sciences de la nature ». Souligné par nous. *Ibid.*

⁶⁸² M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, 2003, p. 19.

⁶⁸³ « Quand même nous pourrions porter notre intuition à son plus haut degré de clarté, nous n'en ferions point un pas de plus vers la connaissance de la nature même des objets. Car en tous cas nous ne connaîtrions parfaitement que notre mode d'intuition, c'est-à-dire notre sensibilité, toujours soumise aux conditions d'espace et de temps originaires inhérentes au sujet ; quant à savoir ce que sont les objets en soi, c'est ce qui nous est impossible même avec la connaissance la plus claire de leurs phénomènes, seule chose qui nous soit donnée. » E. Kant, *Critique de la raison pure*, édit. Germer-Baillière, 1869, Tome II, *Remarques générales sur l'esthétique transcendantale*, §8, p. 98.

que « L'instrument de mesure finit toujours par être une théorie et [qu'] il faut comprendre que le microscope est un prolongement de l'esprit plutôt que de l'œil. ⁶⁸⁴ Dans le même ordre d'idées, Camus lui-même observe finement dans *Le Mythe de Sisyphe* que « les méthodes impliquent des métaphysiques » qui « trahissent à leur insu les conclusions qu'elles prétendent parfois ne pas encore connaître » et que « ce nœud est inévitable ». ⁶⁸⁵ Bien plus encore doit-on admettre depuis la mécanique quantique « que le chercheur interfère avec l'expérience elle-même : la mesure n'est pas indifférente au phénomène lui-même, l'objet est affecté par la connaissance que l'on peut en avoir. Ainsi le sujet chercheur modifie-t-il la réalité qu'il perçoit ; il est impliqué dans l'expérience en tant qu'élément « perturbateur ». ⁶⁸⁶

384. Il est dès lors raisonnable de penser que « l'épistémologie qu'elle impose aux sciences dites « naturelles » ne peut qu'avoir des effets — *a fortiori* — sur l'épistémologie juridique » ⁶⁸⁷ et plus généralement sur celle de toutes les sciences humaines. Des sciences humaines dont la validité scientifique des propositions, du fait même du constat de l'intervention active de l'homme dans tout processus de connaissance, quel qu'en soit l'objet et quelle que soit la discipline concernée, ne peut plus sérieusement être contestée au seul motif de l'implication du chercheur. Lequel, quel que soit son domaine de recherche et la discipline concernés, n'est pas — ne peut pas être, ne peut plus être —, immunisé contre toute détermination métaphysique au sens large.

385. Le scientifique du droit et le juge n'échappent évidemment pas à la règle. L'implication de l'un comme de l'autre, mais plus encore du second du fait des conséquences humaines directes de son action, non seulement ne doit pas être niée, mais interrogée et prise en compte si le propos est de connaître le Droit pour ce qu'il est vraiment et non pour ce qu'en vertu d'une conception de la science déshumanisée et en cela fausse, on prétend qu'il est. Avec Camus, la science du droit est interrogée à sa racine : celle du sens même de l'existence humaine que le droit, création humaine de part en part, a pour objet de réguler. Le Juge comme le dévot de Molière, avant que d'être juge est un homme comme les autres, un homme parmi les hommes. Un homme qui, parce qu'il est un homme, parce que son cerveau le commande, ne

⁶⁸⁴ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, paru pour la première fois en 1938, édit. Vrin, 8^e édit. 1972, p. 242.

⁶⁸⁵ Dans *Le mythe de Sisyphe*, OC/MS, t. 1, p. 227.

⁶⁸⁶ François Brunet, *La normativité en droit*, thèse, édit. Maie & Martin, 2011, p. 57-58.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 59.

peut pas éviter de se poser la question la plus métaphysique et en un certain sens la plus concrète et urgente qui soit, qui est celle du sens de son existence. « Si j'étais arbre parmi les arbres, chat parmi les animaux, cette vie aurait un sens ou plutôt ce problème n'en aurait point, car je ferais partie de ce monde ; je serais ce monde » ⁶⁸⁸ écrit Camus. Ce monde dont ma conscience m'extrait pour me placer face à lui avec un problème qui, si je ne biaise pas, si je ne détourne pas le regard, si je m'en tiens à la raison, m'apparaît insoluble, mais non pour autant stérile : « Je ne sais pas si ce monde a un sens qui le dépasse, note l'auteur du *Mythe de Sisyphe*. Mais je sais que je ne connais pas ce sens et qu'il m'est impossible pour le moment de le connaître. Que signifie pour moi une signification hors de ma condition ? Je ne puis comprendre qu'en termes humains. » ⁶⁸⁹ Ainsi « Je ne puis comprendre ce que peut être une liberté qui me serait donnée par un être supérieur. J'ai perdu le sens de la hiérarchie. Je ne puis avoir de la liberté que la conception du prisonnier ou de l'individu moderne au sein de l'Etat. La seule que je connaisse, c'est la liberté d'esprit et d'action. Or si l'absurde annihile toutes mes chances de liberté éternelle, il me rend et exalte au contraire ma liberté d'action. Cette privation d'espoir et d'avenir signifie un accroissement dans la disponibilité de l'homme. » ⁶⁹⁰

386. Le premier essai philosophique de Camus démontre, non seulement que l'hypothèse du suicide devant l'absence de sens préétabli à la présence au monde de l'homme doit être écartée, qu' « Il faut imaginer Sisyphe heureux » dans « Cet univers désormais sans maître [qui] ne lui apparaît ni stérile ni futile », ⁶⁹¹ mais que l'existence humaine fondée avec l'absurde et la révolte qui lui est en quelque sorte consubstantielle, sur un sens purement humain à rechercher, approfondir et mettre en œuvre, peut être exaltante. « Je tire ainsi de l'absurde trois conséquences qui sont ma révolte, ma liberté et ma passion. Par le seul jeu de la conscience, je transforme en règle de vie ce qui était invitation à la mort. » ⁶⁹² Une règle de vie dont la valeur première, matricielle, tirée de la révolte, comme le montre à la suite *L'Homme révolté* — « Je me révolte, donc nous sommes » ⁶⁹³—, est la solidarité. ⁶⁹⁴

⁶⁸⁸ OC/MS, T. 1, p. 254.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ OC/MS, T. I, p. 258.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 304.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 263.

⁶⁹³ OC/HR, T. III, p. 79.

⁶⁹⁴ Voir le second chapitre.

387. *Penser le Droit avec Camus*, c'est penser qu'il n'est pas possible, dès lors qu'on est amené à prendre des décisions qui vont engager la vie de ses semblables, de faire abstraction de la conception que l'on se fait de l'existence ; du moins si cette conception est réfléchie, profonde, ou autrement dit, si elle correspond à un véritable engagement existentiel. C'est penser qu'il n'est pas possible sans perdre toute dignité, déjà à ses propres yeux, de dissocier à ce point son existence « personnelle » et son existence professionnelle, que l'on puisse au cours de cette dernière, prendre des décisions qui contredisent gravement cet engagement. C'est penser qu'il y a une limite humaine à une telle dissociation. Laquelle ne peut que (re) susciter une révolte chez « l'honnête homme absurde ». Cette « révolte [qui] donne son prix à la vie » et « Etendue sur toute la longueur d'une existence, (...) lui restitue sa grandeur. »⁶⁹⁵ Une limite qui, si elle est dépassée sans provoquer de révolte, engage la responsabilité, non seulement de l'auteur du dépassement mais de celui qui n'a pas réagi à ce dépassement. Une responsabilité qui, par exemple, engage non seulement le législateur mais le juge qui applique sans se révolter une loi qui a manifestement dépassé cette limite.

Commentaire. Le réalisme dont il est question dans notre théorie n'est pas sans lien avec le « réalisme juridique classique » initié par Aristote.⁶⁹⁶ Un réalisme dans lequel Jean-Pierre Schouppe distingue le « réalisme au sens large » et le « réalisme au sens strict ». Ce dernier est celui des juristes « qui reconnaissent que le droit proprement dit est la chose juste due en justice selon un certain rapport d'égalité ». Tandis que le premier « admet l'existence de normes objectives et antérieures à toute norme émanant de personnes humaines ; (...) que le droit puise ses racines dans la réalité objective (principalement la nature humaine) ». ⁶⁹⁷ Notre théorie du Droit englobe et dépasse, en un certain sens, les deux branches. Avec l'une, si elle ne croit pas à la réalité de l'autonomisation de la fonction du juge dans le cadre actuel, elle prône une extension significative de cette fonction avec la distinction du Droit de la loi et la reconnaissance d'une dimension éthique propre au Droit, dont la solidarité est la valeur

⁶⁹⁵ OC/MS, T. I, p. 256.

⁶⁹⁶ Article d'Étienne Montero sur *Le réalisme juridique*, P. Schouppe, Bruxelles, éd. Story-Scienta, 1987, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1990/I (volume 24), pp. 119 à 123. Mis en ligne sur Cairn.info le 08/09/2019 <https://doi.org/10.3917/riej.024.0119> Le réalisme en question ne doit pas être confondu avec ce qu'entendent par « réalisme » certains contemporains, notamment américains et scandinaves.

⁶⁹⁷ Schouppe, J.-P. (1992). Compte rendu de *L'éternel retour du réalisme juridique classique* (À propos de deux ouvrages récents), *Revue générale de droit*, 23 (2), 295–303. <https://doi.org/10.7202/1057474a> Article diffusé par Érudit, consortium interuniversitaire composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal.

matricielle qu'il lui revient en propre de Dire. Ce qui fait que l'on pourrait parler à cet égard d'un certain « réalisme judicialiste ». Qui ne va pas, loin s'en faut, jusqu'à affirmer avec Alvaro d'Ors que le « droit n'est rien d'autre que « tout ce qu'approuvent les juges » (*quid iudex dicit*) »⁶⁹⁸ mais qui rapproche néanmoins en termes de pouvoir le juge romaniste du juge de common law. Avec l'autre, elle croit en l'existence d'une nature humaine — d'une nature propre à l'espèce humaine — dont la présence est rendue manifeste par la révolte contre l'injustice décrite par Camus. Mais si notre théorie a à voir avec le « réalisme juridique classique », elle a aussi à voir avec le positivisme dont elle ne fait que cantonner l'usage à la loi ou en d'autres termes, à sa dimension politique.

Paragraphe 2. Une révolte constitutive, sans fin prévisible, sans concession et modeste

388. Si la révolte éprouvée face à l'absurdité de la condition, la révolte solitaire, est vouée au dépassement dès lors qu'elle ne sombre pas dans le nihilisme, la révolte qui lui succède chez celui qui a pris conscience « [qu'] elle est l'aventure de tous »⁶⁹⁹ — la révolte solidaire — n'a pas vocation à s'éteindre. Bien au contraire « Le mouvement qui dresse l'individu pour la défense d'une dignité commune à tous les hommes »⁷⁰⁰ est un mouvement qui ne peut qu'être permanent, puisqu'il serait naïf de croire en la possibilité qu'elle puisse, jamais, être parfaitement et définitivement établie et garantie dans une société humaine donnée et à plus forte raison dans la société humaine globale. C'est pour cela, parce qu'elle ne repose sur aucune utopie, que la métaphysique existentielle de Camus est une métaphysique de l'intranquillité. « Il s'agit de mourir irréconcilié et non pas de plein gré »⁷⁰¹ après avoir vécu dans un « univers désormais sans maître »⁷⁰², non sans richesses mais non hélas aussi, sans conflits. Un univers qui ne saurait se passer de Droit et donc de Juges pour permettre la résolution pacifique de ces inévitables conflits ou à tout le moins leur neutralisation dans des compromis. Mais d'un Droit et de Juges qui ne soient pas que l'expression de la volonté de

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ OC/RR, T. III, p. 327.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 328.

⁷⁰¹ OC/MS, T. I, p. 257.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 304.

ceux qui détiennent la force. D'un Droit et de Juges capables de se révolter contre leurs éventuels abus au nom de la solidarité découverte dans le mouvement, la dynamique même de la révolte.

389. La révolte camusienne est une révolte en opposition aux « perversions auxquelles elle a pu donner lieu »⁷⁰³ dans le passé sous l'espèce de révolutions convaincues que la fin justifie toujours les moyens y compris lorsqu'ils consistent en la perpétration des plus grands massacres. Camus, écrit Jean-François Mattéi, « Avant Hannah Arendt, (...) avait éprouvé l'intime parenté des totalitarismes ennemis, unis par une même haine envers l'homme de chair et de sang promis à la destruction par l'homme de l'idéologie. »⁷⁰⁴ Et il avait dénoncé « la perversion de la révolte qui, loin de maintenir un équilibre avec l'assentiment au réel, se retourne en une pathologie de l'histoire. »⁷⁰⁵ Avec L'assentiment au réel, c'est-à-dire précise Jacques Dewitte, au « déjà-là », au « donné naturel », à « la dignité humaine », « au sens et [à] la beauté du monde », qui « sont autant de dimensions qui nous précèdent, que nous trouvons et qui n'ont pas à être créées ou fabriquées. »⁷⁰⁶ C'est qu'en effet l'absurde qui est de l'ordre de l'expérience — « Je n'aurais pu en parler si je ne l'avais pas vécu » — n'est pas premier (...). Mais, restitué dans l'économie générale de l'œuvre (...) apparaît comme consécutif à la brisure de cette unité originaire entre l'homme et le monde chantée dans *Noces*.⁷⁰⁷ Avant d'éprouver et de penser l'absurde, Camus fait l'épreuve « d'un accord profond et heureux avec le monde »⁷⁰⁸ — « Hors du soleil, des baisers et des parfums sauvages, tout nous paraît futile » —⁷⁰⁹ ; sans cependant que son sensuel abandon à la nature et sa beauté⁷¹⁰ ne lui fasse oublier la précarité du bonheur qu'on y puise. La nouvelle *Noces à Tipasa* est suivie de *Vent à Djémila*, un de ces « lieux où meurt l'esprit pour que naisse une vérité qui est sa négation même »⁷¹¹, puis du

⁷⁰³ DAC, p. 783.

⁷⁰⁴ Coordonné par Jean-François Mattéi, *Albert Camus, Du refus au consentement*, PUF, 2011, p. 15.

⁷⁰⁵ Jean-François Mattéi, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 115-116.

⁷⁰⁷ Arnaud Corbic, *Camus L'absurde, la révolte, l'amour*, Les éditions de l'Atelier/Éditions ouvrières, Paris 2003, p. 29.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ OC/NT, T. I, p. 106-107.

⁷¹⁰ « La brise est fraîche et le ciel bleu. J'aime cette vie avec abandon et veux en parler avec liberté : elle me donne l'orgueil de ma condition d'homme », *Ibid.*, p. 108.

⁷¹¹ OC/NV, T. I, p. 111.

Désert où l'Italie lui « offre le spectacle d'une beauté où meurent quand même les hommes ». ⁷¹² Déjà dans *L'Envers et l'Endroit* il constatait qu'« Il n'y a pas d'amour de vivre sans désespoir de vivre. » ⁷¹³ Une « brisure de l'unité » ou autrement dit une lucidité qui est un antidote à la pathologie de notre temps précocement diagnostiquée par Camus. ⁷¹⁴

390. L'existence d'un consentement originaire chez Camus est essentielle. Mais un consentement qui ne coïncide pas avec l'*amor fati* de Nietzsche qu'il admirait, qui l'a inspiré, mais avec lequel il a pris ses distances, notamment sur ce point crucial en refusant de consentir en bloc au monde tel qu'il est, à l'affirmation absolue ; en refusant que puisse être ajoutées aux injustices naturelles, des injustices humaines qu'il faut au contraire selon lui s'efforcer de combattre et de corriger. « Le « oui » ontologique au monde et à l'homme commande le « non » politique qui dégénère en nihilisme ». ⁷¹⁵ L'un ne va pas sans l'autre. « Si nous aliénon notre force de refus, observe Camus dans sa *Défense de L'Homme révolté*, notre consentement devient déraisonnable et ne s'équilibre à rien, l'histoire devient servitude ». ⁷¹⁶ Entre les deux s'opère un inévitable et nécessaire balancement. « L'image de la balance lui permet d'approcher cette insaisissable règle de justice, que l'on pèse à peine au trébuchet, et qui porte le nom de mesure. Mais ce n'est pas seulement une image, c'est la pulsation même de l'existence qui est vouée aux extrêmes, oscillant entre la vie et la mort, la nuit et le jour, la jouissance et l'ascèse ou l'exil et le royaume. (...) La mesure est ainsi le souci permanent de Camus. » ⁷¹⁷

391. Un « chemin de crête » ⁷¹⁸ « entre oui et non » pour reprendre le titre du deuxième des cinq essais du recueil *L'Envers et l'Endroit* paru en 1937, suivi en pratiquant une dialectique, mais une dialectique « minuscule » en opposition à la dialectique « majuscule » de

⁷¹² OC/ND, T.I, p.136

⁷¹³ OC/EE, T. I, p. 67.

⁷¹⁴ Paul Ricœur à propos de *L'Homme révolté* écrit : « Voici comment le livre rebondit et prend ses proportions : la courte méditation sur le sens de la révolte est submergée par un gros livre qui est une véritable histoire de la révolte dans la conscience moderne. (...) Nous avons (...) dans ce livre un formidable diagnostic de notre temps par le biais d'une pathologie de la révolte ». in *L'Homme révolté*, 1956, *Lectures 2*, Paris, Le Seuil, p. 123.

⁷¹⁵ Jean-François Mattéi, *op. cit.*, p. 16.

⁷¹⁶ OC/HR, T. III., p. 373.

⁷¹⁷ Jean-François Mattéi, *op. cit.*, p. 16. Un « souci » dans un sens proche de celui donné à ce mot par Heidegger.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 19.

Hegel ⁷¹⁹ conçue comme processus d'autoréalisation de l'idée dont la fin serait la liberté humaine ; mais qui en vient à justifier en chemin pour sa réalisation demain, les pires violences aujourd'hui. Dont les « grandes purges » qui firent près d'un million et demi de victimes et les « procès de Moscou » fomentés par Staline entre août 1936 et mars 1938 pour éliminer les anciens compagnons de Lénine et anéantir l'influence de Trotsky qu'il allait faire assassiner, sont un triste, tragique et parfait modèle. Un parfait modèle de procès où « on n'est pas châtié parce qu'on est coupable ; on est coupable parce qu'on est châtié, on reste innocent si on ne l'est pas. Ce qui signifie que sont innocents ceux qui sont au pouvoir et le servent (tant que le pouvoir estime qu'ils le sont encore). Cette justice immanente à l'histoire et une immanence de la puissance pure ». ⁷²⁰ Pour qu'il en aille autrement, pour que la justice ne soit pas que le bras de la « puissance pure » comme ce fût le cas des juges moscovites, il faut donc penser un Droit qui ne soit pas seulement immanent à l'histoire qu'écrivent les politiques, mais aussi immanent à l'humanité, aux valeurs dont elle est porteuse, au « déjà-là » susvisé dont l'histoire occidentale et singulièrement française, a été et est encore, porteuse : l'histoire où s'est fait jour et s'est développée une conception du Droit qui l'intègre. Un Droit dont la transcendance éthique n'exclut pas l'immanence du foyer ; une transcendance dans l'immanence en somme, tels que la définissent certains philosophes contemporains tels que Luc Ferry, en excluant tout mystère au sens religieux. ⁷²¹

392. Un Droit à la fois intransigeant et modeste à l'image de son inspirateur. Un Droit intransigeant sur le respect de son éthique, mais néanmoins modeste parce que lucide, parce que conscient de ce qu'il est placé au cœur des contradictions dont les humains et leurs sociétés sont pétris. Des contradictions dont il serait déraisonnable et dangereux on l'a vu, de penser

⁷¹⁹ La dialectique « chez Hegel [c'est] une conscience du sujet des contradictions dans un monde divisé, et la conscience d'une inversion de sens : l'expérience qui se croit immédiate se découvre déjà déportée d'elle-même par des médiations (...) et cherche à se récupérer. Mais Hegel met en place, au bout du compte, une philosophie de l'Histoire englobante où le sens d'un acte n'est pas celui qu'il a pour le sujet, mais celui qu'il reçoit par sa place dans le déroulement historique supposé nécessaire. La Dialectique (écrite avec une majuscule, pour indiquer qu'elle devient une figure de l'Histoire objective) devient alors un instrument idéologique redoutable, l'arme infaillible de la justification de la violence au nom de l'idéologie (...) un discours impersonnel, qu'aucun sujet n'assume plus (Lévinas l'a maintes fois souligné en s'en prenant à l'idée que « l'Histoire jugera »). La dialectique avec une minuscule, celle de Camus, est en opposition totale avec la Dialectique avec une majuscule : pour lui elle « est le fait d'un sujet vulnérable, affecté par des discordances imprévues entre sa visée délibérée et les résultats de son action, [mais] qui se sait encore responsable de ses actes, même lorsqu'ils se mettent à lui échapper ». *Ibid.*, p. 109.

⁷²⁰ Jean-François Mattéi, *op. cit.*, article de Jacques Dewitte, p. 105.

⁷²¹ « L'homme révolté, c'est l'homme jeté hors du sacré et appliqué à revendiquer un ordre humain où toutes les réponses soient humaines ». OC/HR, T. III, p. 330.

qu'elles puissent connaître jamais une résolution définitive. Camus note à cet égard que « Pour un esprit aux prises avec la réalité, la seule règle (...) est de se tenir à l'endroit où les contraires s'affrontent, afin de ne rien éluder et de reconnaître le chemin qui mène plus loin. La mesure n'est donc pas la résolution désinvolte des contraires. Elle n'est rien d'autre que l'affirmation de la contradiction, et la décision ferme de s'y tenir pour y survivre. »⁷²² Ainsi peut-on attendre d'un Juge, placé par définition au centre de la contradiction, qu'il soit soucieux de réalité et de mesure, mais, encore une fois, d'une réalité et d'une mesure qui ne méconnaisse pas le « déjà-là » (auquel se rapporte la nature humaine et la dimension éthique du Droit) et la nécessité, au besoin, de la révolte. Une révolte qui « loin d'être une négation sans limites, se définit justement par l'affirmation de cette limite. »⁷²³ Une limite entre l'acceptable et l'inacceptable pour un homme digne de ce nom. « Je crois, écrit Henry David Thoreau, que nous devrions être hommes d'abord et sujets ensuite. Il n'est pas souhaitable de cultiver le même respect pour la loi et pour le bien. (...) Les gens les mieux intentionnés se font chaque jour les commis de l'injustice. »⁷²⁴

Commentaire. Il ne s'agit pas d'être « bien intentionné » au sens de vouloir le bien des autres, et de se lancer à corps perdu dans l'aventure de sa réalisation, mais, d'abord, d'être attentif à leur malheur et, avec eux, de s'efforcer au moins à le contenir et au mieux à le réduire. Il s'agit autrement dit, d'être activement solidaire. La révolte avec Camus n'est pas la révolution au sens d'une action visant à instaurer un nouvel ordre, un nouvel homme, un nouveau monde et à

⁷²² OC/DH, T. III, p. 372.

⁷²³ OC/DH, T. III, p. 372.

⁷²⁴ Henry David Thoreau, *La désobéissance civile*, édit. Librio, E.J.L. 2016 pour la traduction, p. 13. Camus aurait pu sans aucun doute reprendre à son compte l'affirmation de Thoreau selon laquelle « nous devrions être hommes d'abord et sujets ensuite », puisque, on l'a dit, il y a chez lui un « consentement originaire et ultime à l'amour des êtres et de la terre. » Arnaud Corbic, *op. cit.*, p. 30. « J'ai compris qu'au cœur de ma révolte dormait un consentement », *Ibid.*, p. 29. « Autrement dit toute la pensée humaniste de Camus se trouverait exprimée dans ces premiers écrits, et la division en cycles ultérieurs — l'absurde, la révolte, l'amour — serait l'explicitation méthodologique et pédagogique de ce qui était simultanément contenu en germe dans ces premiers écrits », *Ibid.*, p. 30. Ce que confirme Camus lui-même dans sa préface à la réédition de *L'Envers et l'Endroit* en 1958, soit une vingtaine d'années après ses premiers écrits précités et moins de deux ans avant sa mort, lorsqu'il la conclut par ces mots : « ... je sais cela, de science certaine, qu'une œuvre d'homme n'est rien d'autre que ce long cheminement pour retrouver par les détours de l'art les deux ou trois images simples et grandes sur lesquelles le cœur, une première fois, s'est ouvert. Voilà pourquoi, peut-être, après vingt années de travail et de production, je continue de vivre avec l'idée que mon œuvre n'est même pas commencée. Dès l'instant où, à l'occasion de cette réédition, je me suis retourné vers les premières pages que j'ai écrites, c'est cela, d'abord, que j'ai envie de consigner ici. » OC/EE, T. I, p. 38.

bannir totalement, et une fois pour toutes, le malheur. Ce qui ne se peut. Et l'on sait que le grand soir est toujours suivi d'une longue et douloureuse nuit pendant laquelle les « bonnes intentions » se font policières. L'utopie chez Camus est libertaire. Il a toujours été proche des anarchistes et il n'a jamais manqué de les soutenir ⁷²⁵ ; mais il n'a jamais cru possible de parvenir à une société sans contraintes d'hommes suffisamment éclairés et raisonnables pour pouvoir se passer de lois. Ni de lois ni de révolte contre les lois trop injustes : d'où la pensée avec lui d'un *Droit de l'Homme révolté*. Le réalisme de Camus n'en est pas moins un réalisme de progrès : il s'agit à la fois de connaître au mieux le présent (et le passé dans le présent) et de ne pas s'en contenter. Et ce qu'il dit à propos de l'art est sans doute généralisable : « Aucun artiste ne tolère le réel », dit Nietzsche. Il est vrai ; mais « aucun artiste ne peut se passer du réel ». ⁷²⁶ Aucun Juge ne devrait tolérer une loi positive indigne, ni s'affranchir des lois positives qui ne le sont pas.

Section 2. Une révolte qui postule l'avènement d'une démocratie radicale

393. Le *juge révolté* n'est pas un dissident, un révolutionnaire, un factieux, un activiste infiltré, quelqu'un qui bafoue le Droit. C'est tout au contraire quelqu'un qui se préoccupe de faire respecter le Droit, y compris lorsque c'est la loi qui le bafoue. C'est un Juge soucieux de ne pas sortir de son strict rôle de Juge et pour cela de ne pas aller contre la volonté du législateur (au sens large) dans son interprétation de la loi. Un juge qui s'efforce de l'interpréter au plus près de cette volonté. Sa révolte est donc distincte de toute autre forme d'opposition à la loi, qu'elle soit le fait de n'importe qui ou d'un juge (§1). Mais sa révolte n'est pas pour autant sans rapport avec la désobéissance à la loi de citoyens qui estiment que telle ou telle loi est gravement injuste et sont prêts pour cela à prendre le risque de poursuites et au final de condamnations par la justice. Le *Juge révolté* contrairement à son collègue qui ne l'est pas, examinera les griefs faits à la loi par le désobéissant civil non pas sous l'unique angle de la loi, mais encore sous l'angle du Droit, de son éthique. Et s'il lui apparaît que c'est à bon Droit que le désobéissant a agi, refusera de le condamner. Mais le condamnera dans le cas contraire. Ce qui veut dire que la révolte du *juge révolté* ouvre une certaine issue juridique à la désobéissance civile (§2).

⁷²⁵ Voir par exemple Lou Marin, *Albert Camus, écrits libertaires (1948-1960)*, Égrégore édit., 2013.

⁷²⁶ OC/HR, T. III, p. 278.

Paragraphe 1. Une révolte distincte de toute autre forme d'opposition du Juge à la loi

394. Penser l'intégration de la révolte dans le dispositif du Droit — la révolte dans l'intérêt du Droit —, c'est refuser que le Juge soit compté parmi les « commis de l'injustice ». Une révolte qui se présente sous l'apparence d'une antinomie : comment une transgression de la loi pourrait-elle être légale ? Une révolte qui se distingue de toutes les autres formes de transgression de la loi puisque, bien que constituant elle aussi une transgression de la loi, elle ne constitue pas pour autant une transgression du Droit. Puisqu'au contraire son existence est nécessaire à l'existence même du Droit. Du Droit distingué de la loi ⁷²⁷, du Droit auquel par rapport au droit positif au sens classique qui correspond dans le dispositif du *Droit de l'Homme révolté* à sa dimension politique, il est adjoint une dimension éthique. Une configuration dans laquelle il n'y a plus d'antinomie du fait même de cette distinction et de cette adjonction, réalisées par le *Juge révolté*, c'est-à-dire le Juge qui se reconnaît en tant que Juge, le pouvoir et l'obligation de refuser d'appliquer la loi lorsqu'elle contrevient gravement à l'éthique du Droit. Un refus au nom du Droit qu'il lui appartient en propre de Dire, qui marque le passage d'une conception du droit et de son office, inconditionnellement subordonnés au pouvoir politique, à une conception de l'un et de l'autre affranchie de cette subordination sans limite. Le Juge sort ainsi de l'alternative entre subordination sans limite et illégalité dans le cas où il désobéit à la loi pour obéir au Droit.

395. Pour le citoyen ordinaire une telle sortie de son propre chef demeure impossible. Ce n'est qu'*a posteriori*, lorsqu'il est devant le Juge, qu'il peut exciper de la légitimité de son refus au regard de l'éthique du Droit, en espérant être suivi. Auparavant, tout manquement passif ou actif à toute loi, de la désobéissance civile à la révolution, constitue une illégalité justiciable selon les cas de sanctions civiles, administratives ou pénales. Y compris toute forme de résistance à l'arbitraire avéré de la loi. La présence d'un *Juge révolté* ne supprime nullement la distance que le Juge doit conserver pour conserver sa crédibilité, par rapport aux parties, à la société et aux événements qui s'y produisent. Il ne saurait intervenir directement dans le cours de la vie sociale, sans franchir la frontière entre le juridique et le politique. Il ne saurait en particulier faire état, en dehors de sa saisine, de son opposition à un projet de loi ou à une loi

⁷²⁷ Il est entendu que dans notre dispositif, sous l'appellation de « lois », ce sont, indifféremment, toutes les normes applicables selon les critères classiques ou autrement selon la théorie positiviste dominante, qui sont visées ; soit toutes les normes qui composent à tous les niveaux la pyramide des normes, prises par les « autorités habilitées » et selon les procédures prévues à cet effet par certaines d'entre-elles.

en vigueur. Cette opposition qui peut ne rien avoir de personnel, ne doit en tout état de cause se manifester qu'au travers de son éventuel refus d'application d'une loi dans le cadre d'une affaire dont il est saisi ; soit en accueillant un moyen tiré de son incompatibilité avec la dimension éthique du Droit, soit en soulevant le moyen d'office en tant que moyen d'ordre public (un second niveau d'ordre public avec le Droit). Un moyen qui, rappelons-le ici, ne doit pas être confondu avec celui qui peut être tiré, depuis la réforme de la constitution du 23 juillet 2008 ⁷²⁸, de l'inconstitutionnalité d'une loi déjà promulguée, soulevé dans le cadre de la procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par voie d'exception et sous la forme d'une question prioritaire de constitutionnalité. Ce dont il est question ici c'est, indépendamment de la place qu'il occupe dans la pyramide juridictionnelle de l'ordre administratif ou judiciaire (y inclus le Conseil constitutionnel), du pouvoir que le Juge tient indissociablement du Droit et de son office, tels qu'ils sont compris dans le cadre de notre théorie ; du pouvoir de refuser l'application d'une norme qui contredit gravement l'éthique du Droit.

396. La position du *Juge révolté* doit être également distinguée de celle du juge syndicaliste et du juge révolutionnaire. Le premier — qu'il pratique un syndicalisme strict de défense des intérêts catégoriels et statutaires de la profession, tel celui de l'Union Syndicale des Magistrats (USM) largement majoritaire ou celui, plus offensif et ouvert sur les questions de toute nature qui agitent la société, du Syndicat de la Magistrature (SM) —, ne se situe pas sur le même plan que le *Juge révolté*. Ce dernier ne fait en effet que tirer les conséquences de son interprétation de la réalité du Droit (phénomène et concept), de ce qui le distingue de la loi, ou autrement dit de ce qui lui confère son autonomie, et de ce que cette interprétation implique en ce qui concerne son office. Il ne s'agit donc en aucune façon pour lui de porter de quelconques revendications, qu'elles soient de nature purement corporative ou non. ⁷²⁹ Le second qu'il faut supposer « masqué », car sinon il ne pourrait se maintenir bien longtemps dans ses fonctions sans faire l'objet de mesures d'éviction — à moins bien entendu que la révolution qu'il appelait

⁷²⁸ Article 61-1 de la Constitution : "Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

⁷²⁹ Ce qui n'exclut évidemment pas d'envisager une réflexion collective sur le thème de la recherche théorico-pratique d'une alternative à la conception du droit dominante, mais alors dans un autre cadre. Par exemple celui d'une association conçue comme un laboratoire d'idées (du type « think tank »), regroupant des universitaires et des professionnels du Droit convaincus *a minima* de ce qu'il ne saurait y avoir de droit et de juge neutres.

de ses vœux n'ait réussi —, se distingue aussi, nettement, du *juge révolté*, selon ce qui a déjà été indiqué précédemment : la révolte de ce dernier, exposée dans *L'Homme révolté*, est en effet contraire à la révolution menée au nom d'une idéologie qui se donne pour fin la libération des hommes de leur joug, mais admet pour cela de recourir à n'importe quel moyen, fût-il criminel. Le révolté camusien ne dissocie jamais les moyens des fins. Il ne considère pas par principe que le sort des gens d'aujourd'hui compte moins que le sort des gens de demain auxquels la félicité est promise. Il rejette toute forme de cynisme ou d'opportunisme. Il impose une limite à l'action révoltée qui est précisément celle qui lui confère sa valeur : la limite que refuse de franchir Kaliayev dans *Les Justes* en refusant que la cause qu'il défend, aussi juste soit elle, puisse justifier l'assassinat d'enfants.

397. Dans la *Défense de l'Homme révolté*, Camus explique que « la révolte, loin d'être une négation sans limites, se définit justement par l'affirmation de cette limite. Si le révolté pose l'existence et la dignité des autres hommes en même temps que la sienne propre, une révolte qui gagne en fureur ce qu'elle perd en lucidité finit par se tourner contre cette solidarité découverte. Toute entreprise humaine rencontre ainsi une borne au-delà de laquelle elle se change en son contraire, comme le dégoût suit le plaisir prolongé. »⁷³⁰ « Si nous aliénon notre force de refus, notre consentement devient déraisonnable et ne s'équilibre à rien, l'histoire devient servitude. »⁷³¹ Autant dire que « la révolte est la mesure de la révolution. »⁷³² Mais une mesure sur laquelle il ne faut pas se méprendre. Camus écrit qu'il aurait pu tout aussi bien parler « d'affrontement » ou de « corps à corps »⁷³³ mais qu'il a préféré « mesure » dans le sens « classique, où l'entendaient les Grecs », non comme « la résolution désinvolte des contraires »⁷³⁴, mais comme « [l'] affirmation de la contradiction, et la décision ferme de s'y tenir pour y survivre. »⁷³⁵

398. Le *Juge révolté* est un juge de la mesure, un juge révolté contre la démesure qu'autorise la théorie dominante du droit qui refuse de poser une quelconque limite à l'*hybris*

⁷³⁰ OC/DH, T. III, p. 372.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 373.

⁷³² *Ibid.*, p. 372.

⁷³³ OC/DH, T. III, p. 372.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ *Ibid.*

éventuelle de la loi. Un Juge qui n'a nullement pour but de bouleverser l'ordre juridique existant, de le remplacer par un nouvel ordre juridique dont il serait le théoricien et/ou l'acteur infiltré dans l'appareil judiciaire, mais d'appliquer fermement le Droit dans son entièreté. Le Droit tel qu'il est et non tel que le conçoit une théorie neutraliste qui en réalité est une théorie de la complaisance sinon de la complicité des excès possibles d'une loi qui, avec elle, ne « s'équilibre à rien » et est insoucieuse de la « solidarité découverte » ; découverte au fondement même du mouvement de révolte contre l'injustice humaine dont les manifestations les plus extrêmes telles qu'Auschwitz, valent preuve par l'absurde ⁷³⁶ de l'impossibilité d'admettre que la normativité humaine puisse être réduite à une loi qui les autorise. Cela impose au contraire à tout Juge, « si c'est un homme », de poser la limite à son application qui lui confère son humanité. Une limite qu'invoquent aussi, parmi les contestataires organisés et réfléchis de la loi positive qui se placent, même minoritaires, du point de vue de l'intérêt général en concurrence des politiques auxquels ils reprochent de le négliger, les désobéissants civils.

Commentaire. La révolte du *Juge révolté* est distincte de toute autre forme d'opposition du juge à la loi, y compris celle qui consiste, sous couvert d'interprétation, en présence de textes clairs et en l'absence d'une quelconque difficulté technique, à travestir la volonté du législateur (au sens large). Ce qui revient en effet pour le juge à s'opposer à la loi pour des raisons qui lui sont propres (politiques, philosophiques, religieuses, etc.). Le législateur peut bien entendu toujours mettre fin à une jurisprudence qui lui déplaît au moyen d'une nouvelle loi s'il l'estime utile et s'il le peut politiquement, mais il demeure en tout état de cause que le juge, sans le dire, est sorti de la simple application ou autrement dit, s'est immiscé dans le domaine en principe réservé au politique. Plus généralement, on l'a vu, à en croire une certaine doctrine, on assisterait depuis quelques décennies à une « montée en puissance » des juges. C'est totalement illusoire de notre point de vue, mais cela n'en manifeste pas moins le désir de certains de sortir de la stricte technique. Sans pour autant que la question de l'autonomie du Droit et de l'office du Juge (au-delà de la simple indépendance statutaire) — ou autrement dit de son pouvoir propre —, ne soit jamais clairement posée. Notre conception rompt clairement avec l'ambiguïté dans laquelle se maintiennent des juges qui à la fois prétendent ne pas substituer leur volonté à celle des politiques, et pourtant se prétendent créateurs de droit. Le « truc » consistant à toujours fonder leurs décisions sur des principes censés être préexistants, en quelque sorte dormants,

⁷³⁶ Comme on l'a vu dans la première partie et notamment à la section 1 (*Un exemple monstrueusement banal de « crime de bureau, n° 297 »* du chapitre 2 du titre 2.

dans le corpus. Dans notre conception, le Juge doit être le plus fidèle possible à la volonté du législateur dans la recherche de la réponse légale au cas qui lui est soumis. Il ne saurait être question pour lui de « tordre » la loi d'une manière ou d'une autre, pour « lui faire dire » ce qu'elle ne dit pas. Ce n'est que dans un second temps, celui de la confrontation à l'éthique du Droit, que le Juge, en vertu de son pouvoir propre, doit décider d'appliquer ou non la loi : non, si elle contredit gravement l'éthique du Droit.

Paragraphe 2. Une révolte qui ouvre une certaine issue juridique à la désobéissance civile

399. Il est certain que la *théorie du Droit de l'Homme révolté* n'est pas sans lien avec la désobéissance civile à laquelle, dans certaines conditions, elle offre un possible débouché judiciaire et, en cela, un possible progrès de la démocratie et partant de l'Etat de Droit, si bien entendu on ne la réduit pas à l'organisation d'un vote périodique valant « chèque en blanc » pour le pouvoir issu des urnes. Ce qui se voit couramment dans des pays où la démocratie n'est que procédurale et de façade où, même si les résultats du scrutin ne sont pas faussés, l'accès à la candidature n'est pas libre et où en tout état de cause, une fois élus, les dirigeants s'emploient à juguler toutes les formes d'opposition. Comme on le voit actuellement au sein même de l'Union Européenne, par exemple en Pologne et en Hongrie.⁷³⁷ « Il faut beaucoup d'indisciplinés pour faire un peuple libre » disait Georges Bernanos⁷³⁸ et il est certain que ce n'est pas du côté de ceux qui, quelle que soit leur position sociale, sont inconditionnellement soumis à la loi, qu'un progrès, ou la défense d'un progrès, peut être attendu.

400. « Depuis le commencement des mondes, pour devenir maître de son propre destin, écrit Jean-Marie Muller, l'homme s'est efforcé de conquérir sa liberté à travers les nécessités de la nature et les contraintes de la société dans lesquelles il s'est trouvé enserré. Dans cette conquête difficile, jamais définitive, toujours inachevée, il lui a constamment fallu tenter d'appriivoiser la loi. Aujourd'hui encore, les hommes ne cessent de s'interroger : la loi est-elle

⁷³⁷ L'article 7 du Traité sur l'Union Européenne (TUE) permet à cette dernière (le Conseil de l'UE statuant à la majorité qualifiée) de prendre des sanctions à l'encontre de ses membres lorsqu'ils ne respectent pas ses valeurs fondamentales (dignité humaine, liberté, démocratie, égalité, État de droit, droits de l'homme, droits des minorités). Cet article a été utilisé une première fois, en décembre 2017, à l'encontre de la Pologne, et une seconde fois, en 2018, à l'encontre de la Hongrie. Une procédure lourde et peu efficace puisque les deux pays en question n'ont guère modifié leur politique, notamment d'affaiblissement de la justice et de la presse.

⁷³⁸ Georges Bernanos, *Les enfants humiliés Journal 1939-1940*, édit. Gallimard, 1949.

une garantie ou une menace pour la liberté ? La loi est-elle liberticide ? Est-elle libératrice ? Ce questionnement est au centre de toute réflexion philosophique qui s'efforce de penser le politique »⁷³⁹, et donc le droit et le juge en dehors d'une conception qui les réduisent au politique. Pour le même auteur, la désobéissance à une loi injuste est un impératif éthique. Mais pour John Rawls, la désobéissance ne peut valoir en tant que tel que « dans les cas d'injustice majeure et évidente »⁷⁴⁰ — sauf, au nom de la justice, à risquer de compromettre excessivement l'autorité de la loi et l'ordre public qu'elle a pour fonction première de garantir —, un ordre sans lequel, pour n'importe qui de raisonnable, aucune justice n'est possible. On comprend dès lors que la question du curseur soit l'une des plus délicates que devrait résoudre le *Juge révolté*, après bien entendu, avoir défini l'éthique du Droit.

401. Avec la désobéissance civile, on se situe entre une conception de l'obéissance absolue qui condamne sans exception et nuance toute forme de résistance à la loi, à la manière de Hobbes⁷⁴¹, et une conception révolutionnaire qui tend par tous les moyens et en tout premier lieu par la violence qu'elle soit morale ou physique, à la déstabilisation du régime en place en vue de son pur et simple remplacement. Un entre-deux que l'on peut rapprocher du droit de désobéissance aux ordres arbitraires des gouvernants de Locke, mais en excluant toute forme de violence et notamment physique.⁷⁴² La seule violence du désobéissant civile, du point de vue d'un légaliste, réside dans le fait même de s'opposer à l'application de la loi. Un désobéissant qui, en fait, n'accepte la violence qu'au détriment des désobéissants eux-mêmes.

⁷³⁹ Jean-Marie Muller, *L'impératif de désobéissance*, édit. Le passager clandestin, 2011, p. 9.

⁷⁴⁰ John Rawls, *Théorie de la justice*, Le Seuil, février 1987, p. 412. Pour Rawls, il s'agit des « infractions graves au premier principe de la justice, le principe de la liberté égale pour tous, et aux violations flagrantes de la seconde partie du second principe, le principe de la juste égalité des chances », *Ibid.*

⁷⁴¹ De sa position Diderot rend compte dans l'Encyclopédie : « La loi civile est une règle qui définit le bien et le mal pour le citoyen. (...) Ce n'est pas la vérité, mais l'autorité qui fait la loi (...). Le châtement est un mal infligé au transgresseur publiquement, afin que la crainte de son supplice contienne les autres dans l'obéissance. Il faut regarder la loi publique comme la conscience du citoyen », cité par J-M Muller, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁴² « Quiconque, investi d'une autorité qui excède le pouvoir que la loi lui donne, se sert de la force soumise à son commandement pour accomplir aux dépens des sujets des actes illicites celle par là-même d'être un magistrat et puisqu'il agit sans autorité, on a le droit de lui résister, comme à n'importe quel homme qui porte atteinte aux droits d'un autre par la force. » J-M Muller, *op. cit.*, p. 47. « Le grand mérite de John Locke est d'avoir élaboré une théorie du pouvoir politique fondée sur une philosophie de la liberté. Peut-on le considérer comme un précurseur de la notion de désobéissance civile ? En toute rigueur non. En établissant le droit de résistance du peuple contre le tyran, il privilégie le recours à la violence. Il s'interroge en ces termes : « Comment peut-on résister à la force sans rendre les coups, ou comment frapper avec respect ? » Il répond en faisant remarquer que l'individu qui doit résister à une agression ne saurait se défendre seulement avec un bouclier. Il lui faut tenir une épée entre les mains pour mettre l'assaillant hors d'état de nuire. », *Ibid.*, p. 48-49.

Ce qui peut-être n'est véritablement supportable et justifiable que jusqu'à un certain niveau d'arbitraire et de dommages, à moins de prôner une non-violence absolue à l'instar de Gandhi pour qui elle s'impose sans exception, même en cas d'agression physique majeure du désobéissant ; une non-violence qui pour lui, « sous sa forme active consiste (...) en une bienveillance envers tout ce qui existe » et constitue « un état parfait ». ⁷⁴³

402. Ce qui ne peut manquer de poser des questions à qui n'est pas convaincu de la possibilité d'une telle « perfection » en toutes circonstances (peut-être en raison de ce qu'elle n'est concevable qu'à l'intérieur d'une certaine culture, une certaine conception religieuse ?), par exemple dans une situation telle que celle à laquelle ont été confrontés ceux qui en France, lors de la seconde guerre mondiale, ont décidé de résister au nazisme : fallait-il s'en tenir pour lutter contre ce fléau à une parfaite non-violence ou prendre les armes ? Pour Camus qui a été confronté en tant que pacifiste à ce dilemme, la seconde option s'est imposée à lui. Mais il s'agit là d'une situation extrême en ce que ce sont toutes les valeurs humaines fondamentales qui étaient alors en cause. Une situation extrême dans laquelle le *Juge révolté* pourrait hésiter entre démissionner pour entrer en résistance à l'extérieur de l'institution judiciaire, ou s'y maintenir, mais en risquant fort d'apparaître comme un résistant de l'intérieur aux yeux du pouvoir, c'est-à-dire de son point de vue un traître à sanctionner comme tel.

403. La désobéissance est nécessairement problématique dès lors qu'elle a lieu au sein d'un Etat démocratique — l'Etat où cependant, pour des raisons évidentes, elle se manifeste le plus souvent. Albert Ogien et Sandra Laugier ouvrent à cet égard une piste de réflexion intéressante : « Une conception ordinaire du politique présuppose que, si une société est raisonnablement libre et démocratique, le désaccord d'un citoyen quant à une décision prise par son gouvernement ou ses représentants n'a pas à s'exprimer sous la forme d'un rejet absolu de son appartenance à la collectivité dont il fait partie. On admet donc généralement que tout citoyen a minimalement consenti à la société, de façon suffisante en tout cas pour que son dissentiment puisse être raisonnablement formulé dans ce cadre. Mais quel consentement le citoyen a-t-il donné ? La notion de démocratie radicale défend l'idée que cette adhésion n'est jamais et ne sera jamais achevée. Elle considère que non, le citoyen n'a pas donné son consentement : pas à tout. Dans cette perspective, l'éventualité d'un dissensus qui peut aller

⁷⁴³ *La non-violence est un état parfait* - M.K. Gandhi. Young India, 9 mars 1920, In *La Jeune Inde*, 1924, Stock, pp. 32-34.

jusqu'au retrait du consentement se trouve au fondement même de la démocratie. »⁷⁴⁴ Cette idée n'est pas sans lien avec notre propre théorie qui vise aussi à sa manière l'existence d'un dissensus et d'un retrait possible du consentement de tout citoyen confronté à une loi arbitraire, une loi qui rompt la solidarité qui est au principe de la société et de la démocratie véritable (non-formelle). Une idée à laquelle, avec un Droit distingué de la loi, elle offre un prolongement et une possibilité de concrétisation.

404. En effet, en l'absence d'un tel Droit, le retrait du consentement du démocrate radical qui s'exprimera par un refus d'appliquer la loi positive jugée antidémocratique, se heurtera au refus du juge de tenir compte de son argument, même s'il considère que ladite loi est effectivement parfaitement antidémocratique. Ce juge estimera (avec plus ou moins de sincérité selon qu'il se compte ou non parmi les « juges créateurs ») qu'il n'a pas à connaître d'un argument de nature politique. Dans cette configuration, la seule hypothèse où le refusant peut espérer obtenir gain de cause est celle où il est en mesure de se prévaloir, devant une juridiction compétente pour en juger, d'un texte (ou d'un ensemble de textes), d'une disposition ou d'un principe qui s'en déduise (qu'il ait été ou non jusqu'à présent « découvert »), plus élevé dans la hiérarchie des normes, par exemple, dans le cadre d'un recours devant le Conseil constitutionnel sur le fondement de tel ou tel principe que celui-ci pourrait déduire ou induire du bloc de constitutionnalité ou de conventionnalité. Étant observé qu'on n'est plus alors formellement dans la situation envisagée, mais dans un débat classique sur l'étendue ou la plasticité du droit — ou autrement dit de son interprétation —, au sens classique. Et dans cette hypothèse, ce n'est que si le désobéissant n'a pas été suivi ou autrement dit s'il a perdu son procès mais persévère dans sa contestation de la loi incriminée, que se pose de notre point de vue qui est celui du *Juge révolté*, la question, ultime dans la démarche du désobéissant, de la compatibilité de la loi à l'éthique du Droit : rompt-elle ou non gravement avec la solidarité qui est indissociablement au principe de la démocratie radicale et du Droit ?

405. Seul un *Juge révolté* peut juger du bien-fondé ou non du retrait du consentement à la démocratie initialement donné par l'actuel refusant. Un juge qui déplace ainsi le débat du

⁷⁴⁴ Albert Ogien et Sandra Laugier, *Pourquoi désobéir en démocratie ?* Édit. La découverte/poche, Paris, 2010, p. 167. Une idée du retrait du consentement qui n'est pas sans rappeler certaines dispositions révolutionnaires. Ainsi avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui affirme le droit de résistance à l'oppression comme un des droits de l'homme avec la propriété, la sûreté et la liberté et celle du 24 juin 1793 qui, dans son article 35, dispose que lorsque « le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs. »

périmètre de la loi dans le périmètre du Droit. Mais, à sa manière, il déplace aussi le débat du périmètre politique au périmètre juridique en prolongeant la réflexion et la position courageuse de David Thoreau, l'un des pionniers majeurs de la désobéissance civile déjà cité, lequel pose dans son livre éponyme, l'alternative qui en constitue le socle : « Il existe des lois injustes : nous faut-il consentir à leur obéir ? Tenter de les amender en leur obéissant jusqu'à ce que nous soyons arrivés à nos fins ? Ou les transgresser tout de suite ? » ⁷⁴⁵ C'est le second terme de l'alternative qui, bien entendu, a sa préférence, ne serait-ce que parce que celui qui emprunte la voie institutionnelle manque à son devoir d'homme — « d'homme d'abord et sujet ensuite » — en laissant se commettre et perpétuer l'injustice dans l'attente d'un hypothétique résultat.

406. Mais que dire de celui qui n'est pas en dehors de l'institution judiciaire mais au-dedans et qui laisse se perpétrer et se perpétuer les pires injustices ? Ne manque-t-il pas de plus fort à son devoir d'homme ? Et cela, éventuellement, au détriment de l'auteur apparent de la transgression et au profit de son auteur véritable. « En général, poursuit Thoreau, les hommes sous un gouvernement comme le nôtre [démocratique], croient de leur devoir d'attendre que la majorité se soit rendue à leurs raisons. Ils croient que s'ils résistaient, le remède serait pire que le mal ; mais si le remède se révèle pire que le mal, c'est au gouvernement que revient la faute. C'est lui le responsable. » ⁷⁴⁶ Autrement dit, pour le citoyen ou le groupe de citoyens réfractaires, qui n'agit pas égoïstement mais dans l'intérêt général et au nom du peuple dont ils font partie — du peuple qui, en démocratie, est la source vive de la légitimité —, c'est le gouvernement qui est l'agresseur, non le désobéissant dont l'action est une forme de légitime défense. ⁷⁴⁷

⁷⁴⁵ Henry David Thoreau, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ L'action peut être individuelle en ce qu'elle est le fait d'un individu, mais cette action peut néanmoins avoir une motivation et une portée collectives. Une voix privée peut être publique. « On a trop tendance à abandonner ce thème de l'individualisme à cet individualisme du néolibéralisme qui est un individualisme non seulement égoïste, mais dépourvu de sens et d'idéal, sans individualité réelle. » Or il semble « qu'une {autre} forme d'individualisme (...) soit essentielle à la démocratie elle-même (...). Un « individualisme (...) conçu dans une perspective progressiste » qui correspond à « l'individualisme moral » de Durkheim, « condition du lien social » et à « l'individu réel » que Marx et Engels voyaient « dans toute description ou action sociale. (...) L'individualisme de la démocratie radicale, ce n'est pas l'égoïsme. C'est l'attention à l'autre en tant que singulier, et à l'expression spécifique de chacun ; c'est la prise en compte des situations ordinaires où les autres sont pris. L'individualisme ainsi compris n'est pas l'isolement, mais l'interrelation entre individus, condition de la démocratie — contre la loi du plus puissant, du plus riche, ou du plus informé ; et en valorisant le souci des autres, non contre le souci de soi, mais comme base d'un réel souci de soi (...). » : Albert Ogien et Sandra Laugier, *op. cit.*, p. 174.

407. C'est une action défensive qui n'est politique — qui n'est que politique —, si l'on adhère à la conception dominante du droit. Mais qui peut être aussi juridiquement fondée dans le cadre d'une autre conception du Droit et de l'office du Juge qui ne réduit pas le Droit à sa dimension politique, mais lui restitue sa dimension éthique. Une action qui ne consiste pas à saisir le Juge pour lui demander de déclarer une loi contraire à ses principes et valeurs personnels, ou autrement dit à lui demander de s'ériger en législateur supérieur et de disposer par voie générale, mais une action qui consiste, le Juge étant saisi d'une demande de condamnation quelconque du refusant, à faire valoir en défense pour y échapper, que la loi contrevient au Droit en contrevenant à sa dimension éthique. Et le jugement rendu, quel qu'il soit, qu'il accède ou non à la demande de refus d'application de la loi, ne peut avoir d'autre autorité que celle, relative, habituellement reconnue aux jugements. Mais qui néanmoins, s'il est favorable au désobéissant, fait accéder la désobéissance civile ainsi indirectement légitimée, à un certain statut juridique. Ce qui permet de dire qu'effectivement la révolte (du *Juge révolté*) ouvre une issue juridique à la désobéissance civile.

408. D'une telle conception, on peut voir également une sorte d'ébauche chez un autre auteur précité, John Rawls, lorsqu'il écrit : « Les tribunaux devraient tenir compte, dans le cas d'actes de protestation, du fait qu'il s'agit de désobéissance civile et qu'elle peut être justifiée (...) par les principes politiques qui sont à la base de la constitution ; ils devraient pour ces raisons réduire et, dans certains cas, suspendre la sanction légale ». ⁷⁴⁸ Des principes politiques qui peuvent être aussi vus comme des principes juridiques au regard, par exemple, dans le contexte français, du droit de résistance visé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, repris de surcroît dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, selon lequel il « est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours » à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ». Mais des principes en lesquels la plupart des juristes et les tribunaux ne voient guère qu'un « droit moral » à la résistance. Même si le Conseil constitutionnel, à propos de la « loi de nationalisation », a incidemment donné valeur constitutionnelle au droit de résistance à l'oppression ⁷⁴⁹, ouvrant peut-être ainsi la voie à des recours devant lui contre des lois manifestement « oppressives » (par exemple si le législateur décidait de mettre en place un système de contrôle social systématique et tous azimuts comme

⁷⁴⁸ John Rawls, *op. cit.*, p. 426.

⁷⁴⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

est en train de le faire le pouvoir chinois). Mais de tels recours seraient exercés au nom d'une loi qui, pour « suprême » qu'elle soit, n'en est pas moins politique en son fond et modifiable dans un sens restrictif si le pouvoir le souhaite et qu'il en a les moyens politiques.

409. Et il demeure que « le refus d'obtempérer à une prescription légale émanant d'une autorité instituée est un délit ; et invoquer une clause morale ou politique pour justifier le fait de l'avoir volontairement commis joue rarement en faveur du contrevenant »⁷⁵⁰, pour ne pas dire jamais. Au demeurant, « bien que la possibilité de refuser d'obéir à des ordres manifestement illégitimes soit inscrite dans l'article 28 de la loi [n° 83-634] du 13 juillet 1983, le droit de résister à un acte illégal de l'autorité publique »⁷⁵¹ n'a jamais été véritablement admis. « [E]n droit français, note à cet égard Sophie Turenne, depuis l'arrêt *Boissin* en 1817⁷⁵² la Cour de cassation » n'a jamais accepté l'idée d'une « *résistance légale* ». ⁷⁵³ La résistance aux ordres des autorités publiques, même manifestement illégaux, constitue une rébellion. » Il y a autrement dit une « une présomption de légalité des actes des autorités publiques [qui] interdit aux particuliers le droit de se constituer juge des actes qui émanent de l'autorité publique. »⁷⁵⁴ Et la notion de rébellion est très largement entendue. Ainsi, bien que les articles 433-6 à 433-10 du Code pénal qui la punissent sévèrement, ne soient pas en principe applicables en cas de résistance passive⁷⁵⁵, pratiquement toute forme de résistance est susceptible de tomber sous le coup de la loi. Ce qui est à rapprocher de l'affirmation de l'irresponsabilité de principe du subordonné qui a exécuté les ordres qui lui ont été donnés par son supérieur, qui est

⁷⁵⁰ Albert Ogien, *La désobéissance civile peut-elle être un droit ?* Revue Droit et société, 2015/3, pages 579 à 592.

⁷⁵¹ *Ibid.*

⁷⁵² Arrêt du 13 mars 1817. Cf. *Jurisprudence du XIX^e siècle*, par J.-B. Sirey, J.-B. Duvergier et L. M. de Villeneuve, A Paris, au bureau de l'administration, Cour de Harlay, 1821, disponible en ligne.

⁷⁵³ Sophie Turenne, *Étude de la désobéissance anti-avortement en droits américain et français comparés*, Chapitre 5. *Le discours judiciaire face à la désobéissance civile*, Open Edition Books, Presses universitaires du Septentrion, p. 87-102. Notre propos, avec le *Juge révolté*, est, précisément, d'introduire la possibilité d'une *résistance légale* avec la distinction du Droit de la loi.

⁷⁵⁴ Albert Ogien, *op. cit.*, *Ibid.*

⁷⁵⁵ Article 433-6 : « Constitue une rébellion le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice. » Mais la notion de « résistance violente » n'est pas définie, et la jurisprudence admet que tout acte de résistance active suffit. Active et non passive comme le fait par exemple de refuser de marcher, mais le délit peut être constitué sans qu'il y ait eu d'atteinte physique sur la personne de l'agent public (par exemple. Crim. 10 nov. 1998, *Bull. crim.* N° 295). De plus il est évidemment extrêmement difficile d'aller à l'encontre des dépositions des policiers. On peut donc dire effectivement que pratiquement toute forme de résistance est susceptible de tomber sous le coup de la loi.

à la base de l'argumentaire de tous ceux qui ont commis le pire au nom des ordres reçus et de la loi en vigueur.⁷⁵⁶

410. De même si certaines dispositions légales permettent aujourd'hui aux citoyens de déroger à la loi commune sans se mettre en infraction, parmi lesquelles *l'état de nécessité* (jadis on l'a vu, invoqué par le « bon juge » Magnaud) et ses notions voisines de « contrainte morale irrésistible » ou d'« état de péril » sur le fondement de l'article 122-7 du code pénal ⁷⁵⁷, l'argument — invoqué au soutien de divers actes tels que l'interruption de grossesse avant la loi l'autorisant ou les « faucheurs volontaires » de plantes OGM, avec des fortunes judiciaires diverses en termes de motivations et de décisions — est en vérité de peu de poids. Et, en tout état de cause il ne peut y avoir d'échappatoire que permise par la loi. Le législateur peut toujours décider de la supprimer ou de légiférer à contrecourant de son interprétation jurisprudentielle. Enfin, l'existence d'une « clause de conscience » (médecins, avocats, journalistes...), d'un « principe de précaution » ou encore d'un « droit de retrait » sont également parfois invoqués pour conclure au progrès de la prise en compte judiciaire de la désobéissance civile. Mais en réalité, rien de tout cela ne tient. La désobéissance civile demeure conçue comme un acte de délinquance aux motifs possiblement nobles, mais politiques. Un acte que les « magistrats qui entendent préserver la neutralité de la justice » et le pouvoir « qui entend la tenir à l'écart des questions qui sont de son ressort » ⁷⁵⁸, ne sauraient, en l'état de la conception dominante du droit, considérer comme juridiquement fondé.

411. Pour qu'il en soit autrement, il faut admettre l'existence de deux niveaux de juridicité et donc de positivité, avec la possibilité, alors sans contradiction, qu'un acte irrégulier

⁷⁵⁶ Le fonctionnaire doit obéir, sauf si l'ordre donné est illégal *et* de nature à compromettre gravement l'intérêt public, comme cela ressort, par exemple, d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 24 octobre 2017 (n° 16LY00300 M. B c/ Syndicat mixte du Lac d'Annecy). On comprend que les cas dans lesquels le juge reconnaît le bien-fondé d'un refus d'obéissance sont très rares. À l'inverse, l'agent public subordonné peut aisément se défaire de toute responsabilité en invoquant l'absence d'illégalité manifeste de l'ordre reçu. L'article 122-4 du code pénal dispose d'ailleurs en son alinéa 2 que « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal. » L'apparence de la légalité suffit donc et l'on peut dire que « le principe hiérarchique prévaut sur le principe de légalité » ; qu'il n'est pas douteux que la désobéissance ne peut qu'être extrêmement marginale dans une fonction publique puissamment hiérarchisée. Et que dire d'un ordre qui est manifestement conforme à une loi, comment pouvoir invoquer le fait qu'il est de nature à compromettre gravement l'intérêt public alors que la loi émane du pouvoir politique en place ?

⁷⁵⁷ Qui dispose que : « N'est pas pénalement punissable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».

⁷⁵⁸ Albert Ogien, *op. cit.*, *Ibid.*

au premier niveau de la loi, puisse être régulier au second niveau du Droit. Il ne semble pas qu'il puisse y avoir d'autre possibilité. Hannah Arendt avait proposé, dans le contexte des profonds mouvements de contestation qui ont agité les États Unis au cours des années 60 en lien avec la guerre du Vietnam, de « traiter les groupes pratiquant la désobéissance civile de la même façon que les groupes de pression qui, par l'intermédiaire de leurs représentants — dûment enregistrés — ont le droit d'influencer et d'« apporter leur aide » au Congrès en utilisant la persuasion, le poids de leur opinion et le nombre de leurs adhérents ». ⁷⁵⁹ Mais une telle proposition qui assimile les désobéissants à un lobby (ce qui en soit est choquant) dont l'intervention est organisée par avance, est incompatible avec la spontanéité de leur action, et fait encourir un grave danger à la démocratie : « car une fois ce droit institué, comment pourrait-on en interdire la jouissance à des individus ou des organisations qui rejettent les principes mêmes de la démocratie ? » ⁷⁶⁰ Certes Ronald Dworking a suggéré pour y parer « de fixer très précisément les critères qu'un citoyen devra faire valoir devant un tribunal pour que son éventuel refus d'appliquer les prescriptions d'un texte législatif ou réglementaire puisse être jugé effectivement conforme à ce droit ». ⁷⁶¹ Mais on retombe ainsi inéluctablement sur l'objection de l'imprévisibilité de la désobéissance civile et sur l'inacceptable abandon du sort de la désobéissance, au travers de la loi, au pouvoir politique en la réduisant à la sphère politique. Penser le Droit avec Camus conduit à penser l'évaluation du bien-fondé de la désobéissance civile, ni en termes de loi, ni en termes politiques, mais en termes éthiques : en termes d'éthique du Droit, telle que sa conception de la révolte permet de la penser. Une éthique du Droit sur laquelle le Juge doit exclusivement fonder sa décision de rejet ou non de la loi.

412. Ainsi, alors que la désobéissance civile ⁷⁶² est pensée jusqu'à présent exclusivement en dehors des circuits institutionnels d'exercice de la politique et de l'institution judiciaire perçue, à juste titre, par les désobéissants uniquement comme le bras armé de la loi

⁷⁵⁹ Hannah Arendt, *Du mensonge à la violence*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 108-109.

⁷⁶⁰ Albert Ogien, *op. cit.*, *Ibid.*

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² « Le mot « civil » (...) est emprunté au latin *civilis* qui signifie « relatif au citoyen... » Le premier sens de la désobéissance civile est donc celui de la désobéissance citoyenne. La désobéissance civile est un acte « civique ». (...) D'autre part et surtout, *civilis* s'oppose à *criminalis*. (...) On retrouve ici la définition donnée par Gandhi : la désobéissance est civile en ce sens qu'elle n'est pas « criminelle », c'est-à-dire qu'elle respecte les principes, les règles et les exigences de la moralité et, donc, de la « civilité ». La désobéissance civile est la manière civilisée de désobéir. En définitive, elle est civile en ce sens qu'elle n'est pas violente. » : Jean-Marie Muller, *L'impératif de désobéissance*, édit. Le passager clandestin, 2011, p. 181-182.

avec la police, ce qui est en vue ici, c'est l'ouverture de la justice à un possible débat sur le bien-fondé en Droit de la contestation de la loi. Avec une issue qui dépend du point de savoir si cette contestation est ou non justifiée au regard de l'éthique du Droit. Il ne saurait en effet, là encore, être question de déborder le strict cadre du Droit. Le *Juge révolté* n'est pas un désobéissant. S'il peut lui arriver d'être un désobéissant, c'est en dehors du prétoire, dans un cadre extraprofessionnel, si tant est que cela soit possible au regard de sa déontologie et du droit de réserve renforcé attaché aux fonctions d'autorité. Mais ce n'est pas de cela qu'il est question ici. Ici, il s'agit de l'investissement par le Juge, en tant que Juge, de la plénitude de son office. Il s'agit d'une interprétation des rapports entre le pouvoir politique et l'institution judiciaire empreinte de mesure et d'équilibre. Étant acquis que pour que la séparation des pouvoirs soit authentique, il faut que le juge ne tienne plus son indépendance du seul pouvoir politique et de la seule loi ; il faut que cette indépendance ne lui soit plus seulement octroyée par ce dernier ou, autrement dit, qu'elle ne soit plus dépendante des circonstances politiques.

413. Pour que le juge soit le juge d'un véritable pouvoir judiciaire et pour qu'il puisse dès lors y avoir une véritable séparation des pouvoirs, il faut que le Juge dispose d'une véritable autonomie tirée de l'autonomie même du Droit. D'une autonomie dont l'effectivité ne peut dépendre que de la fermeté de son affirmation de cette autonomie et de sa capacité à résister aux pressions plus que probables du pouvoir politique, directes ou indirectes, pouvant aller jusqu'à des sanctions de divers ordres. Cette séparation est nécessairement relative, puisque le *Juge révolté* comme son collègue qui ne l'est pas, applique la loi. Mais le second, contrairement au premier, applique la loi sans limite éthique. Une séparation qui n'est pas une fermeture, qui n'est pas vouée à l'opposition, mais au contraire à la recherche constante et opiniâtre d'un équilibre entre les dimensions politique (loi) et éthique (Droit) du dispositif. Et ce, de la manière la plus transparente possible de la part du *Juge révolté* qui, en présence d'une loi manifestement indigne, n'a pas à se livrer à on ne sait quelles contorsions intellectuelles comme peuvent le faire les juges « classiques » pour en atténuer les effets.

Commentaire. Les juristes ont sans doute joué un rôle éminent dans la construction progressive de « cette chose que nous appelons l'État, c'est-à-dire un ensemble de ressources spécifiques autorisant leurs détenteurs à dire ce qui est bien pour le monde social dans son ensemble, à énoncer l'officiel avec la force de l'officiel. ⁷⁶³ Mais il y a bien longtemps qu'ils

⁷⁶³ Bernard Voutat, *Penser le droit avec Pierre Bourdieu*, Swiss Political Science Review (2014) Vol. 20(1).

ne jouent plus au sein de l'État un rôle déterminant. Seule la haute fonction publique entremêlée au pouvoir politique, a aujourd'hui sur lui une influence significative. Si le droit « constitue [toujours] un puissant vecteur de légitimation de l'ordre social »⁷⁶⁴, les magistrats qui parmi les professionnels du droit sont censés occuper la place la plus « déterminante », ne sont plus aujourd'hui que les agents d'un « droit [qui] dissimule les rapports de force qui sont à son principe et a ainsi à voir avec les mécanismes de domination et de violence symbolique ». ⁷⁶⁵ Il est certain qu'une telle vision est sommaire, mais il est autant certain que l'intégration de leur soumission de principe au pouvoir, a fait oublier aux magistrats qu'ils sont historiquement et par essence des associés et non des préposés du pouvoir. Une réalité que s'efforce de prendre en compte la théorie alternative proposée en reconnaissant au Juge (et avec lui à l'ensemble des juristes) un rôle moteur dans la construction d'un véritable État de Droit, d'une « démocratie radicale ».

Conclusion du chapitre

414. La révolte tient *mutatis mutandis* dans le système du Droit inspiré de Camus, une place comparable à celle du conatus qui « structure la composition et le discours de l'éthique » spinoziste. ⁷⁶⁶ C'est d'elle que le Droit tire son existence propre et avec lui le Juge pour le Dire. Elle est ce qui le « fait être » en tant spécifiquement que Droit distingué de la loi inféodée au pouvoir politique. C'est à partir de la révolte que se déploie la conception alternative du Droit et de l'office du Juge qui fait l'objet de cette thèse. Une conception de l'autonomie de l'objet « Droit » et de la discipline qui lui correspond fondée, non sur la négation de sa dimension éthique, mais au contraire sur l'affirmation de cette dimension découverte au cœur de la révolte de *L'Homme révolté* quand cet homme est un Juge. Il ne peut y avoir de Droit et donc d'Etat de Droit, véritables, sans intégration du principe d'une révolte du Juge contre la loi dans le dispositif théorique du Droit. Une révolte au sens d'une insoumission du Juge au pouvoir politique, au-delà de l'indépendance que ce dernier peut lui avoir octroyé. Le Juge tient son

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ Violaine Roussel, *Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu*, Edit. jur. Assoc. *Droit et société*, 2004/1 n° 56-57, p. 41.

⁷⁶⁶ On peut dire aussi qu'elle est ce qui lui permet de « persévérer dans son être », un « dynamisme significatif qui vise à l'accroissement de sa propre puissance » : Robert Misrahi, *100 mots sur l'Éthique de Spinoza*, Les Empêcheurs de tourner en rond/Le Seuil, 2005, p. 125-127.

indépendance de son office et non de cet octroi variable et dépendant du pouvoir politique. Une révolte qui cependant n'en est une que par rapport à la théorie dominante du Droit positiviste.

415. Il va de soi, en effet, que dans une situation où le pouvoir politique reconnaîtrait le bien-fondé de la théorie alternative proposée, il ne pourrait plus être question de révolte ; tant du moins que le pouvoir politique ne prétendrait pas encadrer, c'est-à-dire d'une manière ou d'une autre, entraver l'exercice par le Juge de l'indépendance inhérente à son office. Car en France (pour s'en tenir à cette communauté politique qui est plus particulièrement visée dans le cadre de cette thèse), ce n'est pas le pouvoir politique qui, sous couvert d'une constitution qui est aussi l'acte d'un pouvoir politique donné, est la source du Droit, mais le peuple souverain. Et si le pouvoir politique dans la démocratie représentative légifère légitimement en son nom, c'est dans la limite du respect des valeurs qui, sous l'appellation de « Droit », définissent sa conception séculaire de la normativité sociale. De la révolte du Juge au nom de cette conception conforme à celle du peuple dont il tient lui aussi sa légitimité, lorsque cette limite est franchie, l'œuvre de Camus offre la possibilité d'une interprétation cohérente, sans prétention à ce qu'elle soit la seule possible. L'interprétation d'une révolte qui est porteuse d'une valeur que l'on peut dire matricielle en ce qu'elle est la valeur existentielle qui détermine toutes les autres : la solidarité.

Chapitre 2. La solidarité

416. C'est l'intégration par le Juge dans le dispositif théorico-pratique du Droit, d'une dimension éthique fondée sur la solidarité, qui distingue radicalement notre dispositif dualiste inspiré de *L'Homme révolté* de Camus, du dispositif moniste de la conception dominante du droit — d'un droit réduit à sa dimension politique. Une intégration par un Juge qui demeure ainsi un homme « à part entière » lorsqu'il officie, c'est-à-dire un homme qui n'écarte pas de son office l'exigence qui le définit au plus profond en tant qu'homme : l'exigence éthique. Un homme-Juge qui ne réduit pas son office à une fonction machinale, à une opération essentiellement syllogistique exclusive en toutes circonstances de tout jugement de valeur. La *théorie du Droit de l'Homme révolté* — de la révolte contre une telle mise à l'écart inconditionnelle de la question des valeurs — fait du maintien de l'homme dans le Juge la condition même de possibilité du Droit distingué de la production normative du pouvoir. Ce qui ne veut pas dire que le Juge et l'homme privé se confondent. L'homme qui persiste dans le

Juge, c'est l'Homme entendu sous l'angle de la nature humaine, de ce qui le définit en tant qu'Homme distingué de sa personne singulière, de son « moi », détaché de son histoire personnelle, autant bien entendu qu'il est possible. L'homme ne doit jamais perdre de vue ce qui donne sens à son existence en tant, spécifiquement, qu'existence humaine, qu'existence dans un monde commun qui est un monde humain de part en part.⁷⁶⁷

417. Penser que le Droit comporte une dimension éthique, c'est penser que le Droit qui a pour vocation de réguler des sociétés humaines, est lui-même humain de part en part et qu'il est insensé de le concevoir et plus encore de l'appliquer, en faisant abstraction, en mettant entre parenthèses, en suspendant, ce qui le fait humain, proprement humain, c'est-à-dire les valeurs et d'abord, avec la solidarité, la valeur que l'on peut dire matricielle en ce qu'elle est celle à partir de laquelle toutes les autres peuvent être pensées. Une valeur qui implique une responsabilité de chacun et de tous en toutes circonstances, sans exception. Une conception en opposition frontale à la conception dominante des juristes et notamment des juges, qui considèrent qu'ils ne sont en rien et jamais engagés en tant qu'hommes au titre de leurs actes professionnels, dès lors qu'ils ne débordent pas le cadre professionnel. La seule responsabilité qu'ils puissent encourir dans ce cadre étant d'ordre technique, statutaire, éventuellement déontologique. Une responsabilité professionnelle qui est par contre directement engagée s'ils refusent d'appliquer la loi aux cas qui leurs sont soumis, quelle qu'elle soit et quelles que soient ses conséquences humaines. Et il en va de même pour les scientifiques du droit pour qui il ne saurait être question de refuser de qualifier de droit — de droit positif, c'est-à-dire applicable — une norme (ou un système normatif dans son ensemble), dès lors qu'elle provient de l'autorité qui détient le pouvoir de la produire et de garantir au besoin par la force son application. Il ne saurait être question de la disqualifier en raison des valeurs qu'elle véhicule et des conséquences prévisibles humainement désastreuses de son application.

⁷⁶⁷ Le monde humain est un monde commun. L'homme est un être que l'on peut dire « riche en monde » pour le différencier de tous les autres animaux connus, que l'on peut dire — mais sans aucune intention dépréciative — « pauvres en monde » (selon la formule de Heidegger dans ses *Concepts fondamentaux de la métaphysique*), parce qu'ils sont dans le monde comme milieu clos d'exercice et d'accomplissement pour l'essentiel de leurs instincts ; alors que pour l'Homme, le monde et sa présence au monde sont des questions dont les réponses vont déterminer sa conception du monde. Un monde dont il est en un certain sens la partie et le tout, puisque s'il est dans le monde, le monde est aussi en lui, car que peut être un monde sans une conscience pour le révéler ? Puisque sans nier (s'il n'est pas adepte d'un idéalisme absolu, solipsiste, tel que celui de Berkeley) que « quelque chose » existe en dehors de lui (la « chose en soi » kantienne), il ne peut évidemment rien en connaître. Comme le disait Wittgenstein en avant-propos au *Tractatus logico-philosophicus*, « sur ce dont on ne peut parler, il faut garder le silence ». Autrement dit il n'y a pour l'homme de monde connaissable qu'humain, commun à tous les hommes. Ce qui, malgré l'apparence tautologique de la formule, n'est pas sans signification et sans portée, pour renvoyer les hommes à la fois à la mesure et à la responsabilité.

418. Et il importe peu que le législateur ait acquis le pouvoir par la violence ou par les urnes. Un pouvoir qui peut être éclaté entre diverses instances (président, gouvernement, assemblées) et soumis à une constitution (dont l'origine, la force obligatoire et le maintien sont affaire de circonstances politiques), un pouvoir dont l'action peut être enserrée dans de multiples règles de forme et de fond et relayée par une nombreuse et complexe administration, mais un pouvoir qui, cependant, au tréfonds, de la tribu à l'État moderne, tient son autorité du fait qu'à un moment ou à un autre de l'histoire, renouvelé tout au long de l'histoire, des hommes ont été en situation de pouvoir — de pouvoir imposer leurs vues. Qu'ils l'aient fait et qu'ils le fassent en revendiquant telle ou telle légitimité, est une autre question. Que la force, hier comme aujourd'hui, vienne à manquer, et le pouvoir ne tardera pas à vaciller, et avec lui, ses lois. Autrement dit, le savant du droit positiviste n'est pas le savant d'un objet et d'une discipline autonomes, mais le savant de l'expression normative du pouvoir politique, de la succession de ses représentants, de cette expression, comme le juge qui lui correspond n'est que son agent d'application ; et ce, aussi complexes pour l'un comme pour l'autre, que puissent être leurs fonctions eu égard à la complexité croissante des corpus juridiques dans les sociétés contemporaines.

419. Penser le Droit avec Camus c'est penser, avec la solidarité et la responsabilité qu'elle commande, non pas un droit idéal, mais le droit tel qu'il est réellement et tel qu'il doit être pour être, précisément, un objet et une discipline autonomes (section 1). Et c'est penser, avec le *Juge révolté*, un gardien réel des libertés. Non un gardien conçu, comme c'est le cas sous la cinquième République, en tant que simple autorité dont l'indépendance est placée sous la garantie de l'homme politique le plus puissant de l'État, le président de la République, un gardien qui assure le respect de la liberté individuelle « dans les conditions prévues par la loi », c'est-à-dire par le pouvoir politique en fonction des circonstances politiques, un gardien qui, en présence d'un pouvoir dictatorial en situation de pouvoir prendre des lois liberticides, peut ne plus avoir rien, ou très peu, à garder. Le *Juge révolté* n'est pas un gardien enchaîné au politique mais le gardien d'un Droit solidaire dont la dimension politique de base est doublée d'une dimension éthique qui lui confère son autonomie, un Droit qu'il lui appartient en propre de Dire (section 2).

Section 1. Une conception réaliste et volontaire de la solidarité

420. Pour la plupart des gens, la solidarité est une valeur parmi les autres. Une valeur qu'en général ils déclarent spontanément partager, avec cependant des restrictions qui ont

tendance à se multiplier si la discussion à son propos se prolonge et s'approfondit. Dès lors que l'on passe du registre des idées générales à celui des implications, on en arrive assez rapidement à distinguer entre différents niveaux, différentes natures et différentes formes de solidarités. Certaines sont en général jugées nécessaires ou à tout le moins souhaitables, telles que les solidarités familiales, alors que d'autres, les plus nombreuses, sont considérées comme fonction des personnes et des circonstances. Ainsi des solidarités amicales, sociales, politiques, religieuses et plus largement idéologiques. Peu de gens voient avant toute chose dans la solidarité, en elle-même, une nécessité. Une nécessité qui repose sur le fait, pourtant indubitable, de l'interdépendance vitale des hommes. Mais une nécessité dont, néanmoins, les hommes peuvent ne pas avoir une claire conscience ou ne pas vouloir tenir compte. L'égoïsme, l'individualisme et la compétition peuvent être poussés à l'extrême, dans l'ignorance ou le mépris de ce que ces façons d'être vont à l'encontre de leur intérêt bien compris, indissociablement individuel et social, que la satisfaction qu'ils peuvent en retirer est illusoire. Qu'il est déraisonnable pour les hommes de ne pas faire de leur interdépendance nécessaire, puisque sans les autres ils ne peuvent survivre et développer leurs facultés, la première et non négociable des valeurs. Une valeur dont dépend au final le bien-être de chacun et de tous et aujourd'hui le salut même de l'humanité, puisque le cerveau technicien de l'homme a rendu possible qu'il s'autodétruit directement (guerre atomique générale) ou indirectement (dégradation massive de l'environnement). Une valeur qui se présente comme une sorte d'antidote aux effets délétères d'une « science sans conscience »⁷⁶⁸ (y compris économique et juridique), sélectionné par l'évolution propre à l'espèce humaine (§1). Mais une valeur en laquelle pourtant, le plus grand nombre ne voit toujours pas qu'elle est la condition de la survie et de l'accomplissement de l'humanité (§2).

Paragraphe 1. La solidarité comme donnée de l'évolution propre à l'espèce humaine

421. La solidarité se découvre dans le passage du sentiment de révolte éprouvé dans la solitude contre l'absurdité de la condition humaine à la conscience de ce que cette épreuve et cette condition sont, précisément, humaines, c'est-à-dire partagées par tous les hommes. « Dans la révolte, l'homme se dépasse en autrui et, de ce point de vue, la solidarité humaine est

⁷⁶⁸ Pour employer une formule célèbre qui remonte au 16^{ème} siècle mais qui apparaît plus pertinente que jamais. La formule complète — « Science sans conscience n'est que ruine de l'âme » — est de Rabelais et extraite de la lettre de Gargantua à son fils Pantagruel, François Rabelais, édit. Garnier, chap. VIII, p. 131.

métaphysique »⁷⁶⁹ écrit Camus. Mais elle n'est pas que métaphysique, si l'on entend par là qu'elle est une pure création de l'esprit. Contrairement à Sartre, il a toujours admis l'existence d'une nature humaine⁷⁷⁰, c'est-à-dire d'une essence commune à tous les membres de l'espèce humaine. Une espèce qu'il n'est plus possible aujourd'hui, sérieusement, de penser dans une perspective créationniste ou fixiste, comme créée de toute éternité. Si la formation de Camus est philosophique et littéraire et s'il ne s'est pas intéressé plus qu'en « honnête homme » à la science, contrairement à Sartre qui la critiquait volontiers, il n'a jamais contesté la place éminente qu'elle occupe dans la connaissance du monde et, partant, dans le monde de l'homme. Sa contestation éventuelle ne porte pas sur la science en elle-même, mais sur ses applications possiblement meurtrières⁷⁷¹ et l'implication, dans ces applications, de certains scientifiques. Dans *La Peste*, il met en scène avec le docteur Rieux un homme qui s'en tient modestement aux faits. Des faits contre lesquels Camus s'est toujours gardé de philosopher, recherchant au contraire dans l'expérience le point de départ de sa pensée. L'expérience de l'absurde aussi bien que celle du corps. N'hésitant pas même, à l'occasion, à dénoncer les fausses sciences telles que, avec Raymond Aron, dans les années 1950, celle du pseudo biologiste et charlatan Lyssenko, soutenu par Staline, qui rejetait la génétique jugée bourgeoise au nom d'une prétendue science marxiste et prolétarienne.

422. L'hommage posthume qu'a rendu à Camus l'un des plus grands biologistes du XX^e siècle, Jacques Monod, prix Nobel de physiologie et de médecine, dans son livre majeur *Le hasard et la nécessité*⁷⁷², témoigne de la légitimité de rechercher au soutien de sa pensée et dans l'inspiration de sa pensée — d'une pensée du Droit réaliste —, un fondement factuel au phénomène normatif qui s'est développé sous l'appellation de Droit dans l'aire occidentale et

⁷⁶⁹ OC/HR, T. III, p. 74.

⁷⁷⁰ « L'analyse de la révolte conduit au moins au soupçon qu'il y a une nature humaine, comme le pensaient les Grecs, et contrairement aux postulats de la pensée contemporaine » OC/HR, T. III, p. 73. Allusion faite à Sartre qui dans *L'existentialisme est un humanisme* (édit. Gallimard, folio essais, 1996, p. 49), dénie cette existence.

⁷⁷¹ Ainsi lorsqu'il a dénoncé dans *Combat*, deux jours après la destruction nucléaire d'Hiroshima et la veille de celle de Nagasaki, un meurtre organisé.

⁷⁷² Jacques Monod, *Le hasard et la nécessité, essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, édit. du Seuil, 1970. En exergue, Jacques Monod cite les dernières phrases du Mythe de Sisyphe. Une longue citation en signe, selon Jeanyves Guérin, de reconnaissance de « sa dette à l'égard de Camus ». (DAC, p. 826). Monod comme Camus fustige les philosophies de l'histoire, « dérision de la science sur quoi elle prétend (...) s'appuyer » et pense que « la source de vérité et l'inspiration morale d'un humanisme socialiste réellement scientifique » ne peut être recherchée ailleurs que « dans l'éthique qui fonde la connaissance en faisant d'elle, par libre choix, la valeur suprême, mesure et garant de toutes les autres valeurs » (pp. 194- 195).

singulièrement en France. Dans sa préface, Jacques Monod écrit : « Si l'ambition ultime de la science entière est bien, comme je le crois, d'élucider la relation de l'homme à l'univers, alors il faut reconnaître à la biologie une place centrale puisqu'elle est de toutes les disciplines, celle qui tente d'aller le plus directement au cœur des problèmes qu'il faut avoir résolus avant de pouvoir seulement poser celui de la « nature humaine » en termes autres que métaphysiques. Aussi la biologie est-elle, pour l'homme, la plus signifiante de toutes les sciences ; celle qui a contribué, plus que toute autre sans doute, à la formation de la pensée moderne, profondément bouleversée et définitivement marquée dans tous les domaines : philosophique, religieux et politique, par l'avènement de la théorie de l'Evolution ». ⁷⁷³ Une théorie dans laquelle le Droit a sa place comme adaptation supérieure par rapport à la loi, elle-même adaptation supérieure par rapport au terreau animal commun de l'instinct.

423. La loi a très certainement répondu en premier lieu à un impératif d'ordre dans des ensembles sociaux composés d'individus dont les relations, en raison du haut niveau de leurs capacités cognitives (conscience, raison, langage), a fait qu'elles ne pouvaient plus être réglées par le seul instinct. Un impératif d'ordre auquel il a été répondu par l'imposition de règles efficaces, c'est-à-dire dont le respect peut-être au besoin imposé par la force. La force dont la possession est la condition de l'exercice du pouvoir. Mais un pouvoir qui du fait même des caractéristiques intellectuelles de ses sujets ne peut pas être durablement et exclusivement assuré par la violence. Il faut toujours peu ou prou à ceux qui veulent prendre le pouvoir ou le conserver, trouver, sincèrement ou non, des justifications à donner à ceux sur lesquels ils entendent l'exercer. Ce en quoi consiste au premier degré la politique. La politique, et la loi qui en est l'expression, répondent ainsi à une nécessité. Car si les hommes peuvent concevoir de multiples façons leurs sociétés, ce qu'ils ne peuvent faire, c'est vivre en dehors de toute société puisqu'ils appartiennent à une espèce sociale et que, comme pour tous les animaux sociaux, leur sociabilité est une détermination de leur être sur laquelle leur volonté n'a aucune prise. Ils peuvent être égoïstes, égotiques, misanthropes, individualistes forcenés, ils n'en sont pas moins sociaux, pas moins et même peut-être plus encore, lorsqu'ils déploient leurs vains efforts pour échapper à la nature commune. On peut, comme Alceste, concevoir pour la nature humaine « une effroyable haine », déclarer que cette haine est générale, que l'on hait tous les hommes sans exception, on n'en demeure pas moins homme indissociablement lié à tous les hommes.

⁷⁷³ Jacques Monod, *op. cit.*, p. 11

424. Les hommes ne choisissent pas de vivre en société et leur existence, de leur conception à leur mort, est de part en part sociale. Ils naissent et grandissent parmi leurs semblables. Abandonnés dans les premiers temps de leur existence, ils meurent. On sait que « Victor de l'Aveyron », confié au docteur Jean Itard, s'est révélé être un enfant abandonné probablement à l'âge de deux ans, mais qui a survécu par ce qu'il a vécu dans un environnement humain, à l'instar de tous les autres enfants prétendument « sauvages ». Sans cependant, pouvoir se développer physiquement et mentalement, le docteur Itard notant à cet égard : « l'homme en tant qu'homme, avant l'éducation, n'est qu'une simple éventualité, c'est-à-dire moins même qu'une espérance ». ⁷⁷⁴ L'éducation indispensable au développement de toutes les facultés humaines et de la culture, passe par l'acquisition du langage qui lui avait cruellement fait défaut. Le langage sans lequel il ne peut y avoir de pensée. « C'est dans les mots que nous pensons » écrit Hegel. ⁷⁷⁵ Le langage est le produit de la société et la présence de la société dans toute pensée. Une société dont aucun homme qui pense ne peut s'extraire. ⁷⁷⁶

425. Il est bien entendu toujours possible à un homme, au cours de sa vie, de préférer vivre à l'écart de ses semblables, en ermite, au milieu du plus vaste désert, de la forêt la plus profonde, dans un refuge de montagne inaccessible ou sur un bateau au milieu de l'océan, mais c'est évidemment, une toute autre question. Dès l'antiquité, Aristote avait relevé, ce qu'il tenait pour un simple constat, que la société humaine n'est pas moins naturelle que celle des autres sociétés animales. ⁷⁷⁷ Pas moins inscrite, en termes actuels, dans le patrimoine génétique de ses

⁷⁷⁴ Mais le docteur Itard note aussi, ce qui vient conforter l'idée d'un profond ancrage de la sensibilité humaine à l'injustice et, partant, de la revendication d'un droit opposé à l'arbitraire, la réaction violente de « l'enfant sauvage » (il l'avait mordu) à une injustice qu'il avait commise volontairement pour l'éprouver : « C'était un acte de vengeance bien légitime ; c'était une preuve incontestable que le sentiment du juste et de l'injuste, cette base éternelle de l'ordre social, n'était plus étranger au cœur de mon élève. En lui donnant ce sentiment, ou plutôt en provoquant le développement, je venais d'élever l'homme sauvage à toute la hauteur de l'homme moral, par le plus tranché de ses caractères et la plus noble de ses attributions. » *Rapport sur les nouveaux développements de Victor de l'Aveyron*, Bibliothèque 10/18, Paris, 2002, LII.

⁷⁷⁵ Hegel, *Encyclopédie*, III, *philosophie de l'esprit*, § 462.

⁷⁷⁶ « Il [l'homme] ne le pourrait pas, même s'il le voulait, écrit ainsi Bergson, parce que sa mémoire et son imagination vivent de ce que la société a mis en elle, parce que l'âme de la société est immanente au langage qu'il parle, et que, même si personne n'est là, même s'il ne fait que penser, il se parle encore à lui-même. En vain on essaie de se représenter un individu dégagé de toute vie sociale ». « Chacun de nous appartient à la société autant qu'à lui-même ». Henri Bergson, *Œuvres*, édition du centenaire, P.U.F., 4^e édit. 1984, *Les deux sources de la morale et de la religion*, p. 987-988. Et Bergson illustre son propos par le rappel à la suite du « garde forestier dont parle Kipling, seul dans sa maisonnette au milieu d'une forêt de l'Inde. Tous les soirs il se met en habit noir pour dîner, « afin de ne pas perdre, dans son isolement, le respect de lui-même. », *Ibid.* On pourrait bien entendu citer dans le même sens le célèbre roman de Daniel Defoe Robinson Crusoe et toute la littérature qui s'en est inspirée.

⁷⁷⁷ Si « toute cité est naturelle c'est parce que les communautés antérieures dont elle procède le sont aussi. [...] Il est manifeste, à partir de cela, que la cité fait partie des choses naturelles, et que l'homme est par nature un animal

membres, et donc pas moins que toute autre, le produit de l'évolution et de la sélection naturelle. Mais de la sélection de la coopération et non de l'élimination des plus faibles, comme certains l'ont soutenu en se référant plus ou moins directement à Darwin en déformant, détournant et trahissant sa pensée. C'est ainsi qu'ont été conçues toutes sortes de théories affligeantes telles que le « darwinisme social » et qu'ont été parfois justifiés l'eugénisme, l'esclavagisme et le credo capitaliste de la pseudo libre concurrence.

426. Or, ainsi que l'explique Patrick Tort, « non seulement Darwin s'est opposé dans sa vie, par un engagement personnel, à chacune de ces attitudes, mais il a donné dans la partie anthropologique de son œuvre (tout d'abord et en particulier dans *La filiation de l'Homme*, de 1871) les meilleurs arguments théoriques pour les combattre. Darwin — le théoricien par excellence de la « guerre de la nature » — fût en effet, à l'étage de l'évolution de l'homme et des sociétés humaines, non seulement un penseur de la civilisation et de la paix, mais le plus convaincant des généalogistes de la morale, étendant le matérialisme naturaliste de l'explication phylogénétique au traitement de ce que la religion et l'Église ont toujours inscrit au registre de l'obligation transcendante ». ⁷⁷⁸ Ainsi le « geste théorique central » chez Darwin, s'agissant de l'homme, a-t-il consisté « à mettre en place le concept de civilisation comme inversion progressive de l'ordre sélectif primitivement fondé sur l'élimination. (...) L'avantage sélectif qui a décidé en dernier ressort de la suprématie de l'espèce humaine réside (donc) dans le mode de vie communautaire, dans l'intelligence qui le permet et qu'il favorise en retour, et dans les conduites et sentiments (aide mutuelle, sympathie) avec lesquels il se construit ». ⁷⁷⁹ Et de nombreux et récents travaux scientifiques vont dans le même sens en le creusant et en l'élargissant. Ainsi du livre transdisciplinaire récent de Pablo Servigne et Gauthier Chapelle intitulé significativement *L'entraide L'autre loi de la jungle*, dans lequel ils montrent, après Kropotkine auquel ils font explicitement référence (qui avait lui-même écrit dès 1902 un essai intitulé *L'entraide, un facteur de l'évolution*), qu'« Un examen attentif de l'éventail du vivant révèle que, de tout temps, les animaux, les plantes, les champignons et les micro-organismes — et même les économistes ! — ont pratiqué l'entraide » et que « ceux qui survivent le mieux

politique, et que celui qui est hors de la cité, naturellement bien sûr, et non par hasard, est soit un être dégradé, soit un être surhumain. » : Aristote, *La politique*, traduction Jean Tricot, I, 2. « Politique » n'étant pas à entendre au sens moderne, mais au sens de l'appartenance à une cité.

⁷⁷⁸ P. Tort, *L'effet Darwin, Sélection naturelle et naissance de la civilisation*, Edit. du Seuil, 2008, p. 7-8.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 31 et 54.

aux conditions difficiles ne sont pas forcément les plus forts, mais ceux qui s'entraident le plus ». ⁷⁸⁰

Commentaire. Comme le relève François Noudelmann, l'importance accordée au corps par Camus dans son œuvre (et dans sa vie) « ne se limite pas à un tempérament ou à un choix littéraire. Elle implique une question philosophique, même si elle n'est pas formulée en tant que telle : le corps est en effet au centre de la pensée existentialiste (...) qui veut dépasser l'opposition entre idéalisme et matérialisme en partant du corps comme incarnation de la conscience dans le monde. Le corps n'est pas ce que j'ai, mais ce que je suis. » ⁷⁸¹ Il est entendu que si « l'appréhension philosophique du corps par Camus ne se limite pas à la description phénoménologique » ⁷⁸², elle ne va pas pour autant jusqu'à intégrer directement des données scientifiques ; mais sa « saisie esthétique de l'appartenance charnelle des êtres à un cosmos sans dieu », n'exclut cependant nullement la prise en compte de ces données (comme on l'a vu avec J. Monod). Autrement dit il n'est pas illégitime, lorsqu'on se réclame de la pensée de Camus, de recourir à des propositions ou à tout le moins à des hypothèses en provenance de la science. Camus n'est ni idéaliste, ni matérialiste bien que sa pensée se situe sur un strict plan d'immanence. Elle exclut toute forme de dualisme ontologique sans pour autant pouvoir être rangée sans nuance du côté du monisme spinoziste même si, comme on l'a vu précédemment, de nombreux recoupements (inaperçus par Camus qui n'avait qu'une connaissance superficielle du philosophe de La Haye) sont possibles entre les deux philosophes. Bien que la pensée de Camus soit moniste, on ne voit pas bien comment faire entrer dans sa pensée existentielle, l'assimilation spinoziste de la nature à Dieu (*Deus sive Natura*), même si dans cette assimilation il est possible de voir l'expression d'un athéisme que son auteur, à son époque, ne pouvait explicitement exprimer. ⁷⁸³ Par contre, un rapprochement

⁷⁸⁰ Pablo Servigne et Gauthier Chapelle, *L'entraide L'autre loi de la jungle*, édit. Les Liens qui Libèrent, 2017. Présentation du livre par l'éditeur. « Aujourd'hui, les lignes bougent. Un nombre croissant de nouveaux mouvements, auteurs ou modes d'organisation battent en brèche cette vision biaisée du monde et font revivre des mots jugés désuets comme « altruisme », « coopération », « solidarité » ou « bonté ». Notre époque redécouvre avec émerveillement que dans cette fameuse jungle il flotte aussi un entêtant parfum d'entraide... ». *Ibid.*

⁷⁸¹ DAC, p. 180.

⁷⁸² (3) *Ibid.*

⁷⁸³ Pour Jean Daniel si l'« on peut (...) observer une dimension spinoziste dans le rapport que Camus entretenait avec la nature et qui le conduisait à suivre le conseil que Gide donne à son Nathanaël dans *Les nourritures terrestres* : ne pas chercher Dieu ailleurs que partout », pour autant rien ne permet d'imaginer chez Camus un saut depuis le sens du sacré jusqu'au consentement au divin. » : Jean Daniel, *Avec Camus Comment résister à l'air du temps*, édit. Gallimard, 2006, p. 25.

(parmi d'autres) est possible sur le terrain du déterminisme entre les deux philosophes, puisque la pensée existentielle de Camus admet, avec la nature humaine, le jeu d'un certain déterminisme.⁷⁸⁴ Un déterminisme que la science avec la génétique et l'épigénétique (cf. n° 31) notamment, est en mesure d'éclairer d'une manière de plus en plus profonde et nuancée.

Paragraphe 2. La solidarité, condition de la survie et de l'accomplissement de l'humanité

427. De ce qui précède, on peut tirer comme conclusion que l'approche métaphysique rejoint l'approche évolutionniste ou peut-être, plus exactement, que la première conduit, sous la médiation de la nature humaine, à la reconnaissance, avec la solidarité, d'une caractéristique vitale de l'espèce humaine. Dont l'ignorance peut être mortelle. En effet, à défaut de comprendre sa nécessité et d'en tirer toutes les conséquences, le risque encouru aujourd'hui par l'humanité, du fait d'un individualisme générateur d'inégalités croissantes à l'intérieur comme entre les pays, de la poursuite d'une exploitation jusqu'à l'épuisement des ressources naturelles au service d'une croissance indéfinie aux conséquences climatiques calamiteuses, n'est autre à moyen ou long terme que sa pure et simple disparition. Chez Camus, la solidarité est d'abord spontanée et de l'ordre de l'expérience, puis réfléchie et érigée au rang de première valeur. Une première valeur dont l'exigence est présente dans toutes ses activités, notamment théâtrales et journalistiques, à « Alger, par exemple en faveur des républicains espagnols en lutte, du peuple Kabyle miséreux et des accusés arabes devant les tribunaux coloniaux »⁷⁸⁵, puis au cours de la Résistance qu'il évoque comme « école de la solidarité ». ⁷⁸⁶ Dans un article publié dans *Combat* le 1^{er} octobre 1944, il exprime avec force sa conviction : « Nous ne croyons pas au réalisme politique. Le mensonge, même bien intentionné, est ce qui sépare les hommes, ce qui les rejette à la plus vaine des solitudes. Nous croyons au contraire que les hommes ne sont pas seuls et qu'en face d'une condition ennemie,

⁷⁸⁴ « Chez Spinoza, la mise en évidence de l'enchaînement rigoureux des causes et des effets n'est pas destinée à humilier l'être humain en annulant son pouvoir ou en dénonçant ses illusions. » Chez lui « Le déterminisme (...) n'est ni une prédestination ni un destin, il n'est pas non plus une impuissance et un renoncement. (...) C'est le contraire qui est vrai. En effet, le propos de Spinoza est de lutter contre la servitude des passions afin de construire une éthique de l'« homme libre » (selon l'expression fréquente d'*Éthique* IV), Robert Misrahi, *op. cit.*, p.130.

⁷⁸⁵ DAC, p. 848. L'adjectif « solidaire » apparaît dans son œuvre d'écrivain pour la première fois dans *Jonas ou l'artiste au travail* qui fait partie de *L'Exil et le Royaume* ; un texte largement autobiographique qui s'achève par ces mots : « Rateau (l'ami de Jonas) regardait la toile, entièrement blanche, au centre de laquelle Jonas avait seulement écrit, en très petits caractères, un mot qu'on pouvait déchiffrer, mais dont on ne savait s'il fallait y lire solitaire ou solidaire » : OC/ER, T. IV, p. 83.

⁷⁸⁶ OC/ER, T. IV, p. 83.

leur solidarité est totale. Est juste et libre tout ce qui sert cette solidarité et renforce cette communion, tout ce qui par conséquent touche à la sincérité. Voilà pourquoi nous pensons que la révolution politique ne peut se passer d'une révolution morale qui la double et lui donne sa vraie dimension. »⁷⁸⁷ Et que nous pensons, dans le cadre de cette thèse, que la sauvegarde de l'humanité passe, aussi, par une révolution juridique.

428. L'essentiel est dit dans le texte susvisé. L'homme n'a d'avenir que s'il prend conscience de ce que la solidarité est sa chance, la condition de son salut, ce qui donne sens et valeur à son existence ; autrement dit, la valeur matricielle de toutes les valeurs qui le font humain et le seul antidote efficace aux dangers majeurs que lui font encourir ses capacités cognitives inédites dans l'univers connu, mises au service du meilleur comme du pire (les armes de destruction massive et la dévastation écologique de la planète). Aussi est-ce raisonnablement, résolument et sincèrement, vers la solidarité que devraient converger toutes les actions, intérieures comme extérieures, des politiques. Or s'ils emploient volontiers le mot dans leurs discours, en particulier en démocratie où il est difficile de reconnaître qu'une loi n'est pas profitable à tous, force est de constater qu'il n'en est rien trop souvent dans les faits.⁷⁸⁸ Descartes dans le *Discours de la méthode*, notait que si « Le bon sens [c'est-à-dire la raison] est la chose du monde la mieux partagée », c'est-à-dire si elle est commune à tous les hommes, l'usage qui en est fait est souvent mauvais comme l'histoire ne cesse de le démontrer et il ne faut pas trop présumer de la possibilité que, par la seule force de persuasion de ses arguments, elle prenne le dessus. Pour Camus, il s'agit de se garder autant du rationalisme absolu que de l'irrationalisme et de s'efforcer, dans chaque situation concrète, de trouver la voie la meilleure ou la moins préjudiciable, « de faire « un effort de raison » pour essayer de « justifier en raison » ses choix. À défaut de certitude, il convient en effet d'être « raisonnable », c'est-à-dire

⁷⁸⁷ OC/AP, T. II, p. 540. On peut observer en ce qui concerne le « réalisme politique », qu'il sert le plus souvent à dissimuler une certaine médiocrité des hommes politiques, notamment leur absence de convictions et la poursuite d'intérêts plus ou moins partisans à court terme (en particulier électoraux) au détriment de l'intérêt général à moyen et long terme.

⁷⁸⁸ C'est ainsi par exemple qu'en France, malgré de nombreuses lois censées lutter efficacement contre les inégalités, l'ONG OXFAM dans une lettre/pétition adressée au Président de la République peut écrire que « Alors que le nombre de milliardaires dans le monde a connu en 2019 sa plus forte hausse de l'Histoire, partout les écarts de richesses se creusent. Et la France n'échappe pas au fléau des inégalités. Les 10 % des Français-es les plus riches détiennent plus de la moitié des richesses nationales quand les 50 % les plus pauvres se partagent seulement 5 % du gâteau. L'explosion des inégalités constitue un des défis majeurs de ce début de 21ème siècle. Cette injustice menace les sociétés et les économies, et doit être combattue de toute urgence par les gouvernements. » Site web de d'OXFAM France, association loi de 1901 reconnue d'utilité publique générale, membre de la confédération OXFAM (« Oxford Committee for Relief Famine »), qui est une organisation internationale de lutte contre la pauvreté.

d'accepter que les vérités ne soient atteintes que par approximation ». ⁷⁸⁹ Ce qui vaut évidemment pour un *Juge révolté*.

429. La justification la plus répandue chez les élites d'aujourd'hui, en marge de la scène publique, de la distorsion entre leurs discours de progrès et la réalité des inégalités croissantes, censée être réaliste, repose, au-delà de diverses sophistications théoriques, sur une intenable et pour tenant tenace, croyance : la croyance en l'existence d'une société composée d'individus juxtaposés et naturellement enclins à poursuivre leurs intérêts personnels de toutes sortes en tous domaines (mais toujours financièrement évaluables) et pour cela à se livrer à une concurrence sans limites tous azimuts où le meilleur (c'est-à-dire le plus puissant) gagne et ramasse la mise ; mais au final pour le plus grand bien de tous. Une situation qu'illustre la fable du « ruissellement » dont l'inanité a été encore récemment démontrée, notamment, par Thomas Piketty et Arnaud Parienty. ⁷⁹⁰ La « révolution raisonnable » ⁷⁹¹ appelée de ses vœux par Camus, consiste à prendre enfin en considération, avec la solidarité, la réalité factuelle et existentielle de l'humanité, la réalité de l'interconnexion et de l'interdépendance totale des hommes, la réalité de ce qui donne sens et valeur à l'existence humaine, la réalité de ce que signifie être humain et se comporter en être humain. Une « révolution raisonnable » à laquelle appelle, dans le domaine du Droit, avec la reconnaissance de sa dimension éthique, la présente thèse.

430. *Penser le Droit avec Camus*, c'est-à-dire penser le Droit à partir d'une conception réaliste de la société humaine, exclut de se référer comme le font encore de nombreux théoriciens du droit aujourd'hui, aux théories du contrat social. Il est entendu que ces théories reposent sur des fictions, mais des fictions dangereuses en ce qu'elles vont à l'encontre de la réalité. On peut trouver ces fictions « commodes » en ce qu'elles permettent « de penser l'homme indépendamment de la société ou la société en elle-même, indépendamment de l'homme (...) une sorte d'utopie rationnelle dont le but n'est pas de nier la société ou de la combattre, mais de la mieux comprendre dans ses caractères essentiels ». ⁷⁹² Mais on ne voit

⁷⁸⁹ DAC, p. 737.

⁷⁹⁰ Thomas Piketty et Arnaud Parienty, *Le mythe de la « théorie du ruissellement »*, édit. La découverte, 2018.

⁷⁹¹ « Révolution » en ce que l'objectif est de changer radicalement de cap, mais « raisonnable » (cf. le n° précédent) en l'absence de toute croyance en la possibilité que cet objectif puisse être atteint d'un bloc et définitivement. La conviction est en fait contraire : il s'agit de poursuivre cet objectif en sachant que la tâche est probablement sans fin, que le progrès est possible mais jamais complet, ne serait-ce que parce que sa notion même doit être toujours réactualisée.

⁷⁹² Julien Freund, *L'essence du politique*, édit. Sirey, 1965, p. 29.

pas comment on pourrait y parvenir en faisant comme s'il était du pouvoir de l'homme d'adhérer ou non à la société ? Comme si l'adhésion à la société pouvait procéder d'un choix, exprimer une volonté. Comme si la société était en quelque manière extérieure à l'homme, alors qu'elle est en lui-même. L'homme est impensable en dehors de la société et réciproquement.⁷⁹³ Penser avec Camus, c'est penser qu'il ne faut pas donner à l'homme l'illusion d'un pouvoir qu'il n'a pas. Une illusion qui peut s'avérer mortifère en ce qu'elle le place d'emblée dans un monde artificiel où tout procède de lui. Où il se pose en « maître et possesseur de la nature » dont il peut user ou s'affranchir à loisir, où il peut nier toute nature humaine, toute essence qui précéderait son existence, où l'exercice de sa volonté, de sa liberté, est conçu sans limite, sans frein.

431. Chez Camus, « l'attention au naturel précède les ambitions culturelles (...) L'œuvre naît donc dans un second temps, quand l'écrivain écoute et se fait le messager de ce que la nature dit à travers lui, ce « chant de la terre »⁷⁹⁴ ; de la terre humaine qui « se vit sans frontières, sans discours et sans mythologie, patriotique ou autre. »⁷⁹⁵ En empruntant librement les termes à l'ontologie spinoziste (on y revient), on pourrait dire que l'homme est un mode de la substance dont la sociabilité est l'un des attributs, c'est-à-dire l'un de ses aspects réels essentiels, dont l'ignorance équivaut à ignorer l'homme. Une sociabilité qui est, en termes scientifiques actuels, le produit d'une « évolution biologique (...) basée sur un processus de

⁷⁹³ Une certitude que réaffirme avec force le grand psychologue, primatologue et éthologue Frans de Waal : « Il semble que soit omniprésente dans la théorie du contrat social, et partant, dans l'ensemble de la civilisation occidentale, l'idée que l'homme serait une créature asociale, voire mauvaise, plutôt que le *zoon politikon*, l'« animal politique » qu'Aristote voyait en nous. Hobbes a explicitement rejeté la position aristotélicienne en décrivant nos ancêtres comme des êtres autonomes et prompts au combat, n'ayant adopté une vie communautaire que lorsque le coût des conflits fut devenu intolérable. D'après Hobbes, nous n'avons jamais été naturellement disposés à la vie sociale : nous n'y aurions eu recours qu'à contrecœur et « seulement [par] par convention, ce qui est artificiel » (Hobbes 1651, trad. Fr., p. 287). Plus près de nous John Rawls (1971) a proposé une version modérée de cette même thèse, précisant que l'humanité a adopté une socialité reposant sur des considérations d'équité, à savoir la perspective d'une coopération entre égaux au bénéfice de chacun. Cette conception de l'origine d'une société bien ordonnée est aujourd'hui encore très répandue, bien que l'idée sous-jacente d'une décision rationnelle prise par des créatures fondamentalement asociales soit intenable au vu de ce que nous savons de l'évolution de notre espèce. Hobbes et Rawls donnent de la société humaine l'image illusoire d'un arrangement volontairement consenti par des agents libres et égaux s'auto-imposant un certain nombre de règles. Il est cependant impossible d'indiquer le moment où nous serions devenus sociaux, car cette charnière n'existe pas : descendants d'ancêtres extrêmement sociaux, inscrits dans une longue lignée de singes et d'anthropoïdes, nous avons toujours vécu en groupe. Il n'y a jamais eu d'individus indépendants, libres et égaux. » : Frans de Waal, *Primates et philosophes*, édité. Le Pommier, 2020, p. 24. Il va de soi qu'il n'est pas plus pertinent de penser un avant du contrat, un « état de nature » idyllique où l'homme aurait vécu en dehors de tout conflit, à la manière de Rousseau.

⁷⁹⁴ Arnaud Corbic, *Camus, L'absurde, la révolte, l'amour*, Les éditions de l'Atelier, 2003, p. 133.

⁷⁹⁵ *Ibid.*

sélection naturelle aléatoire »⁷⁹⁶ dont la certitude interdit de faire de l'humanité une espèce sans lien avec l'ensemble des autres espèces et singulièrement avec les primates, sans lien avec la nature dont elle participe évidemment ; mais un processus qui, tout aussi évidemment, n'interdit nullement d'invoquer, avec Camus, l'existence d'une « nature humaine » dont l'éthique de la solidarité est l'une des caractéristiques essentielles. Une caractéristique dont les racines plongent dans les profondeurs de l'évolution⁷⁹⁷, mais qui, grâce au degré inédit de conscience et de compréhension que peut en avoir l'homme — que peut avoir l'Homme de sa nécessité vitale —, peut être et doit être intégrée pour la sauvegarde de l'humanité, dans la conception même de la normativité du Droit, au sens de ce qui le définit en tant que Droit par opposition à tout autre système normatif applicable au sein de la société. On voit qu'avec Camus, la pensée du Droit n'est pas tournée vers le passé mais qu'elle est au contraire d'actualité et d'avenir. Que c'est une pensée située dans un rapport à la nature qui ouvre, en quelque sorte par anticipation, sur l'écologie en général et le rapport au vivant non humain en particulier, qui font partie des grands débats d'aujourd'hui et de demain, dont les juristes ne sauraient se désintéresser.⁷⁹⁸

432. Mais il n'est bien entendu nullement assuré que l'homme parviendra, avant qu'il ne soit trop tard, à réaliser qu'il lui faut prendre en quelque façon le relais de l'évolution en s'appropriant et développant volontairement l'éthique de la solidarité qu'elle a aléatoirement sélectionné. Qu'il en va de sa survie. Qu'il lui faut rompre avec son « insociable sociabilité »⁷⁹⁹ sans doute explicable par le fait que, pour naturelle qu'elle soit, la solidarité ne s'impose pas à lui comme le ferait un instinct. L'instinct hérité de sa généalogie animale l'incline plutôt à s'abandonner à la facilité de la « loi du plus fort », celle de la clôture sur soi, de l'isolement dans l'individualité. On a précédemment évoqué l'épigénétique qui permet de mieux comprendre que si l'homme comme tout être vivant est doté d'un patrimoine génétique, celui-ci ne constitue pour lui qu'une contrainte relative. Et loin d'être attentif avec la solidarité au trait fondamental, spécifique, de sa sociabilité qui concilie la nécessité et la liberté, il peut

⁷⁹⁶ Frans de Waal, *op. cit.*, introduction de Josiah Ober et Stephen Macedo, p. 7-8.

⁷⁹⁷ « Si les comportements humains manifestent un degré de bonté plus développé que les comportements non humains, de Waal nous invite néanmoins à considérer la moralité non humaine, plus simple, comme le *fondement*, au sens profond, d'une moralité humaine plus complexe. » : *Ibid.*, p. 11.

⁷⁹⁸ On a vu et on verra encore plus loin que l'actualité de Camus pour tous, mais en particulier pour les politiques et les juristes, est générale. Ainsi entre autres en matière de terrorisme et d'immigration.

⁷⁹⁹ Selon la célèbre formule de Kant dans *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolite* (1784).

s'égarer sur des chemins qui ne mènent nulle part, sinon à la guerre de tous contre tous dont l'idéologie de la concurrence économique et commerciale généralisée est l'un des avatars. Il peut ignorer que ce qui lui permet non seulement de survivre, mais de se développer — de développer toutes les facultés qui lui sont propres ou en tout cas inégalées dans le monde connu : sa conscience, son intelligence, sa créativité —, c'est la communauté humaine. Une ignorance responsable de catastrophes humaines et écologiques de plus en plus massives qui, aujourd'hui, rend même l'avenir de l'espèce humaine entière incertain. Des catastrophes sur lesquelles les juristes partisans de la neutralité axiologique n'ont rien à dire en tant que juristes, que ce soit en amont ou en aval de leur réalisation, pour la part qu'ont pu y prendre les lois.

433. Pour stopper les effets funestes de l'insolidarité ⁸⁰⁰ on ne peut qu'espérer en une révolte, un sursaut de la conscience ⁸⁰¹, à tous les niveaux de la société, dont Camus avec la *révolte solidaire*, a fourni un modèle. Une révolte suscitée par l'injustice faite à l'autre qui s'éprouve comme injustice faite à soi-même. « J'ai besoin d'autrui pour saisir à plein toutes les structures de mon être » ⁸⁰² observe Sartre. Et c'est en effet en éprouvant au plus profond de moi le scandale de l'injustice qu'on lui fait subir et que l'on me fait subir à travers lui, que je peux prendre authentiquement et pleinement conscience de cette nécessité, et entreprendre une réflexion sur ses implications sociales au sens large, suivie d'une action résiliente ⁸⁰³ : une action qui vise à la plus ample réduction possible des effets de plus en plus ravageurs de l'ignorance de la totale interdépendance des hommes, de l'ignorance aujourd'hui de « la portée

⁸⁰⁰ Un terme emprunté à Pierre Joseph Proudhon : « Pour qui considère nos habitudes de licence, nos goûts de calomnie, notre esprit d'insolidarité, notre insouciance du bien public » : *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, I, 98.

⁸⁰¹ Pour Camus, « tout commence par la conscience et rien ne vaut que par elle. » OC/MS, T. I, p. 228. les événements susceptibles de provoquer la prise de conscience en question peuvent être multiples sans être nécessairement extraordinaires considérés de l'extérieur. Ainsi « Le sentiment de l'absurdité [qui va provoquer une crise existentielle peut survenir] au détour de n'importe quelle rue peut frapper à la face de n'importe quel homme. » : OC/MS, T. I, p. 226.

⁸⁰² Jean-Paul Sartre, *L'être et le néant*, édit. Gallimard, 1943, p. 260. « L'être pour autrui est un fait constant de ma réalité humaine et je le saisis avec sa nécessité de fait dans la moindre pensée que je forme sur moi-même. Où que j'aïlle, quoi que je fasse, je ne fais que changer mes distances à autrui-objet, qu'emprunter des routes vers autrui. » Ibid., p. 319. Plus poétiquement dit avec Paul Eluard : « Nous avons inventé autrui Comme autrui nous a inventé Nous avons besoin l'un de l'autre. » : Paul Eluard, *Œuvres complètes*, Préface et chronologie, édit. Gallimard, 1968.

⁸⁰³ La résilience qui est un terme développé et popularisé par Boris Cyrulnik, peut se définir comme la capacité « à vivre, à réussir, à se développer en dépit de l'adversité » Cours de l'IFSI (Institut de Formation en Soins Infirmiers)/ cours ESI sur internet, publication du 22 avril 2017. *Penser le Droit avec Camus*, c'est faire preuve avec l'affirmation de la dimension éthique du Droit et de l'office du Juge, d'une certaine résilience dans un monde du droit professionnel qui exclut l'éthique.

mondiale universelle de ce qui advient à la nature, aux sociétés humaines, au lien social lui-même, et finalement à chacun d'entre nous au-delà des conditions diverses qui nous distinguent, voire nous séparent dans un premier temps. »⁸⁰⁴

434. C'est l'ignorance, enfin, de ce que l'homme, dont l'apparition sur la terre est récente⁸⁰⁵, ne peut espérer s'y maintenir que s'il se révèle capable de répondre à l'antique invitation à devenir ce qu'il est.⁸⁰⁶ Non pas ce qu'il est en tant qu'individu, que « moi », mais en tant qu'être humain, c'est-à-dire en tant qu'être-ensemble. Capable de comprendre que la seule question urgente est éthique. Déjà Jean-Jacques Rousseau dans son *Discours sur les sciences et les arts* (1750), avait en son temps constaté qu'il n'y a pas de lien entre le développement des sciences et des arts et le développement de l'humanité en l'homme. Le premier se poursuit sans interruption de façon exponentielle, alors que les conflits meurtriers incessants dont les médias font au jour le jour la chronique, conduisent pour le moins à douter de la réalité, même modeste, du second et font craindre que le « décrochage » ne soit finalement sans remède, que l'homme autrement dit ne rate le rendez-vous éthique que l'évolution avait pris pour lui avec lui-même.

Commentaire. On cite très souvent en l'attribuant à Malraux la fameuse phrase : « le XXI^e siècle sera religieux [ou spirituel, ou mystique] ou ne sera pas ». Lors d'une interview du Point du 10 décembre 1975, l'écrivain a précisé sa pensée : « On m'a fait dire que le XXI^e siècle sera religieux. Je n'ai jamais dit cela, bien entendu, car je n'en sais rien. Ce que je dis est plus incertain. Je n'exclus pas la possibilité d'un événement spirituel à l'échelle planétaire ». Au vu des ravages causés par les divers fanatismes religieux depuis des décennies, avec leurs prolongements terroristes, le seul « événement spirituel à l'échelle planétaire » que l'on puisse raisonnablement espérer, humaniste — mais le religieux n'a pas le monopole de la spiritualité —, est à rechercher dans la fédération de tous les mouvements solidaires, dans tous les domaines. Il ne s'agit pas de prôner une nouvelle religion laïque de l'humanité, à la manière ou

⁸⁰⁴ H. Pena-Ruiz, *La solidarité, une urgence de toujours*, édit. Rue des écoles Agora éducation, 2010, p. 34.

⁸⁰⁵ L'apparition d'homo sapiens-sapiens représente 0,0013% de la durée d'existence de l'univers.

⁸⁰⁶ Les deux impératifs classiques du « connais-toi toi-même » et du « deviens ce que tu es », sont évidemment envisagés d'un point de vue qui, sans nécessairement faire abstraction du « moi », visent avant tout la connaissance du commun en soi-même. Deux impératifs qui ont l'âge de la philosophie et se retrouvent avec des sens divers dans des traditions philosophiques parfois opposées. On y compte ainsi, Pindare, Platon et l'inscription sur le fronton du Temple de Delphes, Saint Augustin, Montaigne, Spinoza, Pascal, Nietzsche et tant d'autres.

non d'Auguste Comte, mais de promouvoir une solidarité qui est à la fois constitutive (en tant qu'elle participe de la nature humaine) et ce vers quoi chacun doit tendre pour assurer le salut⁸⁰⁷ commun. Pour un juriste, prendre part à ce mouvement consiste d'abord à penser la solidarité dans le Droit.

Section 2. Un Juge révolté gardien d'un Droit solidaire

435. La liberté est le plus souvent présentée comme la première valeur. On a vu que pour nous, dans l'inspiration de Camus, la première des valeurs, la valeur matricielle, celle à partir de laquelle les autres valeurs telles que la liberté et l'égalité prennent tout leur sens, c'est la solidarité. Sans la solidarité, la liberté devient l'affaire de chacun, isolément, et ne tarde pas à rencontrer la liberté concurrente des autres. La liberté est abandonnée à la « passion purement individuelle visant au bonheur ou à la domination égoïstes ».⁸⁰⁸ Une fausse liberté que Camus a mis à plusieurs reprises en scène. La liberté ne se conçoit pas sans « l'accord avec les êtres et le monde dans le présent ».⁸⁰⁹ La liberté dont le *Juge révolté* est le gardien, c'est cette liberté indissociable de la solidarité sur laquelle est fondée la dimension éthique du Droit (§1). Un *Juge révolté* gardien, avec le Droit, d'une liberté à hauteur d'homme (§2), c'est-à-dire nécessairement contrainte par la liberté des autres, opposée à la démesure égotique, à l'illimitation des désirs, au « tout est permis » nihiliste. Dans *L'Homme révolté*, Camus note : « La liberté absolue raille la justice. La justice absolue nie la liberté. »⁸¹⁰ Dans les deux cas, ce qui est omis, c'est la limite (et donc les compromis) qu'impose à tous les excès la solidarité.

Paragraphe 1. Le Juge gardien d'une liberté indissociable de la solidarité

436. Ainsi qu'on l'a déjà noté, si l'article 66 alinéa 2 de la Constitution de 1958 dispose que « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi », c'est uniquement pour, à la fois, maintenir l'apparence

⁸⁰⁷ Le salut qui « est la liberté (...), une délivrance, une sortie hors de la servitude » : R. Misrahi, *100 mots sur l'Éthique de Spinoza*, édit. Les empêcheurs de tourner en rond, 2005, p. 347. Un salut purement humain, trouvé ici-bas.

⁸⁰⁸ DAC, p. 483.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 484.

⁸¹⁰ OC/HR, T. III, p. 311.

dans l'ambiguïté du terme « autorité », d'un pouvoir des juges — une apparence sans laquelle les discours des politiques sur la démocratie et l'État de droit sont difficilement audibles — et dans la réalité, les maintenir dans un état de subordination au travers de la loi qui perdure depuis la Révolution. Car que peut valoir un pouvoir qui dépend totalement d'un autre ? Il suffit pour le pouvoir politique d'aggraver « les conditions prévues par la loi » à l'exercice de la liberté, pour restreindre, en proportion, la garantie que les juges sont censés lui apporter. Autrement dit, l'autorité judiciaire n'est à l'évidence nullement « gardienne de la liberté individuelle ». D'ailleurs, dans le champ politique, ce qui est ignoré par le plus grand nombre, la notion d'autorité s'oppose nettement à celle de pouvoir. Une autorité est par essence subordonnée à un pouvoir dont précisément elle tient son autorité.

437. Ce pouvoir c'est en l'occurrence celui détenu par le Président de la République institué à l'article 64 de la Constitution « garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Comme si le fait de placer la justice sous la férule de l'homme politique le plus effectivement puissant de l'État (de fait, sauf en cas de cohabitation, chef du parti politique majoritaire) pouvait sérieusement rassurer le citoyen et justiciable lucide, sur la capacité de l'institution judiciaire à le protéger, en toutes circonstances, de l'arbitraire d'où qu'il vienne, mais d'abord de celui, toujours possible, de la loi, alors que l'indépendance que les juges tiennent de leur statut dépend lui-même de la loi. Il ne pourrait être rassuré à cet égard que si le Droit et la justice se révélaient à lui clairement dotés de l'autonomie qui leur manque. L'autonomie sans laquelle les juges ne peuvent prétendre sérieusement être les gardiens de sa liberté. Sans laquelle ils ne font rien d'autre que d'appliquer les lois qui sont censées la garantir dans les conditions et dans les limites définies par le pouvoir politique ; des limites qui peuvent être de plus en plus étroites, sans que les juges n'aient, au final, leur mot à dire.

438. Il est même possible que la liberté de l'ensemble des membres de la cité soit anéantie pour permettre à un seul homme, à celui qui détient avec le pouvoir la force d'imposer sans limites sa volonté, d'exercer sa propre liberté. De cette situation qui n'est pas hélas une pure vue de l'esprit au regard de l'histoire, Camus livre une figure paroxystique, quasi-mythique sans être invraisemblable, avec son *Caligula*.⁸¹¹ C'est une fausse liberté en vérité, puisqu'elle est sans limites et exercée non avec les autres, mais contre les autres. Une fausse

⁸¹¹ Le personnage de Camus est inspiré librement de la vie du troisième empereur romain Caligula, successeur de Tibère, qui régna de 37 à 41, dont l'histoire est notamment racontée par Suétone dans sa *Vie des douze Césars* où il en fait un portrait terrifiant.

liberté confondue avec la licence, la possession du pouvoir absolu, qui à l'instar du « pendule dérégulé » que rien ne vient entraver, court « aux amplitudes les plus folles ». ⁸¹² Une liberté dont Caligula lui-même reconnaîtra, avant d'être assassiné par ceux qu'il n'a eu de cesse de mépriser et de terroriser, qu'elle « n'est pas la bonne. » ⁸¹³ La bonne liberté, c'est celle dont le *Juge révolté* est le gardien, celle qui va de pair avec la dimension éthique du Droit fondée sur la solidarité : la liberté solidaire issue de la révolte solidaire, de la révolte qui a franchi victorieusement le stade de la révolte solitaire, celle qui est au risque, face à l'absurde, du « tout est permis », du nihilisme destructeur (celui de Caligula). Celui contre lequel Camus qui y a été confronté, s'est efforcé de lutter. La dernière section de *L'Homme révolté* est d'ailleurs significativement intitulée « Au-delà du nihilisme ». La seule liberté qui vaille c'est celle que célèbre et chante Paul Eluard dans son poème éponyme publié clandestinement en 1942 qui s'achève par : « Je suis né pour te connaître, Pour te nommer. » Un « je » qui vaut pour tous, une liberté pour laquelle tout le monde est né. Toute domination, toute oppression, tout privilège constitue une aliénation de cette liberté, tant pour celui qui les exerce, que pour celui qui les subit. Une liberté toujours concernée par le sort des autres, intranquille, responsable.

439. C'est une conception en opposition à toute conception égotique de la liberté (dont Mersault dans *La mort heureuse* et Martha dans *Le malentendu* fournissent d'autres exemples que Caligula), ainsi qu'à toute prétention de gratuité. Telle celle de Lafcadio, le personnage de Gide dans *Les caves du Vatican*, qui, au cours d'un voyage de nuit dans un wagon dont la porte donne sur la voie, décide de l'ouvrir et de précipiter dans le vide son unique et fortuit compagnon de route, s'il ne parvient pas à compter jusqu'à 12 sans voir quelque feu dans la campagne, s'en remettant ainsi pour parfaire « l'innocence » de son acte, au hasard (il verra un feu à dix). Cela afin, uniquement, de prouver, en l'absence de toute contrainte, de toute raison, de tout mobile, la possibilité d'exercer une « pure liberté ». Sans voir que son projet criminel est évidemment déjà, en soi, un mobile, qu'il n'agit pas sans raison mais dans le but, précisément, de prouver la possibilité d'une telle liberté, que son acte est le contraire d'un acte libre puisqu'il est celui d'un homme en proie à une sorte de « mystique de l'acte gratuit » ou autrement dit, d'un homme qui agit sous l'emprise d'une passion. Mais de notre point de vue, la principale ignorance dont témoigne un acte tel que celui commis par Lafcadio, est celle de l'interdépendance de la liberté — de la liberté véritable, celle qui ouvre et grandit l'homme —

⁸¹² OC/HR, T. III, p. 313

⁸¹³ « Je n'ai pas pris la voie qu'il fallait, je n'aboutis à rien. Ma liberté n'est pas la bonne » : OC/CA, T. I, p. 388.

et de la solidarité.⁸¹⁴ La solidarité est rompue de la façon la plus extrême par un acte qui, loin de grandir celui qui l'a commis, le rapetisse et l'isole, faute de pouvoir être reconnu par les autres autrement que pour ce qu'il est : non pas un acte pur de liberté mais un acte purement criminel.

440. La liberté est un engagement conscient et raisonné contre tout ce qui opprime, tout ce qui entrave la puissance d'être et d'agir de l'homme, tout ce qui le maintient dans le cercle vicieux des « passions tristes », tout ce qui nie l'égale dignité des hommes, y compris dans la prétention à les aider en les maintenant dans l'inégalité en substituant la charité à la solidarité — la solidarité que rejette en fait l'homme charitable le mieux intentionné, le plus compassionnel. Ce qui ne veut bien entendu pas dire que la charité n'a aucune valeur, mais seulement qu'elle maintient, contrairement à la solidarité, note à cet égard Saint-Exupéry⁸¹⁵, une asymétrie incompatible avec la « La dignité de l'individu [qui] exige qu'il ne soit point réduit en vassalité par les largesses d'un autre. » « A la différence de la charité (ou de son avatar contemporain le *care*), écrit de son côté Alain Supiot, la solidarité ne divise pas le monde entre ceux qui donnent sans recevoir et ceux qui reçoivent sans rien donner : tous doivent contribuer au régime selon leurs capacités et tous ont vocation à en bénéficier selon leurs besoins. (...) Fondée sur la réciprocité, elle s'est définie par opposition avec la charité, compassion sans réciprocité, qui pousse à donner sans rien attendre en retour. Reconnaisant à tous les hommes une égale vocation à donner et à recevoir, elle a été conçue comme une expression de la dignité humaine. »⁸¹⁶ Cette valeur est explicitement consacrée en France par le Conseil constitutionnel⁸¹⁷, et est revendiquée à peu près partout dans le monde par les peuples, y compris dans des

⁸¹⁴ « Est juste et libre tout ce qui sert cette solidarité et renforce cette communion. » : OC/AP, T II, p. 540.

⁸¹⁵ « C'est la société, et non l'humeur individuelle, qui se doit d'assurer l'équité dans le partage des provisions. La dignité de l'individu exige qu'il ne soit point réduit en vassalité par les largesses d'un autre. » Saint-Exupéry, *Pilote de guerre*, édit. Gallimard, 1942, p. 379.

⁸¹⁶ *La solidarité, Enquête sur un principe juridique*, sous la direction d'Alain Supiot, édit. Odile Jacob, 2015, p. 12-13.

⁸¹⁷ Dans sa décision « bioéthique » n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a déduit le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation de la première phrase du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi rédigée : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ». En revanche, pour le Conseil d'État, « *le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* » (CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727). Le principe a trouvé à s'appliquer dans différentes matières (bioéthique, interruption volontaire de grossesse, hospitalisation sans consentement...), mais il n'a donné lieu à ce jour à aucune censure sur son fondement. Cf. site internet *Actualités et évènements* du Conseil constitutionnel.

aires culturelles et politiques où les dirigeants affirment que leur civilisation n'est pas concernée par les droits humains.⁸¹⁸

441. La solidarité implique l'égalité et une conception responsable de la liberté. « Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité, note Victor Hugo. Être libre, rien n'est plus grave ; la liberté est pesante, et toutes les chaînes qu'elle ôte au corps, elle les ajoute à la conscience ; dans la conscience, le droit se retourne et devient devoir. »⁸¹⁹ La liberté sans la solidarité, sans la limite qu'apporte à son exercice l'exigence de la préservation de l'intégrité de la liberté de l'autre comme alter ego, ne peut qu'engendrer de la domination et donc de la servitude et avec la servitude, du malheur. Une telle liberté est en fait parfaitement illusoire. Caligula qui s'est évertué à nier obstinément toute solidarité avec ceux qu'il tenait en son pouvoir, a confondu la liberté avec la puissance que lui conférait son statut d'empereur, et oublié qu'il était d'abord un homme parmi les hommes, aussi interdépendant, sinon plus, des autres hommes. En croyant se libérer de toute contrainte, il s'est lui-même enchaîné à ce qui n'était qu'une passion mortifère. Une passion que l'on retrouve dans un autre contexte dramatique avec Mersault (*La mort heureuse*) et Martha (*Le malentendu*). Ils ont tous ignoré ou oublié que la liberté ne peut avoir de sens ou autrement dit de valeur, pour soi seul ; qu'elle ne peut en avoir sans les autres, qu'elle ne peut en avoir qu'avec les autres. La liberté chez Camus est celle du révolté dont la révolte a accouché au final du « nous sommes ». Un « révolté exige sans doute une certaine liberté pour lui-même ; mais en aucun cas, s'il est conséquent, le droit de détruire l'être et la liberté de l'autre. Il n'humilie personne. La liberté qu'il réclame, il la revendique pour tous ; celle qu'il refuse, il l'interdit à tous. Il n'est pas seulement esclave contre maître, mais aussi homme contre le monde du maître et de l'esclave. »⁸²⁰

⁸¹⁸ Ce qui est entre autres le cas en Chine. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter année après années les rapports d'Amnesty International précisément intitulés *La situation des Droits humains dans le monde*. On constate à leur lecture au travers de la répression féroce constante des défenseurs chinois des droits humains par le Parti communiste chinois, qu'en effet des hommes et des femmes qui vivent en dehors de l'aire et de la culture occidentales dont sont issus les droits humains, n'en considèrent pas moins que ces droits les concernent aussi, au point de risquer leur liberté et même leur vie. Pour exemple pris au hasard, la première phrase de la présentation du rapport de 2008 (page 138) à la rubrique « Chine » : « Un nombre croissant de militants des droits humains ont été emprisonnés, assignés à résidence, placés sous surveillance ou harcelés cette année. »

⁸¹⁹ Victor Hugo cité par Henri Pena-Ruiz, *op. cit.*, p. 15.

⁸²⁰ OC/HR, T. III, p. 305. Ou encore « La part que le révolté défend, il a le sentiment qu'elle lui est commune avec tous les hommes. C'est de là qu'elle tire sa soudaine transcendance. C'est pour toutes les existences en même temps que le fonctionnaire se dresse lorsqu'il juge que, par tel ordre, quelque chose en lui est nié qui ne lui appartient pas seulement, mais qui est un lieu commun où tous les hommes, même celui qui l'insulte et l'opprime, ont une solidarité toute prête. » : OC/RR, T. III, p. 327.

Commentaire. Le juge de la loi n'est pas le gardien de la liberté mais le gardien, au travers de la loi, de la volonté politique. La liberté telle que la conçoit le législateur. Lequel peut-être selon les circonstances politiques plus ou moins libéral (au sens de plus ou moins protecteur des libertés individuelles et publiques). Le Juge du Droit dans notre théorie est d'abord le juge de la loi, qu'il doit appliquer scrupuleusement si la loi ne contredit pas gravement l'éthique du Droit fondée sur la solidarité, mais il est aussi le Juge du Droit qui, en tant que tel, doit s'opposer à l'application de la loi dans le cas contraire. Est-il pour autant le gardien de *La* liberté, de la seule conception possible de la liberté ? On peut en douter au vu de l'incommensurable et contradictoire littérature sur le sujet. Pour pouvoir l'affirmer, il faudrait en tout état de cause se livrer, après une multitude d'auteurs dont certains très prestigieux, à un recensement de toutes les théories en présence, à leur critique systématique et à une démonstration de ce que celle qu'on défend est la plus convaincante. Ce qui dépasserait évidemment très largement, et inutilement, le cadre de notre propos. Il suffira ici de noter que notre conception de la liberté inspirée de Camus, repose sur trois convictions comme trois présupposés, indissociables : l'égalité des hommes, leur commun rejet de l'arbitraire, leur commune capacité d'accès au « nous sommes » dès lors que leur conscience n'est pas obscurcie par trop de servitude ou d'idéologie, trop de renoncement ou trop d'orgueil ; dès lors qu'ils n'ont pas perdu toute capacité de révolte face à l'injustice faite à l'homme par l'homme. Si l'on partage ces trois convictions, et seulement si on les partage, il ne peut y avoir d'autre liberté que solidaire.

Paragraphe 2. Le Juge solidaire d'un engagement à hauteur d'homme

442. Cette conception égalitaire et solidaire de la liberté, dont l'exigence de mesure et d'équilibre, centrale dans la pensée de Camus, n'est pas absente, dessine un certain engagement, « à hauteur d'homme » puisqu'il rejette une conception de la liberté absolue qu'on ne pourrait guère qu'attribuer à Dieu, à condition bien entendu d'être croyant et de pas s'en tenir à la raison humaine pour laquelle elle est totalement inconcevable.⁸²¹ Roger Grenier écrit dans sa

⁸²¹ On ne voit pas bien en effet une fois qu'on l'a qualifiée « d'absolue », quel sens il est possible de donner à la liberté pour un être unique et sans limites d'aucune sorte à sa connaissance et à son action. Étant précisé ici que l'on peut en appeler à la raison, que l'on peut refuser de fonder quelque valeur que ce soit sur une quelconque transcendance, sans pour autant être athée, ce qui revient, en l'absence de toute preuve possible de l'existence ou de l'inexistence de Dieu convaincante, à opposer une croyance négative à une croyance positive. Dans ses *Carnets*, en 1954, Camus note à cet égard : « Je lis souvent que je suis athée, j'entends parler de mon athéisme. Or ces mots ne me disent rien, ils n'ont pas de sens pour moi. Je ne crois pas à Dieu et je ne suis pas athée. » OC/CA, T. IV, p. 1197.

biographie intellectuelle que Camus « n'est pas un esthète fabriquant de gracieux objets littéraires. Chacun de ses livres exprime l'engagement de sa pensée, est inséparable des événements de sa vie, où il ne s'est jamais tenu, bien au contraire, à l'écart des combats, des souffrances, des convulsions du monde ». ⁸²² Même s'il est vrai, comme on l'a déjà noté, que dans la suite de Pascal, il préférerait se dire « embarqué » plutôt qu'engagé, il n'est pas douteux qu'il s'est toujours efforcé de maintenir son propre cap contre tous les courants dominants ⁸²³ et en particulier ceux des idéologies dans quelque domaine que ce soit ⁸²⁴ ; des idéologies qui, avec Camus, sont celles du siècle passé, mais qui n'ont toujours pas dit leur dernier mot.

443. Parmi ces idéologies, figure en bonne place celle qui réduit le politique, le social et la culture, à des questions de marché et de rentabilité financière et justifie les pires inégalités. ⁸²⁵ Mais c'est aussi l'idéologie qui permet au juge de ne pas se considérer comme responsable, quelles que soient les conséquences humaines — éventuellement inhumaines — de ses décisions, pourvu qu'il ait correctement techniquement appliqué la loi. Un Juge « débarqué », désengagé, dédouané. Avec le droit et ses juges « neutralisés », on peut dire que cela fait longtemps « que nous vivons dans le monde de l'abstraction, celui des bureaux et des machines » ⁸²⁶ — des machines qui ont aujourd'hui vocation à remplacer les juges eux-mêmes. *Penser le Droit avec Camus*, c'est penser à l'inverse un Juge embarqué, engagé et responsable. Mais un engagement qui ne saurait être sans limite si l'on ne veut pas retomber dans le piège de l'idéologie, car pour lui non plus, la fin ne saurait justifier tous les moyens

444. *Le Juge révolté* ne doit pas être un justicier à l'instar du personnage de Stepan dans *Les justes* pour qui, contrairement à Kaliayev et Dora, rien ne doit jamais entraver l'action

⁸²² R. Grenier, *Albert Camus, Soleil et ombre*, Une biographie intellectuelle, Gallimard, 1987, p. 12.

⁸²³ A « bord du monde » nous encourons une responsabilité, avant même donc que nous ayons pris position à son propos. On peut juger que la « galère sent le hareng, que les gardes-chiourmes y sont vraiment trop nombreux et que, de surcroît, le cap est mal pris » mais « Nous sommes en pleine mer » et on n'a guère d'autre choix si l'on est lucide, que d'essayer de maintenir le navire à flot et si possible d'en rectifier le cap. » : OC/DS, T. IV, p. 247.

⁸²⁴ « Le monde étant ce qu'il est, nous y sommes engagés quoi que nous en ayons, et nous sommes par nature les ennemis des idoles abstraites qui y triomphent aujourd'hui, qu'elles soient nationales ou partisans » : OC/A1, T. II, p.493-494.

⁸²⁵ Des inégalités qui ont même augmenté pendant la pandémie du coronavirus. Lequel « touche indistinctement hommes, femmes, personnalités politiques, ouvriers, seniors ou adolescents. Mais il ne met pas tout le monde sur un pied d'égalité, raconte *Fast Company*. Alors que 22 millions d'Américains ont perdu leur travail, la fortune des milliardaires s'est accrue de 10 % » : Article en ligne du 27 avril 2020 de *Courrier international*.

⁸²⁶ OC/A1, T. II, p. 437.

révolutionnaire, pas même le meurtre d'innocents.⁸²⁷ Camus est bien entendu de leur côté. Il sait que l'engagement pour les plus nobles causes, pour la liberté, pour la libération des opprimés, rejoint de fait le camp adverse lorsque l'engagé, le révolutionnaire, s'autorise à se comporter comme celui qu'il combat, quand il tient pour négligeable les souffrances réelles qu'il inflige aujourd'hui à ceux-là mêmes qu'il prétend soulager demain de leur joug.⁸²⁸ « La vertu ne peut pas se séparer du réel sans devenir principe du mal. »⁸²⁹ Que vaut un engagement qu'on ne peut tenir ou qu'on prétend ne pouvoir tenir qu'en mettant entre parenthèses, en suspendant le cours des valeurs que l'on prétend défendre ? L'engagement ne peut pas être sans limites. « Camus rejette la confusion entre la vertu de justice et l'esprit justicier. Chez lui, à l'inverse de Saint-Just, aucune justice purificatrice n'est à l'horizon de sa révolte. Elle n'est pas le revers vengeur des injustices du monde, l'emblème des révolutions nécessaires. »⁸³⁰ L'engagement du *Juge révolté* n'est pas celui d'un juge qui se met au service d'une justice parfaite dont il détiendrait, éventuellement avec d'autres, la formule. Il est de façon beaucoup plus réaliste et donc modeste, un engagement à s'efforcer de trouver le meilleur équilibre possible entre les réquisits des dimensions politique et éthique du Droit. La loi, même posée par un législateur sincèrement préoccupé de justice (de solidarité, d'égalité, de liberté...), ne peut qu'être un compromis entre des intérêts et des conceptions diverses. Dans le cas contraire, la loi ne peut qu'être le dictat d'un pouvoir autoritaire, voir totalitaire. L'engagement du *Juge révolté* n'a vocation à se manifester que dans les cas où la loi méconnaît gravement la dimension éthique du Droit. Par exemple en organisant la domination d'un groupe sur un autre.

445. L'engagement du *Juge révolté* pour le Droit inspiré de celui de Camus, ne saurait être dogmatique. En littérature, son engagement n'est pas celui des romanciers à thèse dont le souci constant de rendre visible la justesse de l'idée, fait obstacle à l'authenticité des personnages et des situations dans lesquelles ils sont placés, plus expliqués que décrits et privés

⁸²⁷ Kaliayev : « Je suis entré dans la révolution parce que j'aime la vie. Stepan : Je n'aime pas la vie, mais la justice qui est au-dessus de la vie. Dora à Stepan : Ouvre les yeux et comprend que l'Organisation perdrait ses pouvoirs et son influence si elle tolérait, un seul moment, que des enfants fussent broyés par nos bombes. Stepan : Je n'ai pas assez de cœur pour ces niaiseries. Quand nous nous déciderons à oublier les enfants, ce jour-là, nous serons les maîtres du monde et la révolution triomphera. Dora : Ce jour-là, la révolution sera haïe de l'humanité entière. »

⁸²⁸ « La fin justifie les moyens ? Cela est possible. Mais qui justifiera la fin ? A cette question, que la pensée historique laisse pendante, la révolte répond : les moyens. » : OC/HR ? T. III, p. 312.

⁸²⁹ OC/HR, T. III, p. 315.

⁸³⁰ DAC, p. 462.

de leurs dynamiques propres. Si, comme pour tout grand écrivain, sa littérature révèle et exprime une véritable « vision du monde », nécessairement structurée par une philosophie, aucun de ses essais, aucun de ses romans, aucune de ses pièces, et plus généralement aucun de ses écrits, ne la soutient sans nuances et sans mesure. Aussi lyrique et passionnée parfois que puisse être son expression formelle, sa pensée, dont l'unité, on l'a déjà souligné, est manifeste sous l'extrême diversité de l'œuvre, est toujours empreinte, sur le fond, de cette mesure (refus de l'*hybris*) empruntée aux Grecs, en laquelle il voyait la marque même de la sagesse, de la seule sagesse viable. Analogiquement, le *Juge révolté* ne saurait être un « juge à thèse » (au sens sus-indiqué) et si la conception du Droit qu'il met en œuvre exprime une « certaine vision du monde », comme on l'a vu en examinant la métaphysique qui la soutient, cela ne saurait le conduire à « tordre » les faits du dossier pour les faire rentrer à toute force dans ses vues.⁸³¹ Mais la mesure dans l'engagement n'exclut nullement la fermeté. Les « conseils de modération, écrit Camus dans *Combat*, sont à double tranchant. Ils risquent aujourd'hui de servir ceux qui veulent tout conserver et qui n'ont pas compris que quelque chose doit être changé. Notre monde n'a pas besoin d'âmes tièdes. Il a besoin de cœurs brûlants qui sachent faire à la modération sa juste place. »⁸³²

446. On n'a jamais sans doute eu autant besoin qu'aujourd'hui, au regard de la diversité, de l'intensité et du caractère planétaire des menaces qui pèsent sur l'avenir même de

⁸³¹ Le refus de tordre les faits, dans le domaine politique, ne pouvait qu'opposer Camus à Sartre, comme on le voit par exemple au travers de leurs positions vis-à-vis à du régime stalinien. Alors que Camus condamnera sans réserve les goulags et refusera toute nouvelle collaboration avec le Parti Communiste Français qui était membre adhérent et actif du Kominform, Sartre qui ne pouvait en méconnaître l'existence, pour des raisons idéologiques, tergiversera et deviendra même ce qu'il est convenu d'appeler un « compagnon de route » des communistes au pire moment du stalinisme, au moment où Camus publiera *L'Homme révolté*. Il n'hésitera pas même, à l'occasion d'une interview exclusive donnée à L'Humanité (du 14 juillet 1954) à prétendre que « la liberté de critique est totale en URSS ». Ne dira-t-il pas encore « à propos de la divulgation du rapport secret de Khrouchtchev au XX^e Congrès du PCUS : De ce point de vue, la faute la plus énorme a probablement été le rapport Khrouchtchev, car, à mon avis, la dénonciation publique et solennelle, l'exposition détaillée de tous les crimes d'un personnage sacré qui a représenté si longtemps le régime est une folie quand une telle franchise n'est pas rendue possible par une élévation préalable, et considérable, du niveau de vie de la population. » Le mot « population » pouvant désigner les populations de l'URSS mais aussi celles des pays où il existe des partis frères... » : *Sartre s'est-il toujours trompé ?* Paul Desalmand, édit. La passe du vent, 2005, p. 82. Camus avait adhéré de 1935 à 1937 au Parti Communiste Algérien. Mais dès cette époque, il avait été troublé par la lecture de *Retour d'URSS* (1936) suivi de *Retouches à mon Retour de l'URSS* de Gide et les procès de Moscou. Dans *Retouches à mon Retour de l'URSS*, Gide écrivait en 1937 : « Du haut en bas de l'échelle sociale reformée, les mieux notés sont les plus serviles, les plus lâches, les plus inclinés, les plus vils. Tous ceux dont le front se redresse sont fauchés ou déportés l'un après l'autre. Peut-être l'armée rouge reste-t-elle un peu à l'abri ? Espérons-le ; car bientôt, de cet héroïque et admirable peuple qui méritait si bien notre amour, il ne restera plus que des bourreaux, des profiteurs et des victimes. », Folio Gallimard (n°4984), 5-11-2009, p. 132.

⁸³² OC/A1, T. II, p. 402.

l'humanité ⁸³³, d'hommes d'État et de citoyens véritables, c'est-à-dire d'hommes dont la conscience réfléchi est à la hauteur de l'enjeu (indissociablement individuel et collectif), et convaincus, puisque la solidarité est le seul antidote possible, de la nécessité de la promouvoir à tous les niveaux. Mais on a également besoin que cette conscience développée gagne, au-delà où en deçà du plan politique, tous les milieux professionnels. Peut-on par exemple aujourd'hui si l'on a cette conscience et qu'on est ingénieur, demeurer indifférent à l'utilisation des artefacts que l'on conçoit, à leur impact local et global, direct ou indirect, sans éprouver une certaine « dissonance cognitive » ? ⁸³⁴ Et que dire de ceux dont l'objet professionnel est fait des normes qui autorisent, obligent, interdisent, limitent, dans tous ses aspects, l'agir humain ? Mais si l'on a aujourd'hui plus que jamais besoin de l'engagement de tous dans tous les aspects de la vie sociale au service de la communauté humaine, cet engagement ne doit pas conduire à une toujours préjudiciable idéologie et confusion des rôles. Chacun doit agir, mais à son niveau et sans oublier de faire à la modération sa juste place.

447. Ainsi la juste place du Juge est-elle celle du Droit et non celle du politique et de la loi, vis-à-vis de laquelle il ne peut avoir que deux possibilités : soit l'appliquer, soit ne pas l'appliquer. Il ne saurait être question pour lui, pour l'institution à laquelle il appartient, de se substituer au politique ou même de discuter avec lui en vue de parvenir à une rédaction de la loi qui satisfasse les « deux parties » comme le font les députés et sénateurs au travers de la commission mixte paritaire (CMP) en cas de désaccord persistant sur un projet ou une proposition de loi. Ce qui est évidemment totalement exclu et ce qui ne peut qu'apparaître parfaitement incongru en l'état du droit positif et de la conception dominante de l'institution judiciaire et de ses rapports avec l'exécutif et le législatif. La juste et nécessairement délicate

⁸³³ Telles que celles liées au dérèglement climatique, aux inégalités économiques et sociales de plus en plus criantes à l'échelle nationale et mondiale, à la remontée des nationalismes belliqueux et des racismes qui les accompagnent, aux manipulations du vivant et au développement tous azimuts de l'intelligence artificielle, des pandémies favorisées par la mondialisation, comme on vient d'en avoir la démonstration avec la Covid-19.

⁸³⁴ C'est ainsi que, dans un article du Monde de Marine Miller publié en ligne le 16 avril 2019 où il est question d'une telle « dissonance », on peut lire : « C'est un discours de remise de diplôme plutôt inhabituel que Clément Choisine, jeune ingénieur de Centrale Nantes, a livré devant ses camarades, le 30 novembre 2018. A contre-courant des discours louangeurs de ce type d'événement, il a choisi de parler de son dilemme : « Comme bon nombre de mes camarades, alors que la situation climatique et les inégalités ne cessent de s'aggraver, que le GIEC pleure et que les êtres se meurent : je suis perdu, incapable de me reconnaître dans la promesse d'une vie de cadre supérieur, en rouage essentiel d'un système capitaliste de surconsommation. » Devant une assemblée de futurs diplômés, parents, familles, anciens élèves, professeurs, direction et industriels, l'ingénieur de 24 ans a profité de la tribune qui lui était offerte pour se faire le porte-parole d'un malaise que vivent de plus en plus de jeunes diplômés face au réchauffement climatique : « Quand sobriété et décroissance sont des termes qui peinent à s'immiscer dans les programmes centraliens, mais que de grands groupes industriels à fort impact carbone sont partenaires de mon école, je m'interroge sur le système que nous soutenons. Je doute, et je m'écarte. »

place d'un Juge capable d'interrompre le cours de la loi au nom du Droit, d'un Juge qui officie au nom d'un Droit distingué de la loi mais sans débordement politique, est à trouver — est trouvée avec le *Juge révolté* selon ce que soutient la présente thèse. Avec le risque, inévitable, que le pouvoir politique ne voit dans le refus d'un tel Juge d'appliquer une loi au nom du Droit, qu'une action politique, le franchissement de la limite entre le juridique et le politique tant redouté depuis la Révolution. Alors que le propos est inverse, qu'il vise à une clarification de la situation, à proscrire tout mélange des genres sous couvert d'interprétation ou d'adaptation de la loi par le juge. Mais sans méconnaître qu'un *Juge révolté*, même animé du plus grand esprit de mesure dans l'inspiration de Camus, ne peut (ne pourrait) juger qu'en tension.

448. Il est en réalité déraisonnable de croire même possible de parvenir à un accord définitif, pour le présent et pour l'avenir, entre un pouvoir politique qui s'estime être par essence et en France constitutionnellement, l'unique représentant de la cité en tout, et un Juge qui s'estime, lui aussi par essence, être l'unique représentant de la cité pour Dire le Droit distingué de la loi. Une compétence qui, pour limitée qu'elle soit, n'en constitue pas moins une brèche dans l'omnipotence politique difficilement acceptable par les politiques. Un accord qui en tout état de cause ne serait nullement souhaitable compte tenu, d'une part, de l'extrême complexité du monde et donc de l'impossibilité d'en prévoir l'évolution ne serait-ce qu'à court terme, et d'autre part, de ce que le Juge qui est l'ultime garantie — en quelque sorte le garde-fou — des justiciables contre l'*hybris* du pouvoir (ses plus criantes insolidarités), ne peut se lier à lui sans risquer de compromettre, avec son autonomie et celle du Droit, sa recherche constante de la mesure. Dans ses *Carnets III*, Camus précise : « Mesure. Ils la considèrent comme la résolution de la contradiction. Elle ne peut être rien d'autre que l'affirmation de la contradiction et la décision héroïque de s'y tenir et d'y survivre. »⁸³⁵ On n'attend pas nécessairement du *Juge révolté* qu'il se comporte en héros, mais il est certain qu'un tel Juge devrait présenter, à l'exemple de Camus, une grande fermeté et ténacité dans l'affirmation de ses convictions.

449. Il va de soi que le *Juge révolté*, aussi résolu soit-il, ne peut prétendre constituer une barricade à toute épreuve contre les assauts d'un pouvoir politique lui-même résolu à la briser. Seul le pouvoir politique dispose réellement, avec la police et l'armée, de la force. On y revient toujours. Mais le Juge intègre, capable de s'opposer à un pouvoir arbitraire, disposerait d'un crédit, d'un capital symbolique, qui est loin d'être négligeable. « Il est toujours vain, écrit

⁸³⁵ DAC, 545.

Camus, de vouloir se désolidariser, serait-ce de la bêtise et de la cruauté des autres. On ne peut dire « je l'ignore ». On collabore ou on la combat. Rien n'est moins excusable que la guerre (...). Mais une fois la guerre survenue, il est vain et lâche de vouloir s'en écarter sous le prétexte qu'on n'en est pas responsable. Les tours d'ivoire sont tombées. La complaisance est interdite pour soi-même et pour les autres. »⁸³⁶ Ces réflexions extraites des *Carnets* précités, qui ont une portée générale et non réduite strictement à la guerre des armes, ne peuvent qu'être reprises à son compte par le *Juge révolté*.

450. Pour ce dernier, il est inacceptable qu'un juge puisse considérer qu'il n'est pas concerné, en tant que juge, par la rupture majeure de la solidarité que peut avoir pour objet et pour effet par le truchement de son jugement, une loi qu'il doit appliquer. De considérer qu'il ne peut encourir aucune responsabilité en l'appliquant, la seule responsabilité envisageable, politique et éventuellement éthique, incombant au seul législateur. « Rien n'est moins excusable » pour un juge, dans un tel cas, que de se réfugier dans sa « tour d'ivoire » dans l'ignorance de principe des souffrances infligées, comme le fait le juge neutraliste. Un juge « légaliste » sans limite auquel le peuple n'accordera aucune légitimité propre, conscient de ce qu'il n'est que l'agent, au travers de la loi, du pouvoir politique en place. Cette légitimité propre, seul peut la revendiquer le Juge qui a opté, avec l'éthique juridique de la solidarité, pour le combat du Droit contre la soumission inconditionnelle à la loi. Ce qui n'est pas tout, mais ce qui n'est pas rien, à un moment de l'histoire où il apparaît qu'en aucun des grands domaines d'inquiétude actuels rappelés plus haut, au-delà des discours, les gouvernements et les instances internationales ne parviennent à trouver des solutions convaincantes. Que ce soit parce qu'ils n'ont pas sincèrement en vue l'intérêt commun (indissociablement local et global) à moyen et long terme, mais des intérêts partisans et/ou économiques⁸³⁷ à court terme auxquels ils sont plus ou moins inféodés, parce qu'ils manquent d'imagination, de courage, ou encore parce qu'ils sont installés dans un pur et simple déni de réalité comme on le voit, par exemple, avec certains dirigeants « climato-septiques » outre-Atlantique et en Europe même.

⁸³⁶ 0C/ CA, T. II, p. 888.

⁸³⁷ On a déjà observé que dans le contexte de la globalisation, s'est opéré en fait un certain transfert de pouvoir de la sphère politique à la sphère économique. Et que nombre de théoriciens appointés de l'économie et du droit d'obédience néolibérale, professent qu'*a minima* le droit et les juges doivent tenir compte de ce qu'ils considèrent comme des impératifs économiques, et au mieux de leur point de vue, doivent se soumettre purement et simplement à ces impératifs. « L'Etat [étant alors] réduit au rôle d'organisateur des marchés » au moyen de la loi. Romaric Godin, *La guerre sociale en France*, édit. La découverte, 2019, p. 18. Et l'on également précédemment donné quelques exemples de l'influence réelle en France au plus haut niveau de l'institution judiciaire, de la doctrine anglo-saxonne *Law and Economics* « qui consiste à rapporter toute règle à un calcul d'utilité, qui serait à la fois la source et la mesure de sa légitimité. »

451. Sans être d'un pessimisme excessif, on peut légitimement douter, en l'absence de prémisses favorables ⁸³⁸, de ce que, dans l'avenir, en rupture avec le passé et le présent, advienne un Juge capable, avec la reconnaissance de la dimension éthique du Droit et l'affirmation de son autonomie, de contribuer à la sauvegarde de l'humanité sur le fondement d'un impératif juridique de solidarité qui prime sur la loi. Dans le prologue de son livre précité, François Saint-Pierre évoque sa relecture du dernier livre de Stefan Zweig *Le Monde d'hier. Souvenirs d'un Européen* (envoyé à son éditeur le 22 février 1942, la veille de son suicide) et se dit « troublé : comment ne pas craindre que, dans un avenir plus ou moins lointain, le monde ne s'embrase à nouveau ? Les périls qui menacent sont aussi graves qu'à cette époque, si ce n'est d'avantage, chacun le mesure tous les jours. A terme, les changements climatiques pourraient même inciter des États étouffés par la chaleur ou menacés par le niveau des mers à mener des politiques de conquêtes territoriales pour protéger leurs populations et redéployer leurs moyens d'existence ». ⁸³⁹ Mais si, comme on l'a vu, tout le livre à la suite tend à démontrer, comme son titre l'indique (*Le Droit contre les démons de la politique*), que les juges et notamment ceux des grandes juridictions (Cour européenne des droits de l'homme, Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'Etat) « qui disposent pour cela d'outils juridiques très efficaces », ont développé « parfois contre le pouvoir politique » de remarquables jurisprudences protectrices des libertés, sa conclusion fait singulièrement retomber le soufflé de cet enthousiasme puisqu'il émet, pour le moins, un doute quant à la capacité de la justice à « vraiment défendre les principes de l'État de droit » s'ils venaient à être de nouveau gravement menacés. » ⁸⁴⁰ Le livre apparaît plus comme l'expression d'un espoir et d'une incitation à persévérer dans la bonne voie que croit avoir décelé l'auteur, que comme la description de la réalité.

⁸³⁸ Il est certain que le Syndicat de la Magistrature a opéré une forme de rupture dans « l'habitus » du juge. Qu'il y a semé le germe d'une certaine forme d'insoumission, mais sans aller jusqu'au véritable changement de paradigme qu'appelle *la théorie du Droit de l'Homme révolté*. Avec elle il est question de rien moins que de la possession d'une autre légitimité — juridique — que la légitimité politique, d'une véritable autonomie du Droit et de l'office du Juge ou, autrement dit, de l'émergence d'un véritable pouvoir ou contre-pouvoir juridictionnel. Et tout cela ici et maintenant puisque tout dépend du Juge lui-même. Et non de l'avènement, dans un futur plus ou moins lointain et hypothétique, de la conception de la justice portée par un mouvement pour qui cette réalisation est une affaire politique.

⁸³⁹ François Saint-Pierre, *op. cit.*, p. 9-10.

⁸⁴⁰ Rappelons cette conclusion : « La question qui nous préoccupe le plus, en conclusion de cet essai, est de savoir si la justice saurait vraiment défendre les principes de l'Etat de droit contre un gouvernement, même issu d'élections régulières, qui déciderait de conduire une politique indigne, violant les droits et libertés des personnes, au nom d'une idéologie de l'ordre, comme la France en connut par le passé. » : *Ibid.*, p. 131. En l'état, on ne peut hélas guère douter de la réponse.

452. Le doute quant à la possibilité d'une conversion active du juge à une conception de l'autonomie du Droit et de son office, fondée sur leur éthique propre et commune, une éthique qu'il lui revient de reconnaître et d'affirmer, s'impose en considération du fait que, pour reprendre la formule d'Alain Bancaud, « l'habitus judiciaire » n'a pas changé en profondeur. Les juges ne sont sans doute pas plus enclins aujourd'hui qu'hier à résister à l'application de lois indignes. Il est certain que l'intervention des juges n'a cessé de croître depuis des décennies en raison directe de la complexification croissante d'un droit au développement coextensif à celui de la technique et des échanges, produit à différents niveaux, national, international et, entre les deux européen, où s'est développée, sur la base de traités entre États plus ou moins unis, une justice jouissant d'une indépendance favorisée par l'absence, en face d'elle, d'un État fédéral et souverain. Il est certain qu'en présence d'une Union Européenne bancaire gérée en surface par une Commission dépendante d'États qui, eux, ont conservé une souveraineté dont ils peuvent toujours recouvrer la totale maîtrise, comme on l'a vu à l'occasion du « Brexit », les Juges peuvent prendre quelques libertés, mais si la justice est de plus en plus présente et si elle peut donner parfois le sentiment d'une certaine émancipation, cela ne signifie nullement, en tout cas de façon certaine en ce qui concerne la France, que les juges y occupent une place qualitativement nouvelle, qu'ils se sont peu ou prou constitués en pouvoir distinct du pouvoir politique. Une démarcation qu'il serait également illusoire de voir dans le fait que la loi leur a laissé, sans doute plus que jamais, la possibilité de mettre en examen et parfois de condamner des hommes politiques indécents au nom d'une certaine égalité de traitement pénal et d'assainissement de la vie politique, puisque cette évolution au demeurant toujours réversible, n'est pas due aux juges, mais aux politiques et pour des raisons politiques.

453. Il demeure que, dans tous les cas, l'extension ou la restriction, la création ou l'annulation, des domaines d'intervention des juges, dépend exclusivement, avec les lois, de choix politiques fonction des circonstances politiques et non de considérations qui seraient d'une autre nature — de considérations purement juridiques. Les juges ne contestent toujours pas l'unidimensionnalité du droit, l'unicité de sa source, que seules sont légitimes à le produire les instances politiques dédiées à cet effet (auto-dédiées si elles sont constituantes). Aucun de ces juges ne s'opposera à l'application d'une loi qui met par exemple à néant une audacieuse solution protectrice des libertés. Imaginons ainsi que soit élu en France un jour ou l'autre un président (ou une présidente) de la République et dans la foulée une majorité qui lui est acquise, qui décide de se désengager de l'Union Européenne et d'instaurer, en modifiant substantiellement la Constitution, un régime fascisant. Il n'est guère douteux que le vieux

réflexe de soumission de la magistrature la conduirait à appliquer, avec le moins d'originalité possible, la nouvelle législation. On retrouve là, la métaphore du « yoyo ». Et l'on ne voit pas comment il pourrait en être autrement en l'absence de toute réflexion et réforme à la suite à proprement parler structurelle, de la conception même du Droit et de l'office du Juge ? Une réflexion et une réforme qui constitueraient la première étape vers une appropriation réelle par le Juge de la plénitude de son office.

454. Il est certain que « L'habitus » des juges ne peut évoluer vers l'autonomie sans qu'ils prennent d'abord conscience de sa nécessité et donc du mirage que constitue leur indépendance statutaire ; et sans qu'ils l'intègrent dans une conception du Droit et de leur office, revisitée en profondeur. Une prise de conscience à la hauteur des risques majeurs et congruents que font encourir aujourd'hui à l'humanité tous ceux qui entretiennent le mythe néolibéral d'une croissance économique infinie dans un monde fini et le mythe prométhéen de maîtrise totale et de dépassement des limites humaines.⁸⁴¹ Une prise de conscience urgente si l'on considère, avec Monique Atlan et Roger-Pol Droit, que la réflexion philosophique sur l'humain, sur le sens de l'existence humaine, n'est, paradoxalement, guère en vogue.⁸⁴² Une réflexion philosophique *et* juridique, alors que les désordres du monde parmi lesquels il faut compter l'absence de maîtrise des avancées de la science, appellent « des reformulations profondes des règles de droit. »⁸⁴³ Il serait effectivement navrant que les spécialistes, les acteurs de la régulation sociale, que sont les juristes, restent en dehors de cette réflexion, ratent le coche, demeurent des suiveurs avant de laisser bientôt la place à des machines. Autrement dit, qu'ils ne s'engagent pas et n'opposent pas un démenti au « sceptique provisoire » qui a entrepris de *penser le Droit avec Camus*. « L'écrivain, comme [tous] les hommes [Juge compris] de son temps, est « embarqué » dans l'histoire »⁸⁴⁴, mais si l'on ne peut échapper à l'histoire, on peut

⁸⁴¹ Comme on le voit actuellement exposé avec hélas de plus en plus d'insistance et d'écoute, par certains prophètes de la « silicon valley » ou d'ailleurs. Des « visionnaires » qui œuvrent et militent pour la conception d'une nouvelle version du « surhomme » nietzschéen, avec « l'homme augmenté », le « néohumain », le « posthumain » ou le « transhumain ». Une conception vaniteuse qui témoigne en réalité d'une singulière cécité et inaptitude à la vie. Une conception qui ignore ou feint d'ignorer que l'homme tel qu'il est, tel que l'a produit l'évolution, est bien loin d'avoir atteint ses limites naturelles, d'avoir réussi à être pleinement ce qu'il est.

⁸⁴² Rappelons à cet égard leur constat : « Au moment où l'exigence d'une réflexion philosophique sur l'humain paraît s'imposer, les philosophes eux-mêmes, dans leur ensemble, ont déserté ce terrain. Et que dire des juristes ? Cette réflexion sur l'humain est en panne au moment où sa nécessité se fait de plus en plus sentir. », Monique Atlan et Roger-Pol Droit, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ Selon ce que Camus a précisé lors de sa conférence du 14 décembre 1957 à l'occasion de la remise du prix Nobel. OC/DS, T. IV, p. 247.

par contre choisir de s'y faire oublier ou d'y prendre sa part. Il y a ceux qui courbent l'échine, font le gros dos, et ceux qui relèvent la tête et agissent. On peut si l'on est juge « faire le neutre » ou refuser d'appliquer une loi indigne. Autrement dit, on peut être poussé à agir par les événements, mais on est à un moment ou à un autre acculé au choix. On ne peut y échapper sans se leurrer.

455. Sartre, dans *Qu'est-ce que la littérature ?*, explique que le métier d'écrivain n'est pas un métier comme les autres, ou en tout cas comme la majorité des autres dont l'exercice n'est pas directement affecté par les changements (qui peuvent être des bouleversements) dans les conceptions, valeurs, principes, croyances et idéologies qui fondent l'organisation de la société et déterminent en son sein les comportements. Ainsi explique-t-il, « un forgeron, c'est dans sa vie d'homme que le fascisme l'atteindra mais pas nécessairement dans son métier : un écrivain, c'est dans l'une et dans l'autre, plus encore dans le métier que dans la vie. C'est qu'en effet « la liberté d'écrire implique la liberté du citoyen. On n'écrit pas pour des esclaves. L'art de la prose est solidaire du seul régime où la prose garde un sens : la démocratie. Quand l'une est menacée, l'autre l'est aussi. Et ce n'est pas assez que de les défendre par la plume. Un jour vient où la plume est contrainte de s'arrêter et il faut alors que l'écrivain prenne les armes. Ainsi de quelque façon que vous y soyez venu, quelles que soient les opinions que vous ayez professées, la littérature vous jette dans la bataille ; écrire c'est une certaine façon de vouloir la liberté ; si vous avez commencé, de gré ou de force vous êtes engagé. »⁸⁴⁵ Ces idées qui, plus modestement formulées et articulées sur une représentation plus réaliste de la place de l'écrivain dans la société, mais aussi plus en rapport avec la réalité de son action s'agissant en tout cas de Sartre dont la résistance sous l'occupation est pour le moins sujette à caution, apparaissent concordantes avec les positions adoptées par Camus. Même si l'un (Camus) refuse toute forme d'exagération et est moins enclin que l'autre (Sartre) à faire de l'engagement de l'écrivain et donc de l'écrivain lui-même, une sorte de conscience de son temps, ils ont *a minima* en partage l'idée que devant l'inacceptable, l'écrivain ne peut se dérober, détourner la tête. Et ce qui est vrai pour l'écrivain, ne l'est sans doute pas moins pour le Juge.

456. Il n'est pas impossible que, du point de vue de l'écrivain et pour beaucoup, une telle vision de « l'engagement caractérise une courte décennie de l'écriture française, allant de 1944 à 1952 ». ⁸⁴⁶ Mais les affirmations selon lesquelles « on n'écrit pas pour des esclaves »,

⁸⁴⁵ J.P. Sartre, *Qu'est-ce que la littérature ?* Édit. Gallimard, 1948, Idées NRF, p. 81-82.

⁸⁴⁶ DAC, p. 249.

que « L'art de la prose est solidaire du seul régime où la prose garde un sens : la démocratie » ou encore qu'« écrire c'est une façon de vouloir la liberté »⁸⁴⁷, n'en sont pas moins toujours une source d'interpellation pour la postérité de Sartre et de Camus, pour tous ceux qui s'interrogent ou devraient s'interroger sur le rapport de ce qu'ils écrivent à la liberté et à la démocratie. Parmi lesquels en bonne place le journaliste et le juge lorsqu'il rédige ses jugements. Un juge qui peut, soit revêtir la robe comme un laquais sa livrée aux armes de son maître (le pouvoir) comme le font les pseudo-juges de certaines dictatures⁸⁴⁸, soit la revêtir au contraire comme le symbole de son détachement de tout autre maître que le Droit distingué de la loi (expression sans limites intrinsèques, du pouvoir), tel que dans leur immense majorité le conçoivent les citoyens ou autrement dit le peuple souverain au nom duquel sont rendus les jugements. Un détachement qui nécessite un engagement courageux et sans faille dans les faits, à l'exemple, toutes proportions gardées — pour le Juge dans le strict cadre de son office —, de Camus ; Camus dont la réflexion « J'aime mieux les hommes engagés que les littératures engagées »⁸⁴⁹, ne signifie rien d'autre que le peu d'estime que lui inspiraient ceux qui parlent et écrivent sur l'engagement sans nécessairement mettre en accord leurs écrits et leurs actes dans les moments où cet accord est impérativement requis.

457. Ce qu'il rejette, c'est l'engagement auquel conduit la révolte lorsqu'il est perverti par l'idéologie ou pour mieux le dire, par l'idéologie de l'engagement — d'un engagement sans

⁸⁴⁷ On trouve Chez Camus des réflexions qui rejoignent celles de Sartre. Par exemple : « Par sa fonction même, l'artiste est le témoin de la liberté, et c'est une justification qu'il lui arrive de payer cher. Par sa fonction même, il est engagé dans la plus inextricable épaisseur de l'histoire, celle où étouffe la chair même de l'homme. Le monde étant ce qu'il est, nous y sommes engagés quoi que nous en ayons... ». 1948, « Le témoin de la liberté ». Cité dans *L'ABécédaire de Albert Camus*, édit. de L'observatoire, 2020, p. 65.

⁸⁴⁸ Ainsi des juges qui en Russie ont condamné le réalisateur ukrainien Oleg Sentsov « à 20 ans de prison à la suite d'un procès inique pour des accusations de « terrorisme », parce qu'il s'était opposé à l'occupation de la Crimée par la Russie » : Communiqué de presse d'Amnesty International intitulé *Amnesty International France se mobilise pour Oleg Sentsov aux côtés des personnalités françaises*. Des juges qui ont condamné Liu Xiaobo le futur prix Nobel de la paix « Leader du soulèvement de Tiananmen en 1989, envoyé en camp de rééducation entre 1996 et 1999 (...) à l'origine de la Charte 08, inspirée de la Charte 77 du tchèque Vaclav Havel, qui demandait la libéralisation du pays et un système multipartite » et qui pour cela écopa de 11 ans de prison et mourra en liberté conditionnelle en juillet 2017 : Journal *L'Humanité* en ligne article de Lina Sankari du 13 juillet 2017. Des juges Qui, en Arabie Saoudite, condamnent à mort de très nombreux opposants au prétexte de liens avec des actes terroristes, la Fédération Internationale des Droits de l'Homme faisant ainsi savoir que « le 2 janvier 2016, 47 hommes, dont certains étaient mineurs au moment de leur arrestation (...) ont été exécutés au terme de procès qui n'ont pas respecté les droits de la défense et au cours desquels ont été émises des allégations de torture » qui n'ont bien entendu donné lieu à aucune enquête ? : Communiqué de la Fédération Internationale pour les Droits Humains (FIDH) du 8 janvier 2016, intitulé *La répression violente des opposants saoudiens est une menace pour la paix et la sécurité internationale*.

⁸⁴⁹ DAC, p. 250.

limite ou autrement dit sans mesure. « Pour être, l'homme doit se révolter, mais sa révolte doit respecter la limite qu'elle découvre en elle-même et où les hommes, en se rejoignant, commencent d'être. »⁸⁵⁰ Commencent d'être ensemble ou au contraire, si la limite est franchie, cessent d'être ensemble, cessent d'être solidaires.⁸⁵¹ La mesure est évidemment requise tout particulièrement du *juge révolté* dans l'interprétation de la dimension éthique du Droit. Un Juge qui, notamment, ne doit pas faire de la politique, ne doit pas être partisan, militant, sous prétexte de fixer une limite éthique à l'application de la loi. Son engagement doit demeurer strictement juridique. Toute la difficulté pour lui de Dire le Droit tient à l'équilibre qu'il doit préserver entre la dimension éthique du Droit et sa dimension politique. Il s'agit de « s'efforce[r], de manière approximative, d'établir le tracé de la limite qui doit rendre l'équilibre des choses et des êtres possibles [étant entendu que] Suivant les situations et les contextes (...) ce tracé fluctue. »⁸⁵² C'est un équilibre en tension car « Pour un esprit aux prises avec la réalité, la seule règle est de se tenir à l'endroit où les contraires s'affrontent, afin de ne rien éluder et de reconnaître le chemin qui mène plus loin »⁸⁵³ ; peut-être même vers une certaine harmonie sociale.

Commentaire. « Les écrits de Camus mettent en scène, en même temps que la quête d'une communauté juste, une révolte *contre* la justice. Et particulièrement contre la puissance d'oppression que la justice des hommes peut générer » écrit Denis Salas⁸⁵⁴, magistrat et écrivain. *Penser le Droit avec Camus*, c'est en quelque sorte tirer les conclusions de ce constat fait par un écrivain qui, lui, n'a jamais été magistrat, mais qui, comme chroniqueur judiciaire et journaliste, a pu vérifier la réalité de l'oppression judiciaire, que ce soit dans l'Algérie coloniale (les affaires Hodent et El Okbi par exemple), sous Vichy ou après, en fonction des circonstances politiques. Il s'agit de tirer les conclusions de ce constat en tant que *Juge révolté* et non en tant que politicien. Pour le politicien, même sincèrement décidé à remédier à la situation, la solution à l'oppression est affaire de politique pénale, de réforme, de contrôle, de

⁸⁵⁰ OC/HR, T. III, p. 79.

⁸⁵¹ « Si le révolté pose l'existence et la dignité des autres hommes en même temps que la sienne propre, une révolte qui gagne en fureur ce qu'elle perd en lucidité finit par se retourner contre cette solidarité découverte. » : OC/DH, T. III p. 372.

⁸⁵² DAC, p. 545.

⁸⁵³ OC/DH, T. III p. 372.

⁸⁵⁴ DAC, p. 461.

discipline, de lois. Pour le *juriste révolté*, l'oppression judiciaire n'est jamais qu'un aspect de l'oppression politique exercée sur la population (à côté de l'oppression policière, administrative...), dont l'appareil judiciaire n'est que le relais plus ou moins contraint (en fonction de l'indépendance statutaire dont bénéficient ou non les juges). Et la limite à cette oppression ne peut être posée et opposée au pouvoir politique que par le juge lui-même. Pour être le gardien effectif de la liberté des citoyens, il lui faut affirmer dans l'intérêt exclusif de ces derniers, avec l'autonomie de son office, l'autonomie du Droit. Une affirmation qui l'engage vis-à-vis des justiciables et du pouvoir à une double neutralité : une neutralité renforcée dans son interprétation de la loi (la dimension politique du Droit) et une neutralité inédite à l'égard du pouvoir dans son interprétation de l'éthique du Droit.

Conclusion du chapitre

458. La révolte et la solidarité forment un couple inséparable au sein du dispositif de la *théorie du Droit de l'Homme révolté* inspirée de la pensée de Camus. Le *Juge révolté* est un Juge que révolte l'injustice de la loi qui rompt gravement la solidarité qui est au principe de l'existence humaine en tant qu'existence proprement humaine. Une révolte qui n'est pas celle de l'homme distingué du Juge, éprouvée dans son for intérieur et éventuellement exprimée et discutée dans des cercles privés (familiaux, amicaux, militants...) à l'extérieur du palais. Elle est celle de l'homme que le juge ne saurait refouler sans se perdre en tant qu'homme *et* Juge. Elle est celle du Juge conscient d'être engagé par son humanité. Celle de l'homme en tant que propriétaire indivis de la nature humaine⁸⁵⁵ et non celle de l'individu singulier avec son « moi » son égo, son histoire personnelle, ses préférences et ses convictions propres notamment politiques, religieuses ou philosophiques. Celle qui, dans le cheminement métaphysique de *L'Homme révolté*, correspond au second stade, solidaire — celui du « nous sommes ». Celle du Juge qui comprend la nécessité de délaisser un neutralisme qui fait obstacle à la compréhension du Droit en lui refusant la dimension éthique que lui reconnaît le peuple au nom duquel il rend ses jugements et qui est la condition même de son autonomie en tant qu'objet et discipline.

⁸⁵⁵ « L'écrivain algérois, qui partage la vision grecque, lui reprend l'idée de nature humaine, c'est -à-dire d'un ensemble de caractères propres à l'espèce humaine. En ce sens, l'existence ne précède pas l'essence, comme Jean-Paul Sartre le proclame. Ce qui ne signifie pas que l'homme découvre sa nature dès le départ : c'est au cours de l'histoire qu'il manifeste cette nature et qu'il en prend connaissance. L'analyse de la révolte a renforcé cette conviction chez Camus : le révolté ne se révolte pas que pour lui-même mais pour tous les hommes dont il découvre la dignité ; ce faisant, il découvre la solidarité humaine et l'exigence de justice et de liberté. » : DAC, p. 600-601.

Mais il ne saurait être question de méconnaître aussi sa dimension politique et, à la base de cette dimension première, sa fonction d'ordre au lieu et place de l'instinct qui régit les autres sociétés animales (bien entendu à des degrés divers, notamment chez les animaux sociaux supérieurs).

459. Ce dispositif doit amener le *Juge révolté*, pour ne pas risquer de se faire politicien ou justicier (même sans sortir du périmètre de sa saisine), à s'efforcer de préserver un équilibre entre les exigences propres à chacune des deux dimensions en question, en fixant la limite que la loi ne doit pas franchir, au point d'équilibre, qui est aussi celui de la tension maximale entre elles. Une limite nécessairement évolutive dans sa formulation dans une société humaine complexe et elle-même évolutive. Une limite qui appelle une jurisprudence juridictionnelle (dimension éthique) distinguée de la jurisprudence légale (dimension politique) par essence elle-même évolutive ; mais sans que cela n'exclut la fixation d'une limite à la fluctuation de la limite, ou en d'autres termes, la fixation d'une ligne rouge, en tout état de cause infranchissable par la loi. Laquelle par exemple la franchit lorsqu'elle conduit à discriminer des hommes sur des critères essentialistes, à porter atteinte à leur dignité d'hommes.

460. En deçà de la ligne rouge, le placement du curseur relève sans doute plus d'un art — d'un art de vivre ensemble —, que d'une quelconque mécanique juridique. Un art comme l'est l'art médical, l'art de choisir toujours plus ou moins entre deux maux, le moins préjudiciable. Un art rendu plus difficile que jamais aujourd'hui en raison de ce que la solidarité qui est au principe du Droit, ne peut pas être pensée en faisant totalement abstraction de la globalisation, par exemple en ce qui concerne les migrants ou la protection de l'environnement. *Penser le Droit avec Camus*, avec un artiste et non avec un auteur du sérail qui écrit depuis la cité des juristes pour des juristes, conduit à une double ouverture sur l'art : celle qui consiste, selon ce qui vient d'être dit, à voir dans le Droit un art de vivre ensemble plutôt qu'une technique de régulation sociale, mais aussi à voir dans l'art une riche source d'enseignements, comme on va le voir maintenant.

Titre 2. Les deux ouvertures du Droit sur l'art

« Pisarev proclame la déchéance des valeurs esthétiques au profit des valeurs pragmatiques. « J'aimerais mieux être un cordonnier russe qu'un Raphaël russe. » Une paire de bottes est pour lui plus utile que Shakespeare. [Mais on] remarquera (...) que, dans cette lutte entre Shakespeare et le cordonnier, ce n'est pas le cordonnier qui maudit Shakespeare ou la beauté, mais au contraire celui qui continue à lire Shakespeare et ne choisit pas de faire les bottes, qu'il ne pourrait jamais faire au demeurant. » *L'Homme révolté*.

461. Ce qu'on a vu jusqu'à présent du dispositif de la théorie alternative proposée, sommairement exposé puisque l'ambition de cette thèse est limitée au tracé de ses lignes de force, c'est, avec la révolte qui est à son principe, aux lieu et place d'une conception du droit unidimensionnelle axée exclusivement sur l'expression, au travers de la loi, de la volonté politique, une conception du Droit bidimensionnelle qui ajoute à la dimension politique basique du droit, la dimension éthique qui lui permet d'accéder à l'autonomie et avec elle, le Juge à l'autonomie de son office. Un dédoublement qui introduit la notion fondamentale d'une limite éthique juridictionnelle à l'application de la loi. Un dédoublement en quelque sorte en cascade puisqu'il implique celui de la représentativité, de la positivité, de l'ordre public et de la jurisprudence comme cela est représenté en annexe 1.⁸⁵⁶ Ce dispositif fournit une base théorique à la conception populaire spontanée, empirique du Droit — d'un Droit conçu en opposition à toute forme grave d'injustice, d'arbitraire.⁸⁵⁷ Une conception que rejoint la nôtre par d'autres voies, pour faire accéder le Droit à l'autonomie, pour qu'il ne soit pas que l'instrument normatif discrétionnaire du pouvoir politique. Ce qui, rappelons-le, ne veut pas dire que nous considérons que la loi et le Droit sont dans une opposition inexpiable. Il se peut, et il faut espérer que ce soit le cas le plus fréquent, que la loi et le Droit convergent, voire se confondent. Que le *Juge révolté* n'ait aucune raison de se révolter. Qu'il n'ait rien d'autre à faire que d'appliquer la loi tout en restant vigilant. Une vigilance d'autant plus requise en présence de lois qui, sans justifier un refus d'application de sa part, peuvent ne pas lui apparaître, pour autant, irréprochables du point de vue de l'éthique du Droit ; étant entendu qu'on n'est pas à la

⁸⁵⁶ Annexe 1 *Une ébauche de modélisation du dispositif*, n° 636.

⁸⁵⁷ De la conception populaire du Droit, c'est-à-dire celle partagée par l'ensemble des membres de la cité (une conception historiquement occidentale et française en particulier) à laquelle la pensée du Droit avec Camus permet de conférer une base intellectuelle, évoquée dès l'introduction générale, il est rappelé les trois aspects (anthropologique, empirique et logique) dans l'annexe II *Sur les rapports de la théorie du DHR au juspositivisme et au jurnaturalisme*, au IV intitulé *Légende du schéma précédent* (celui de la *Représentation graphique de la double ascendance de la théorie du DHR*).

poursuite d'un droit idéal mais d'un équilibre, nécessairement instable, entre les exigences dont sont porteuses ses deux dimensions.

462. Ce que l'on peut espérer avec le dispositif proposé, c'est une démocratie mieux armée pour résister aux coups les plus sévères portés à la solidarité et, partant, à la recherche de l'harmonie sociale à laquelle aspirent ceux qui se mobilisent pour sa protection et sa promotion. Cette aspiration en recouvre une autre : l'aspiration au bonheur pour chacun et pour tous.⁸⁵⁸ Non pas au bonheur que prétendrait définir un seul ou quelques-uns au nom de telle ou telle idéologie quelle qu'en soit la nature, mais le bonheur qu'il appartient à chacun de définir, en veillant à ce qu'il ne porte pas atteinte au bonheur des autres ; ou mieux, qu'il contribue à leur propre bonheur. Le bonheur aussi est solidaire.⁸⁵⁹ Il s'agit certes d'une harmonie au plan social et d'un bonheur au plan individuel dont la réalisation ne peut qu'être imparfaite et précaire⁸⁶⁰, mais qui, lorsqu'ils sont ne serait-ce qu'approchés, remplissent suffisamment le cœur humain pour que le chemin vaille la peine d'être poursuivi et leur possibilité préservée. Avec Camus, philosophe, moraliste et artiste, mais qui se disait volontiers surtout artiste, tout est lié et rien de ce qui est humain n'est étranger à la beauté — « la beauté [qui] est la justice parfaite ». ⁸⁶¹ Il n'y a pas solution de rupture de l'éthique à l'esthétique ⁸⁶², même si leurs rapports ne peuvent être qu'imparfaitement élucidés. ⁸⁶³

⁸⁵⁸ « L'exigence du bonheur et sa recherche patiente » écrit Camus dans ses *Carnets* en 1937 : OC/CA, T. II, p. 841. Une exigence de bonheur et d'harmonie dont on voit qu'elle est présente dès le long, lyrique, inaugural et programmatique poème en prose que constitue *Noces à Tipasa*.

⁸⁵⁹ « Il n'y a pas de honte à être heureux » mais « il peut y avoir de la honte à être heureux tout seul ». « Pourtant moi, je suis plutôt tenté de croire qu'il faut être fort et heureux pour bien aider les gens dans le malheur » : DAC, p. 92. « C'est à tout le moins dans la solidarité avec les autres que se vit le vrai bonheur camusien. » : DAC, p. 94.

⁸⁶⁰ « Le bonheur est un bien perdable, sans quoi il ne serait pas — « J'ai toujours eu l'impression d'être en haute mer : menacé au cœur d'un bonheur royal » (*Carnets*, 1951). Ainsi est-il lié à la condition absurde » : DAC, p. 93.

⁸⁶¹ DAC, p. 79.

⁸⁶² « On ne saurait reconnaître la beauté morale sans vouloir s'en approcher et, à son tour, la réaliser. Le développement du sentiment moral permettra non seulement de l'apprécier, mais suscitera le désir de l'effectuer par l'action. En se tournant vers le Bien à travers les actions qu'il suscite, l'on se rend capable de générer cette beauté, de même qu'en lisant la beauté comme signe du Bien, on découvre ses propres aptitudes à faire le Bien. Dès lors, la portée de cette question ouvre sur des domaines considérables, que ce soit pour l'éducation morale comme éducation du regard et du désir, qui commande le développement du goût, la communication intersubjective et le lien à l'autre, la visée de la perfection inaccessible qui donne sens aux efforts de la pratique morale et aux tentatives de la création esthétique. », De Raymond, j.-F. (2000). *La beauté morale. Laval théologique et philosophique*, 56 (3) 425-437, <https://doi.org/10.7202/401315ar>, p. 437.

⁸⁶³ « Pourtant, si nous ne parvenons qu'imparfaitement à justifier la correspondance de la morale et de la beauté, nous en sentons le signe, un analogon, nous expérimentons avec elle une parenté. », *Ibid.*, p. 431. Selon Kant : si nous désignons souvent des actions morales par le langage de l'art, les qualifiant de « belles », nous désignons aussi des objets de la nature ou de l'art par des noms « qui semblent avoir à leur principe un jugement moral ». Ainsi la beauté serait « symbole de la moralité. », *Critique de la faculté de juger*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin,

463. Avec Camus, le Droit n'est pas un système clôt sur lui-même comme l'est celui du neutraliste pour qui le droit est sans finalité propre, sans autre finalité que celle que lui assigne le politique. C'est au contraire un système ouvert ⁸⁶⁴, et même doublement ouvert sur l'art, d'une part avec la recherche, autant qu'il est possible, de l'équilibre, de l'harmonie dans les relations humaines en mettant le Droit au service d'un art de vivre ensemble (chapitre 2), et d'autre part avec une ouverture sur l'art en tant que source de connaissance pour le juriste. Une source de connaissance complémentaire aux enseignements techniques et aux enseignements « périphériques » qu'ils peuvent tirer d'autres sciences humaines et notamment de l'histoire et de la sociologie. Cette connaissance, en particulier avec la littérature, des potentialités du droit, n'est guère encouragée, c'est le moins que l'on puisse dire, par l'université française. Mais cela ne saurait justifier de passer sous silence l'intérêt pédagogique certain de cette connaissance, dès lors surtout qu'on a fait le choix d'un auteur tel que Camus (chapitre 1). Cela ne peut, en fait, que renforcer l'intérêt d'en traiter.

Chapitre 1. Le Droit au miroir pédagogique de la littérature

464. Parmi les différents intérêts du rapprochement de l'art et du Droit, figure celui que l'on peut dire pédagogique. En effet, l'art, et tout particulièrement la littérature ⁸⁶⁵, offre aux juristes un utile moyen d'approfondissement de la connaissance de la matière qu'ils mettent en œuvre ou qu'ils auront à mettre en œuvre dans ses différentes branches ⁸⁶⁶, au travers des comportements des protagonistes justiciables et hommes de lois, qu'elle met en scène dans des situations où le droit joue un « rôle ». Le Droit et la Justice sont depuis longtemps des sources

1984, p. 173-176. Bergson de son côté note : « Pour celui qui contemple l'univers avec des yeux d'artiste, c'est la grâce qui se lit à travers la beauté, et c'est la bonté qui transparaît sous la grâce. » : Henri Bergson, *La Pensée et le Mouvant*, Œuvres, PUF, p. 1472.

⁸⁶⁴ Nécessairement ouvert. Cf. n° 6 (introduction générale).

⁸⁶⁵ D'abord parce que le mode d'expression du Droit est le même que celui de la littérature. Il y a certes un langage technique du Droit, mais l'existence d'un lexique particulier n'infirmes bien entendu en rien ce fait majeur. Il appartient comme tous les autres lexiques techniques à la langue qui les supportent. La situation serait différente si le Droit utilisait un autre langage que le langage naturel, tel celui des mathématiques. Ce qui n'est pas le cas et l'on sait l'échec des tentatives de formalisation qui a été celui de la philosophie analytique appliquée au langage dont le but, selon Carnap, était la « clarification logique de la pensée » : Patrick Juignet, article en ligne de 2017, *Le Cercle de Vienne*, In : *Philosophie, science et société*.

⁸⁶⁶ Le droit pénal bien sûr, mais pas seulement. Le droit civil avec le droit des biens, de la responsabilité et de la famille est propice à de multiples comédies ou drames ; comme l'est aussi le droit des affaires et des procédures collectives ou encore celui qui régit les institutions politiques.

inépuisables d'inspiration pour une grande variété de littérateurs et de scénaristes qui explorent leurs potentialités fictionnelles, mais qui pour beaucoup ne manquent pas pour autant de réalisme. Parfois, c'est la fiction qui dépasse la réalité, parfois c'est l'inverse, une sorte de dialectique semblant s'établir entre elles pour pousser les possibles à leur extrême, comme on le voit de façon saisissante avec certaines dystopies dont *1984* est un parfait exemple. On a, avec cette œuvre, l'inspiration des totalitarismes antécédents et la version en cours de réalisation en Chine d'un contrôle social inégalé, démultiplié et rendu effectif grâce notamment au développement des technologies de l'information avec, on l'a vu précédemment, la substitution progressive d'une justice digitale à la justice humaine « traditionnelle ».

465. Mais force est de constater qu'en France, l'intérêt de la littérature pour les juristes est largement ignoré par les facultés de droit ⁸⁶⁷, s'il n'est pas même nié dans l'idée que le droit est une science qui, selon certains théoriciens, aurait plus à voir avec la physique qu'avec les autres sciences humaines.⁸⁶⁸ La science du droit ne pourrait qu'être « amollie », sinon gâchée, par la fréquentation de la littérature au sens large. Or c'est tout le contraire, et avec Camus on est de plain-pied dans un questionnement commun à l'écrivain et au juriste, comme on le voit dès l'incipit de *L'Homme révolté* : « Il y a des crimes de passion et des crimes de logique. Le code pénal les distingue, assez commodément, par la préméditation ». ⁸⁶⁹ « Il faut, affirme Camus un peu plus loin, se mettre en règle avec le meurtre ». ⁸⁷⁰ Mais si l'ensemble de l'œuvre présente un profond intérêt pour une pensée du Droit sortie des lices du positivisme, une œuvre dont on a souligné en introduction l'unité, les liens qui unissent ses différents éléments (essais, pièces, romans, articles de presse, conférences...), c'est sa partie philosophique contenue principalement dans ses essais qui a été surtout mobilisée pour la conception du dispositif

⁸⁶⁷ Selon Paul Dubouchet, « La Faculté des Lettres et la Faculté de Droit se sont ainsi, pendant des années (début du XIX^{ème} siècle —milieu du XX^{ème} siècle) mutuellement ignorées, se retranchant derrière la barrière doublement infranchissable de la séparation des ordres universitaires et de leur refus du dialogue » : Paul Dubouchet, *Sémiotique juridique, introduction à une science du droit*, PUF, 1990, p. 10. Malgré des efforts certains pour « dépasser le compartimentage universitaire actuel des sciences humaines et sociales et à résister à une certaine propension « positiviste » qui les conduit à mimer, faute de sérieusement les imiter, les sciences de la nature » (Henri Besse, lectures, *Marc Debono, Langue et droit. Approche sociolinguistique, historique et épistémologique*, Documents, 52/2014, p. 200-204) le clivage entre le droit et les autres sciences humaines et sociales et *a fortiori* entre le droit et la littérature persiste, en tout cas au niveau de l'enseignement du droit, essentiellement cantonné à la technique.

⁸⁶⁸ Cf. la remarque d'Alain Supiot rapportée au n°126.

⁸⁶⁹ OC/HR, T. III, p. 63.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 64.

théorique de la *théorie du Droit de l'Homme révolté*. Et c'est plus particulièrement maintenant de l'intérêt de l'œuvre sous l'angle de la littérature et avec elle de la fiction, dont il sera question. D'abord sur un plan général (section 1), puis au travers de trois exemples propices à la méditation sur le Droit : l'un venant de la tragédie grecque en laquelle Camus voyait l'un des aspects les plus remarquables du « génie grec »⁸⁷¹, et les deux autres étant issus de ses propres œuvres (section 2).

Section 1. Le double intérêt du rapprochement du Droit de la littérature

466. La rationalité de la loi est d'abord fonction de la rationalité du législateur, c'est-à-dire de la rationalité qu'il est plus ou moins en mesure d'introduire dans l'expression de ses choix. En amont de son édicton, la loi est en effet l'enjeu des passions à l'œuvre dans le cours de la vie politique, de l'incessante « guerre des dieux » (pour reprendre la célèbre formule de Max Weber) que sont les valeurs revendiquées par ses acteurs. En aval, les juristes s'efforcent de donner aux lois une rationalité commune à leur ensemble afin qu'il constitue un système aussi cohérent que possible pour une interprétation de chaque norme aussi objective, aussi dépassionnée, aussi technique que possible, une interprétation qui ne fait en principe aucune place à l'imagination. Pour les juristes en question, il ne peut donc qu'être incongru d'aller chercher dans la littérature qui est l'un des hauts lieux de l'imagination, quoi que ce soit d'utile à la connaissance du droit. Ce qui, de notre point de vue, est une erreur manifeste et préjudiciable puisque, d'une part, la littérature permet, grâce précisément à l'imagination fertile des écrivains pour qui le droit et la justice sont des sujets récurrents, d'élargir cette connaissance à tous les possibles que recèlent le droit (§1) et que, d'autre part, le droit n'est pas, en lui-même, étranger à la fiction (§2).

Paragraphe 1. L'élargissement à tous les possibles de la connaissance du Droit

467. Dans un livre au titre évocateur — *Raconter la loi, aux sources de l'imaginaire juridique* —, François Ost se livre à des interprétations juridiques de grands textes tels que

⁸⁷¹ OC, T. III, Conférence sur le thème de *L'avenir de la tragédie* prononcée à l'Institut français d'Athènes le 29 avril 1955, p. 1127. On y voit le grand intérêt de Camus pour la tragédie grecque, et les enseignements que l'on peut en tirer encore aujourd'hui. Une conférence, note Jeanyves Guérin, qui lui a permis « de rassembler des vues qui courent dans ses écrits antérieurs », DAC, p. 861. Une conférence à laquelle il sera fait plus amplement référence dans la section suivante dans le premier paragraphe consacré à Antigone.

l'Exode dans la Bible, *l'Orestie* d'Eschyle, *l'Antigone* de Sophocle, le *Robinson Crusoe* de Defoe, l'œuvre de Kafka..., pour « Montrer que la littérature contribue directement à la formulation et à l'élucidation des principales questions relatives à la justice, à la loi et au pouvoir »⁸⁷², qu' « Entre droit et littérature, résolument solidaires de par leur ancrage dans l'imaginaire collectif, les jeux de miroir se multiplient, sans que l'on sache en définitive lequel des deux discours est fiction de l'autre »⁸⁷³, comme on le voit avec « Un auteur comme Balzac [qui avait commencé des études de droit et a travaillé chez un avoué parisien], aussi pénétré de droit que de littérature (...) qui réussit, par exemple, à propos de la loi de 1807 sur les faillites, à parler d'une institution juridique dans les termes mêmes de la critique littéraire. Dénonçant les innombrables manœuvres auxquelles cette législation donne prise ».⁸⁷⁴ On est loin de la place strictement personnelle que la plupart des juristes accordent à la littérature, même s'il est néanmoins, en général, entendu qu'il peut être utile pour un juriste, notamment un avocat, de posséder un certain répertoire littéraire, non seulement pour briller dans les salons et les prétoires, mais aussi pour rendre plus attrayantes, plus « imagées », plus compréhensives ses conclusions et ses plaidoiries et possiblement, en cela, améliorer leur efficacité. Mais l'intérêt direct de la littérature est très peu reconnu et son intérêt indirect ne l'est guère plus alors que la tendance est à une rotation la plus rapide possible des dossiers et, pour y parvenir, à une réduction des débats à ses aspects purement techniques.

468. C'est aux États-Unis que le potentiel pédagogique de la littérature a été le plus précocement, durablement et profondément reconnu et pris au sérieux par l'université. Avec en grand précurseur, John H. Wigmore (1863-1943) qui comprit ce « que le caractère austère d'un droit, réduit à une pure technique, avait à gagner à s'allier au tempérament plus gai et plus libre de la littérature ». Ce qui le conduisit à dresser « l'inventaire de ce curieux ménage, en recensant les romans susceptibles d'instruire les juristes sur leur propre discipline (*légal novels*) ».⁸⁷⁵ Une initiative qui en suscita d'autres par la suite parmi ses collègues⁸⁷⁶ de différents points de vue

⁸⁷² François Ost, *Raconter la loi – aux sources de l'imaginaire juridique*, O. Jacob édit., 2004, p. 45.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 20.

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ *Le droit dans la littérature*, sous la direction de Antoine Garapon et Denis Salas, édit. Michalon, 2008, Le bien commun, p. 7.

⁸⁷⁶ Notamment Benjamin Cardozo, Richard Posner et Richard Weisberg à qui l'on doit le concept de « roman de procédure ». *Ibid.*

et notamment celui qui nous intéresse plus particulièrement ici, des contenus à caractère et portée juridiques de la littérature (« Law in literature »). Il s'agit de savoir comment « la fiction littéraire réfléchit le monde de la justice et du droit »⁸⁷⁷ afin, selon le même auteur, d'une part, d'instruire le juriste de la manière dont le littérateur, mais à travers lui, l'homme du commun, se représente le monde du droit, d'autre part, d'appeler son attention sur l'application concrète de la loi et ainsi lui faire prendre conscience de sa nécessaire évolution, enfin, de renseigner le juriste sur la nature humaine. Lequel, écrit-il, « se doit d'aller vers la fiction qui lui offre un musée de portraits de la vie. »⁸⁷⁸ C'est ainsi qu'il publia en 1900 une première « List of *legal Novels* » (le terme de « *Legal Novels* » et le genre « roman judiciaire » étant inventés dans le même mouvement), suivie de nombreuses autres listes rédigées par lui-même et ses successeurs (notamment Richard H. Weisberg). Ce qui fait qu'aujourd'hui, le mouvement « Droit et littérature » est florissant de l'autre côté de l'Atlantique.

469. Ce mouvement « se définit par une attitude, et non par un territoire, un pouvoir ou des principes ».⁸⁷⁹ Une « attitude » inséparable d'une posture éthique, clairement explicitée dans les introductions aux listes de *Legal Novels* : « parmi les caractéristiques fascinantes du mouvement « Droit et littérature » », écrit Ian Ward, l'une des plus passionnantes et des plus précieuses est celle qui veut que, contrairement à d'autres approches théoriques des problèmes du droit, « Droit et littérature » ambitionne de mieux éduquer » et de cultiver chez les juristes un « humanisme rebelle » en soulignant l'existence du lien qui unit application du Droit et justice. »⁸⁸⁰ Un « humanisme rebelle » et un lien entre « application du Droit et justice », auxquels un juriste qui entreprend de *penser le Droit avec Camus*, l'auteur de *L'Homme révolté* et celui pour qui la justice aura été une préoccupation constante, ne peut qu'être sensible ; même si la figure de l'humaniste rebelle dans le cadre du mouvement « Droit et littérature » est moins radicale que celle du *Juge révolté* de qui il est attendu de s'opposer purement et simplement à l'application d'une loi manifestement contraire à la justice. Ce qui ne signifie pas que les ambitions de ce mouvement soient négligeables, puisque qu'elles dépassent le simple souci d'améliorer la culture générale et même indirectement la culture technique des juristes (en

⁸⁷⁷ Antoine Garapon et Denis Salas, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 49.

⁸⁷⁹ Ronald Dworkin cité par Anne Simonin, « *Eloge de l'éclectisme. Penser le champ « Droit et Littérature » à partir des listes de Legal Novels (1900-1987)*, *Textyles*, 31 / 2007, 12-27.

⁸⁸⁰ Anne Simonin, *op. cit.*,

améliorant leur connaissance des potentialités des lois et des institutions) et intègrent un questionnement d'ordre éthique mais, de notre point de vue, sans aller assez loin dans ce questionnement (il est question d'« attitude » ou de « posture » éthique), sans aller jusqu'à en tirer des conséquences sur la conception même du Droit et de l'office du Juge.

470. Sur les ambitions du mouvement, John H. Wigmore est parfaitement explicite : « Que les choses soient claires, nous ne destinons pas cette liste aux profanes. La qualité du lecteur — le juriste — est (...) un élément essentiel dans la définition du genre » (le roman judiciaire). Tout juriste doit avoir une certaine connaissance [des *Legal Novels*], non pour améliorer sa culture générale, mais à cause de ses obligations professionnelles qui exigent de lui qu'il soit familier avec les traits de sa profession passés dans le sens commun, et dans la littérature. (...) Le roman — la véritable œuvre de fiction — est un catalogue de personnages d'après nature. Et un juriste doit connaître la nature humaine. Il doit traiter de façon compréhensive avec ses types, ses motivations. Il ne peut tous les trouver dans son entourage proche ; la vie n'est pas suffisamment longue, la diversité suffisamment large pour qu'il apprenne à les connaître par expérience personnelle avant d'en avoir besoin. Pour acquérir cette connaissance, il doit avoir recours à la fiction, qui est une galerie de portraits d'après nature ».⁸⁸¹ Reconnaître l'existence d'une nature humaine et s'employer à la connaître est au cœur des préoccupations philosophiques et littéraires de Camus pour qui, aussi, l'art est un puissant moyen de connaissance de l'humain ; à côté de celle acquise tout au long de la vie au travers de l'expérience et de la réflexion sur l'expérience et de celle que procurent toutes les sciences qui ont pour objet l'homme dans tous les aspects de son être physique et mental. Considérer que l'application du droit, dire le droit, requiert de faire totalement abstraction de toute cette connaissance extérieure au corpus au motif que le droit est un objet neutre et que la discipline qui lui correspond est une discipline formelle, une mathématique normative justiciable d'une « théorie pure », revient à nier l'humanité de la « chose » et à faire du juriste, à l'opposé de « l'humaniste rebelle » susvisé, et *a fortiori* de l'humaniste camusien⁸⁸², un serviteur qui a vocation à être remplacé à terme par un robot.

471. On peut se demander si l'ouverture du droit sur la littérature en terre de *Common Law*, n'est pas, précisément, liée au système de droit anglo-saxon. On peut s'étonner en effet

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² Le troisième paragraphe de la seconde section du Chapitre 2 du présent titre, est consacré à l'humanisme camusien (n° 584).

de ce que le mouvement *Droit et Littérature* soit né aux États-Unis et non en Europe continentale et particulièrement en France où la littérature a toujours occupé une place de choix dans la culture. Et alors que nombre de grandes œuvres françaises⁸⁸³ qui ont à voir directement ou indirectement avec le droit, sont volontiers citées par les promoteurs de ce mouvement. N'est-ce pas parce que les juges en *Common Law* écrivent au fil de leurs jugements, parfois très longs et souvent avec une certaine liberté, un vaste récit auquel ils ne cessent d'apporter de nouveaux développements, qui les prédisposent à un rapprochement avec ceux qui écrivent des récits de fiction ? « Le jugement de *common law*, en effet, se compose d'éléments variables et hétérogènes. Le juge ne suit pas un schéma logique particulier et préétabli, mais il procède librement, employant des techniques d'exposition différenciées, des raisonnements de préférence inductifs, des exemples et des considérations tirés aussi bien de l'expérience juridique que de l'expérience commune. Son prononcé ne « dit » pas le droit, seulement pour trancher le différend entre les parties, mais élabore de façon originale les règles préexistantes. Et enfin — s'il le faut — il crée la norme, le principe de droit, d'où tirer la solution du cas mais qui, en perspective, servira pour d'autres cas analogues. Il est évident que tout cela caractérise l'œuvre et l'attitude des cours, conscientes et responsables d'un rôle qui dépasse le moment et l'espèce particulière. »⁸⁸⁴ Demolombe avait raison de considérer que la jurisprudence est la « partie animée, presque dramatique, de la législation ». ⁸⁸⁵ Mais cette partie n'a pas dans la tradition civiliste⁸⁸⁶, l'importance qu'elle a dans la *Common Law*, même si le fossé entre les deux traditions est sans doute moins profond qu'il n'a été par le passé ; quoi que, s'agissant de l'Angleterre, sa sortie de l'Union Européenne risque peut-être de le creuser de nouveau.

472. Dans la tradition civiliste et particulièrement en France, le droit qui est essentiellement produit par les instances dédiées du pouvoir central et codifié autant qu'il est possible, fait certes une place à la jurisprudence, mais une jurisprudence subordonnée alors qu'avec la *common law*, les précédents ont force exécutoire et jouent donc un rôle prépondérant

⁸⁸³ Au point que certains auteurs ont conçu à cet égard de véritables anthologies. Ainsi de Claire Bougle-Le Roux avec son livre *La littérature française et le droit : anthologie illustrée*, qui va du *Roman de Renart* à Camus, paru en 2013 chez LexisNexis. Mais sans que cela n'intéresse l'université.

⁸⁸⁴ Anna De Vita, professeur à l'université de Florence, *Aperçu comparatif*, Revue internationale de droit comparé /1998/ 50-3/p. 813.

⁸⁸⁵ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, édit. Imprimerie Générale Ch. Lahure, A. Durand Libraire, L. Hachette et Cie Libraires, Paris 1865, t. 1, Préface, p. V.

⁸⁸⁶ Aussi nommée romano-civiliste, romano-germanique ou de droit continental.

dans sa création. Même si la règle de la *stare decisis* (s'en tenir à ce qui a été décidé) énoncée en 1898 par la Chambre des Lords, selon laquelle toute décision de la Chambre des Lords, portant sur une question de droit, lie d'une façon définitive et obligatoire, dans tout nouveau litige, non seulement les tribunaux inférieurs sans exception mais la Chambre des lords elle-même », a évolué. Jusqu'à ce que ladite Chambre, en 1996, permette au juge, exceptionnellement, de se dégager de cette obligation afin d'éviter de se référer à des précédents devenus manifestement inadaptés ou injustes.⁸⁸⁷ Et même si encore aujourd'hui, la part des normes issues des Parlements dans le monde anglo-saxon, dont les juges doivent tenir compte, s'est notablement accrue. « Malgré cela, les juges dans le système de Common Law ont recours à des interprétations parfois très larges et très libres des dispositions législatives »⁸⁸⁸, et en cas de désaccord « très souvent le juge a le dernier mot. En ce sens la tradition de Common Law continue de subsister »⁸⁸⁹, mais de façon moins tranchée par rapport à la tradition civiliste, puisqu'elle doit tenir compte d'un droit venu de l'extérieur dont elle est partie prenante.

473. On peut en résumé penser que la *common law* est plus propice à un rapprochement du droit de la littérature que ne l'est la tradition civiliste, mais dans une mesure qu'il ne faut pas exagérer. D'ailleurs John H. Wigmore a très vite perçu que « la méthode du cas ne satisfaisait pas tous les besoins de l'éducation juridique et ne devait pas être considérée comme une méthode exclusive d'enseignement ». ⁸⁹⁰ En effet, comme l'a constaté l'un de ses contemporains, Walter H. Hitchler, cette méthode a pour « résultat (...) que la pratique du droit est devenue, dans une large mesure, la recherche mécanique des précédents, au lieu d'être une application réfléchie et un acte de confiance dans les principes de la conduite humaine et dans les interprétations qui sous-tendent les précédents. » ⁸⁹¹ C'est une tendance à la simplification et la réduction de la prise en compte des paramètres factuels et personnels, propice à une approche technicienne encore bien plus marquée dans l'autre tradition — la nôtre —, fondée

⁸⁸⁷ *Un adoucissement de la théorie du stare decisis à la Chambre des Lords*, Gerald Dworking, Revue internationale de droit comparé /1967/19-1/ p. 185.

⁸⁸⁸ *Rapprochements et divergences persistantes des systèmes juridiques de Civil Law et de Common Law*, Entretien avec Michel Rosenfeld, professeur à l'université N Cardozo de New York, Annuaire international de justice constitutionnelle /2009 / 24-2008, p. 34.

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ Anne Simonin, *op. cit.*, *Ibid.*

⁸⁹¹ Anne Simonin, *op. cit.*, *Ibid.*

sur l'application de normes générales et abstraites. La question posée à propos des rapports du droit et de la littérature, que l'on se situe dans une tradition ou dans une autre, s'inscrit dans la question plus vaste et profonde qui est celle posée tout au long de cette thèse, de la prise en compte dans la définition et dans l'application du Droit, de la portée et de la valeur humaines des normes, qu'elles soient tirées de précédents ou de lois. Une question dont on pourrait espérer qu'elle soit posée et réfléchie par tous les juristes, indépendamment donc de leurs origines civilisationnelles. Des juristes qui seraient unanimement d'accord, *a minima*, sur la nécessité de bannir toute entreprise de gommage des enjeux humains dans la conception de l'objet « droit » et de la discipline qui lui correspond, toute forme d'automatisme dans son application et toute fermeture de la réflexion sur le droit à l'ensemble des sciences humaines et tout particulièrement à la littérature.

474. Cet espoir en France — malgré le retard accumulé, un terreau professionnel qui demeure assez peu fertile et des programmes universitaires fort peu ouverts à la littérature —, est alimenté par de significatives initiatives et avancées. Comme en témoigne, par exemple, un colloque organisé en 2006 sous l'égide de la Cour de cassation sur le thème « Droit et littérature » au cours duquel son président d'alors, Guy Canivet, a tenu des propos qui rappellent singulièrement ceux des grands défricheurs américains : « le droit et la littérature partagent déjà le rôle de miroir de la société : si les œuvres littéraires nous livrent des portraits de cette dernière, le droit porte aussi en lui et reflète certaines valeurs sociales. Droit et littérature se rapprochent encore lorsque les fictions littéraires interrogent la nature et la fonction du droit, de la loi, du pouvoir et de la justice. Ces œuvres suscitent en particulier une réflexion quant aux fondements et imperfections de ces institutions, des questions fondamentales auxquelles la littérature peut également livrer des éléments de réponse ». ⁸⁹² Comme en témoigne également la création en 2017 d'une revue précisément intitulée *La Revue Droit & Littérature* ⁸⁹³ et la parution de nombreux livres ⁸⁹⁴, articles et études telles que celle de Christine Baron de 2019

⁸⁹² Colloque des 13 et 14 octobre 2006 « Droit et littérature ». *Propos de clôture Par Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation*, Site internet de la Cour de cassation, *Évènements, Colloques, 2006*.

⁸⁹³ Une revue « entièrement consacrée aux rapports qu'entretiennent Droit et Littérature. Droit de la littérature, droit dans la littérature, droit comme littérature, voire droit à la littérature : autant de pistes susceptibles d'enrichir la réflexion des juristes, des littéraires et, plus généralement, de tous les curieux. » : Présentation du N° 3 d'avril 2019.

⁸⁹⁴ Deux très bonnes sélections en français, qui à leur manière ne sont pas éloignées des *legal novels* sont fournies par François Ost dans son livre précité. On y trouve sans souci de chronologie : dans la Bible l'Exode, L'Orestie, Antigone, Robinson Crusoé, Franz Kafka, Andrea Camilleri, Albert Camus, Georges Duhamel, Friedrich Dürrenmatt, Anatole France, William Gaddis, André Gide, Witold Gombrowicz, Hermann Melville, Paul Morand, Robert Musil, Jean Racine, Reginald Rose, Leonardo Sciascia, Georges Simenon, Tom Wolfe.

intitulée « *Droit et littérature : de la prise de conscience citoyenne à la révision de la loi* » ainsi résumée : « Le tournant documentaire des études littéraires au XXI^e siècle a renoué un fil rompu entre droit et littérature. De la scène de prétoire à l'interprétation d'un texte de loi, de nouvelles perspectives tracent un chemin original entre ces disciplines. La littérature peut s'attaquer à la relecture de procès passés en les relisant à la lumière du contemporain ; déconstruction d'évidences, transposition et réinterprétation de cas se partagent pour la théorie un champ d'études qui pointe parfois les apories du droit et la difficulté des lois à englober la complexité de l'expérience humaine. En mettant la règle en acte, la littérature interroge aussi l'*opinio juris* du lecteur. Ni militante, ni désarrimée des réalités sociales, elle fait entendre d'autres voix, parfois discordantes, ténues mais souvent décisives – comme l'attesteront les cas, ici étudiés, de l'ouvrage *En procès* du Collectif Inculte, du récit de *L'Affaire Collini* de Ferdinand von Schirach ou encore du roman *Article 353 du Code pénal*, de Tanguy Viel. »⁸⁹⁵

475. On pourrait multiplier les exemples de manifestations de l'intérêt suscité par le sujet, mais ce serait inutile. Seul est utile de noter ici, à la fois l'évidence de cet intérêt, une certaine prise de conscience de cette évidence en France, mais aussi son caractère marginal en l'absence persistante d'un véritable enseignement des rapports du droit et de la littérature dans les facultés de droit et les formations professionnelles postuniversitaires. Il est certain en effet que bien peu d'acteurs du droit du XXI^e siècle, essentiellement formés à la technique comme leurs prédécesseurs, sont enclins à penser que leur discipline pourrait avoir avantage à se rapprocher d'un domaine qui est pour eux celui de l'imagination, de la fantaisie et donc d'une certaine irresponsabilité. D'un domaine de l'art qu'ils peuvent, s'ils sont cultivés, fréquenter régulièrement à titre personnel et pour lequel ils peuvent avoir le plus grand respect, mais un domaine qui, spontanément, leur apparaît étranger à la rigueur requise par leur discipline. Un réflexe en quelque sorte conditionné, qui trouve son origine dans la conception positiviste du droit qui leur a été inculquée, contre lequel et contre laquelle, va la conception du Droit inspirée

⁸⁹⁵ Christine Baron, « *Droit et littérature : de la prise de conscience citoyenne à la révision de la loi* », *COntextes* [en ligne], 22 / 2019, mis en ligne le 14 février 2019. URL : <http://journals.openedition.org/contextes/7119> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/contextes.7119>. À propos du dernier roman cité, l'auteur note par exemple : « Le juge se trouve ainsi pris entre le formalisme de la loi qui le contraindrait à faire condamner l'homme et la prise en compte de son récit. En développant ce récit, le romancier complexifie le rapport entre légalité et légitimité, invite le lecteur à réfléchir avec le juge, et le place pour ainsi dire en position de juge. » *Ibid.* On peut rappeler ici la classification des romans proposée par John Wigmore : La catégorie A : les romans « dans lesquels une scène de procès est décrite, pouvant parfois contenir un interrogatoire extensif » ; B : les romans « décrivant un portrait-type de juriste, ou des traits de la vie professionnelle » ; C : les romans « dans lesquels les méthodes judiciaires de détection, poursuite, et la sanction du crime sont décrites en détail » ; D : les romans « dans lesquels des points de droit affectant les droits ou la conduite des personnages sont partie intégrante de l'intrigue ».

de Camus pour qui « ce qui fait « le grand romancier », « c'est la fusion secrète de l'expérience et de la pensée, de la vie et de la réflexion sur son sens »⁸⁹⁶

476. Une telle définition peut tout aussi bien s'appliquer à un « grand juriste » qui peut être un grand savant, un grand technicien ou scientifique du droit, mais acquis à la nécessité d'une « fusion » comparable à celle du « grand romancier », pour ne pas sombrer dans le formalisme, l'abstraction et l'oubli de ce que le Droit est humain de part en part. Il s'agit d'une « fusion » à contrecourant de la tendance lourde de nombre de dirigeants actuels à la simplification de la justice dont ils ont une vision essentiellement gestionnaire. Une simplification qui a pour effet, sinon pour but, de réduire progressivement le droit à sa fonction basique d'ordre, de réduire l'acte de juger à un traitement de plus en plus stéréotypé que pourrait parachever sa digitalisation, de réduire la société, sinon à une fourmilière, au moins à un ensemble d'individus dont le comportement doit répondre à un certain nombre de critères préétablis et contrôlables. Penser le Droit avec un romancier, un artiste, tel que Camus, c'est penser à contrecourant de la normalisation en cours de la société au moyen d'un droit inflationniste et bureaucratique, c'est, grâce à l'imagination inépuisable des écrivains⁸⁹⁷, rendre possible une infinité d'expériences de pensée, c'est refuser la réduction de son activité cérébrale à l'hémisphère gauche⁸⁹⁸, c'est faire une place à la culture et à la création dans l'activité juridique.

⁸⁹⁶ DAC, p. 800.

⁸⁹⁷ Et scénaristes. On ne peut en effet manquer de relever ici qu'aujourd'hui l'ouverture du droit sur les œuvres de fiction ne peut être limitée à la littérature au sens étroit. Il faut l'étendre, hormis bien entendu au théâtre, aux œuvres adaptées ou créées pour le cinéma et les autres médias qui envahissent les écrans des deux côtés de l'Atlantique. On peut lire ainsi en présentation d'une publication issue d'un colloque qui s'est tenu à Bordeaux en 2002 sur le thème des séries policières, que « tant à la télévision française qu'à la télévision américaine et de façon bien différente, les séries policières sont devenues l'un des principaux vecteurs de l'inventivité scénaristique, mais aussi un lieu d'expression privilégiée des contradictions sociales et de la recherche de consensus » : Présentation du livre *Séries policières*, sous la dir. de P. Beylot et G. Sellier, L'Harmattan, 2004. Des séries qui constituent sans aucun doute l'une des principales sources « d'information » et de représentation du public en ce qui concerne la procédure pénale, le droit pénal et l'institution judiciaire, qui peuvent comporter de nombreuses inexacitudes techniques, véhiculer bien des clichés mais qui, y compris en cela, sont instructives pour les différents professionnels du droit.

⁸⁹⁸ Pour faire image, puisque l'on sait depuis longtemps qu'il ne faut guère accorder de crédit à la distinction simpliste entre un hémisphère gauche supposé être (notamment) le siège de la logique froide et l'hémisphère droit celui (notamment) de l'imagination et des affects. Étant cependant observé que ce qui est invalidé, c'est l'asymétrie hémisphérique, non la diversité de l'activité cérébrale et la nécessité de n'en rien négliger pour qu'elle soit la plus riche possible.

Commentaire. Il n'est pas inintéressant, à propos de pédagogie, de faire ici quelques observations sur la « méthode pédagogique »⁸⁹⁹ qui serait révélatrice, selon certains auteurs, d'une « transformation » de l'office » du juge, du « passage du juge interprète au juge pédagogue » et, qui plus est, « du juge pédagogue au juge législateur ». Ce, en considération de « la technique de la saisine pour avis instaurée par une loi du 15 mai 1991 » et de la liberté prise à la suite par la Cour de Cassation lorsqu'à propos de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, elle a, en dehors de toute saisine d'une juridiction inférieure, pris l'initiative de « lever les « incertitudes soulevées par la réglementation nouvelle » ; en considération de ses dépassements du « cadre du litige avec l'*obiter dictum* [une « incidente ajoutée au raisonnement mais inutile à la solution] » et la modulation « dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence », ou encore — et là les magistrats auraient « franchi le Rubicon » —, avec les « revirements prospectifs » dont le modèle est donné dans un arrêt du 8 juillet 2004 où la Cour a annoncé « avec un prochain changement de jurisprudence (...) les conditions d'application dans le temps de sa solution », tout « en refusant de l'appliquer à l'affaire dont elle était saisie ». La transgression de « l'interdiction des arrêts de règlement édictée par l'article 5 du code civil » par les Hauts magistrats, serait ainsi caractérisée par le fait de leur dépassement du cadre de l'interprétation et du cadre de leur saisine, et également par l'effet obligatoire reconnu par les juges du fond à toutes leurs initiatives, pour eux équivalentes à des normes générales. Or, de notre point de vue, si tout cela démontre une extension indéniable de la fonction du juge au plus haut niveau de la hiérarchie, cela ne démontre nullement pour autant que par le biais de la pédagogie, son office ait acquis une véritable autonomie, qu'il exerce un véritable pouvoir. Il ne fait guère de doute en effet que si le législateur peut actuellement encourager ses initiatives (ce qui est le cas avec la loi du 15 mai 1991), il pourra demain, au gré des circonstances politiques, les décourager, voire les annuler. Et il y a peu de chances que la Haute juridiction entrera alors en résistance. Comme le relève Elsa Burdin — et le recours à la notion de roman nous intéresse — « la pédagogie utilisée par les juges de la Cour de cassation peut être illustrée par la métaphore “*du roman à la chaîne*” employée par Dworkin qui démontre que l'interprète n'est pas affranchi de toute contrainte. Pour cet auteur, les juges sont dans une situation comparable à celle d'un groupe d'écrivains, contraints d'écrire un roman à la chaîne. Chacun, à l'exception du premier, a l'obligation d'ajouter un chapitre personnel à l'intrigue, tout en

⁸⁹⁹ Toutes les citations entre guillemets de ce commentaire sont tirées du texte d'Elsa Burdin, *La pédagogie du Juge contre la Loi*, In : *La pédagogie au service du droit* [en ligne]. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011 (généré le 16 avril 2020). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/putc/459>>. ISBN : 9782379280061. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.putc.459>.

respectant une certaine continuité de style et de contenu. Il semble bien s'agir de continuité et de cohérence lorsque les juges prennent soin d'indiquer leur opinion sur une question non encore soulevée ou lorsqu'ils tiennent compte d'une norme de valeur supérieure pour empêcher la rétroactivité d'un revirement ». C'est bien en effet de cela qu'il s'agit, assez traditionnellement, même si les méthodes évoluent en fonction de la complexification constante du droit, même si la pédagogie prend une place inédite. Les juges à tous les niveaux participent évidemment à l'écriture de l'interminable « roman » du droit, avec plus ou moins de contraintes selon leur place dans la hiérarchie. Mais aucun, même placé au sommet de cette hiérarchie, ne peut sérieusement prétendre à autre chose qu'à remplir les blancs laissés par le pouvoir, des blancs qui peuvent à l'occasion résulter de quelques coups de gomme des juges sur la loi, mais dans la mesure et pour un temps qui sont toujours, en définitive, fonction du politique.

Paragraphe 2. La prise en compte de la fiction⁹⁰⁰ dans la connaissance du Droit

477. *Penser le Droit avec Camus* en tant plus particulièrement qu'artiste, conduit à réfléchir sur la place de la fiction dans la connaissance du Droit. Non pas seulement à la place que la littérature (le roman et le théâtre notamment) peut y occuper, comme on l'a vu précédemment, mais à la place qu'elle y occupe plus généralement et nécessairement en raison de sa nature même. Par hypothèse, l'auteur d'une loi (au sens large) entend modifier l'état du droit existant pour des raisons qui lui appartiennent mais, quelles que soient ces raisons, avec la plus grande efficacité possible. Ce qui suppose d'en connaître les effets. Dans les sciences dites « dures » les scientifiques n'ont pas à première vue à user de fictions. Ils ont à observer, décrire, établir des propositions en fonction de ces observations et descriptions. Il s'agit de mettre en évidence les constantes des « comportements » de leurs objets. Ce qui vaut *mutatis mutandis* pour les sciences humaines. Il en va ainsi pour la sociologie qui s'efforce « de retrouver les règles les plus générales qui président à la vie des institutions et de dégager ce

⁹⁰⁰ La fiction dont il est question ici n'a rien à voir, ni avec le mensonge ou la dissimulation destinée à tromper, ni avec une construction de l'esprit consciente ou non, qui a pour objet ou en tout cas pour effet, d'enjoliver la réalité. Elle n'est pas non plus la fiction juridique au sens d'un « Artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), « mensonge de la loi » (et bienfait de celle-ci) consistant à « faire comme si », à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit », « Fiction juridique », In : G. Cornu (sous la direction), *Vocabulaire juridique*, collection Quadriges, Paris, PUF, 2007. La fiction dont il est question ici est la fiction en tant que procédé artistique et la fiction en tant « [qu'h]ypothèse dont on ne sait à l'avance si elle est juste ou fautive, qui permet l'élaboration d'un raisonnement ». Définition en ligne de « fiction » n° C, du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) « créé en 2005 par le CNRS, le CNRTL fédère au sein d'un portail unique, un ensemble de ressources linguistiques informatisées et d'outils de traitement de la langue ».

qu'il y a de plus général dans les conformités et dans les comportements humains »⁹⁰¹, ou encore pour l'anthropologie qui « fait appel à l'analyse comparative pour saisir sous les discontinuités observables des sociétés, des invariants propres à toute l'humanité ». ⁹⁰² Pour les spécialistes des deux « camps » (sciences de la nature/sciences de l'homme), il s'agit d'écarter autant qu'il est possible la fiction pour cerner au mieux la réalité qu'ils ont entrepris de dévoiler. Dans les deux volets de son existence, celui de son édicition et celui de son application, la connaissance du Droit est au contraire largement vouée à la fiction ou, si l'on préfère, à la prédiction.

478. Pour le législateur (au sens large de toute autorité normative), le droit n'a d'autre réalité, d'autre actualité, que textuelle. Or, sauf à être totalement dogmatique, à faire choix de l'aventure ou du jeu de dés, s'il veut – et comment pourrait-il ne pas le vouloir — que la loi nouvelle produise les effets qu'il en attend, il a tout intérêt à s'efforcer de prévoir avec la plus grande objectivité possible les effets à plus ou moins long terme de cette norme. Il doit alors faire appel à son imagination en s'efforçant de réduire au maximum la marge d'erreur qui peut cependant varier de façon très importante selon l'objet de la loi. Par exemple, les effets d'une loi qui modifie les conditions de conservation des archives départementales sont évidemment bien plus prévisibles que ceux d'une loi qui réforme en profondeur l'hôpital. Et c'est de cette seconde catégorie dont il est plutôt question ici. Pour réduire autant qu'il est possible la part de l'imagination dans la prévision, on a assisté en France à partir de 1990, sur le modèle anglo-saxon (dès les années 70) et à l'instigation de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE) et de l'Union Européenne, à « L'émergence conjointe des études d'impact et d'une culture de l'évaluation ». ⁹⁰³ Ces études d'impact concernent les projets de loi (non les ordonnances et les propositions de loi qui constituent un « angle mort dans le dispositif »). Ces études ont été formalisées par la loi organique du 15 avril 2009 à la suite de la révision constitutionnelle de 2008. En conclusion d'une étude du Conseil économique, social et environnemental de septembre 2019, on peut lire que « depuis leur mise en place, les études d'impact apparaissent encore trop souvent comme un plaidoyer *pro domo*

⁹⁰¹ Gaston Bouthoul, *Les structures sociologiques*, Traité de sociologie 1, édit. Payot Paris, 1968, p. 68.

⁹⁰² Mondher Kilani, *Introduction à l'anthropologie*, édit. Payot Lausanne, 1989, p. 21.

⁹⁰³ Conseil économique, social et environnemental, *Étude d'impact : mieux évaluer pour mieux légiférer*, présentation de Jean-Louis Cabrespines, délégation à la prospective et à l'évaluation des politiques publiques, p. 7., Publié au Journal Officiel de la République française le mardi 3 septembre 2019.

des projets de loi qu'elles accompagnent », mais que leur « défaut d'impartialité inhérent à leur nature ne remet pas en cause leur utilité ». ⁹⁰⁴

479. Mais il ne faut pas perdre de vue que les effets des lois sont très difficiles à anticiper du fait de la complexité de la société, de ce qu'elle évolue en permanence et de ce que nombreux évènements quasiment imprévisibles peuvent venir bousculer les conjectures les plus documentées et étendues du législateur. L'affaire récente du coronavirus, d'ampleur planétaire et aux conséquences considérables dans tous les secteurs de la société, en est une preuve évidente. Autrement dit, l'évaluation des politiques publiques, aussi sincère et sophistiquée soit elle, laisse subsister une part non négligeable de fiction. Le « principe d'incertitude » demeure, l'avenir est toujours ouvert. La fiction est présente au niveau de la fabrication du droit : dans une certaine mesure, mais qui ne peut être nulle, le législateur « se fait » toujours, aujourd'hui autant qu'hier, un roman de l'avenir de ses lois, en somme un roman d'anticipation et de science-fiction avec la mobilisation de diverses sciences et techniques de prévision. Du fait de l'évaluation de la mise en œuvre des lois concernées, des corrections à l'usage pourront leur être apportées, qui modifieront en conséquence le « roman » initial pour l'adapter à la réalité de la loi, c'est-à-dire de ce qu'elle est devenue au fil de son application. ⁹⁰⁵

480. Quant aux juges qui selon Ronald Dworkin « sont dans une situation comparable à celle d'un groupe d'écrivains, contraints d'écrire un roman à la chaîne » ⁹⁰⁶, s'ils n'ont dans l'affaire, ni l'initiative ni la définition de l'argument (au sens littéraire) ni le dernier mot, ils ont néanmoins une certaine part, plus ou moins significative selon les auteurs ⁹⁰⁷, dans l'écriture de

⁹⁰⁴ Etude du Conseil économique, social et environnemental précitée, p. 74.

⁹⁰⁵ On peut noter ici que l'adaptation à la réalité peut désormais être envisagée dans le cadre d'une expérimentation législative. C'est ainsi que la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, « a donné au concept d'expérimentation législative une vision et une portée nouvelles. Ce texte vise à généraliser l'utilisation d'un concept en octroyant un pouvoir d'expérimentation, outre au gouvernement et au Parlement, aux collectivités territoriales. Selon la Constitution ainsi modifiée, l'article 37 al. 4 vise (...) à permettre aux collectivités locales de déroger, à titre expérimental, aux lois et règlements... ». Ce qui « suppose d'admettre que la loi ne revêt pas en elle-même sa toute puissance et qu'elle doit pour ce faire être efficace » et ce qui également « pose (...) par définition, un problème de compatibilité avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi ». Florence Cruzatier-Durand, *Réflexions sur le concept d'expérimentation législative*, Revue française de droit constitutionnel 2003/4 (n°56), pp. 675 à 695.

⁹⁰⁶ Cf. commentaire du paragraphe précédent.

⁹⁰⁷ Pour Hugues Rabault si « au plan de la pratique (...) on peut admettre que la décision de l'interprète joue un rôle important dans les « cas limites », le quotidien de l'interprétation fait de celle-ci une activité largement mécanique, où le rôle de la subjectivité de l'interprète est limité. (...) Saisi de façon globale le système juridique peut être analysé à l'image d'un traitement automatisé de l'information ». Hugues Rabault, *Le problème de*

la loi, dès lors qu'elle est passée du stade de la production au stade de la mise en œuvre. Une part qui correspond à l'application d'une loi dont les dispositions sont en principe générales, aux cas toujours plus ou moins singuliers qui leur sont soumis. Chaque jugement constitue ainsi une variante du texte initial, mais dont l'écriture, sans être une simple réécriture, ne requiert nullement, dans l'immense majorité des cas, une grande créativité. Il en irait par contre autrement avec un *Juge révolté*, un Juge qui aurait la maîtrise d'une partie du texte originel global — du Droit dans son ensemble — avec la définition et l'application de la dimension éthique du Droit. Le pouvoir politique législateur exprime toujours plus ou moins au travers du droit qu'il produit une « idéologie [que l'on peut définir] « comme expression des « intérêts ou des enjeux localisés » d'un groupe social ». ⁹⁰⁸ Le Droit tel qu'il est conçu avec Camus, exprime dans le temps long, non une idéologie, mais une véritable vision du monde. Une « vision du monde comme expression structurelle et fonctionnelle de la *situation relative* d'un groupe social dans un ensemble plus vaste ». ⁹⁰⁹ Ils sont en l'occurrence au sein de l'Occident, d'une conception française égalitaire et solidaire des rapports sociaux dont le Droit est l'expression normative, en opposition à toute forme d'arbitraire. C'est une conception dont le Juge est l'interprète et le garant, à qui il revient, avec l'éthique du Droit, de faire le récit. Un récit qu'il lui faut — qu'il lui faudrait — toujours actualiser pour tenir compte de ce que la société est vivante et donc évolutive. Avec pour le coup, une part de créativité, de fiction sans aucun doute augmentée par rapport au juge neutraliste. ⁹¹⁰

481. Que le droit, au sens courant ou au sens qui lui est donné dans notre théorie, soit ou non une science, il y a en tout état de cause un bénéfice du point de vue de sa compréhension à l'aborder sous l'angle de la fiction, que ce soit du point de vue pédagogique dans son rapport à la littérature comme laboratoire virtuel d'expérimentation (paragraphe précédent) ou du point de vue de sa constitution profonde. Étant observé que si, comme on l'a noté plus haut, les

l'interprétation de la loi, la spécificité de l'herméneutique juridique, Le Portique [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, URL : <http://leportique.revues.org/587>, 1^{ère} partie, Titre 1, chap. 2, sect. 2, §1.

⁹⁰⁸ R. Heyndels, *étude du concept de vision du monde, sa portée en théorie de la littérature*, L'Homme et la société / Année 1977 / 43-44 / p. 135.

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ Hugues Rabault observe à propos du droit et de l'office du juge dans leur conception positiviste, que si « au plan de la pratique (...) on peut admettre que la décision de l'interprète joue un rôle important dans les « cas limites », le quotidien de l'interprétation fait de celle-ci une activité largement mécanique, où le rôle de la subjectivité de l'interprète est limité » puisqu'en général « l'application des normes juridiques ne comporte aucun aléa », que les interprètes sont « enserrés dans un réseau de contraintes techniques et hiérarchiques » ⁹¹⁰ particulièrement (et de plus en plus) dense. Ce qui fait que « Saisi de façon globale le système juridique peut être analysé à l'image d'un traitement automatisé de l'information (...) ». Hugues Rabalut, *op. cit.*

spécialistes des sciences de la nature comme ceux des sciences de l'homme (droit non compris) établissent des propositions dans lesquelles la fiction n'a pas en principe sa part, cela ne signifie pas que la fiction, sous une certaine forme, ne soit pas mobilisée en amont. Ainsi, même les scientifiques des sciences dites « dures » se livrent, lorsque cela leur apparaît utile, à des « expériences de pensée » qui font intervenir de la fiction. Des expériences qu'ils ne considèrent nullement comme sans portée scientifique. Ainsi, explique Etienne Klein directeur de recherches sur les sciences de la matière au Commissariat à l'Énergie Atomique, « Les physiciens font des expériences, c'est bien connu, avec des instruments plus ou moins gros. Mais il leur arrive aussi de faire des expériences qui ne nécessitent aucun matériel particulier, des expériences qui ne mettent en jeu que des idées qui circulent dans leur crâne. Ces expériences sont ce qu'on appelle des expériences « de pensée ». Elles consistent à se demander ce qu'il se passerait dans une certaine situation si une théorie physique prise comme référence était vraiment exacte. Il s'agit en somme d'imaginer des situations inaccessibles en pratique mais capables de révéler ce qu'une théorie a vraiment dans le ventre, d'expliciter ses implications les plus radicales, voire de faire remonter à la surface ses contradictions internes. Il ne faudrait pas croire que ces expériences de pensée ne sont que des anecdotes ou de simples jeux de l'esprit. C'est même tout le contraire : elles sont parfois assez puissantes pour provoquer des tourments dans la pensée, engendrer des bifurcations théoriques, déclencher des querelles épistémologiques, fermer des voies de recherche, en ouvrir d'autres. »⁹¹¹ Où l'on voit que la fiction, ou autrement dit l'imagination, sous ses diverses formes, est une disposition du cerveau transversalement utile à toutes les orientations de la pensée humaine, y compris scientifique et pour la science qui sert de modèle aux « scientifiques du droit » les plus « purs ».

Commentaire. Comme le notait Guy Canivet, l'ancien premier président de la Cour de cassation dans son « propos de clôture » du colloque d'octobre 2006 dont il a été question précédemment (n° 474), « La relation entre le droit et la littérature peut être envisagée de plusieurs manières : le droit de la littérature, qui concerne notamment le droit de la propriété intellectuelle et artistique et donc plus particulièrement les juristes ; le droit comme littérature, à savoir l'étude du style juridique en tant que forme littéraire ; enfin, le droit dans la littérature, c'est-à-dire les institutions juridiques telles qu'elles sont représentées dans les œuvres littéraires (...) ». Le premier aspect évoqué (le droit de la littérature), c'est-à-dire celui qui est relatif à l'appréhension des œuvres littéraires en tant qu'objets de droit parmi tous les autres, n'est pas

⁹¹¹ Présentation sur le site internet de *France culture* de l'émission *La conversation scientifique* du 10 janvier 2015.

ignoré par notre théorie puisqu'elle intègre tout le droit positif au sens courant dans sa dimension politique, mais il ne présente guère d'intérêt pour sa compréhension. Le second aspect (le droit comme littérature) est plus intéressant dès lors que l'on admet qu'il est important que les lois et les jugements soient aussi clairs que possible pour être aussi bien compris que possible, et donc aussi bien rédigés que possible, mais dès lors encore que l'on envisage l'ensemble de la production juridique et judiciaire comme un même récit en croissance continue auquel il convient d'assurer la meilleure cohérence possible : une cohérence éthique avec la reconnaissance de la dimension éthique du Droit. Du troisième aspect (le droit dans la littérature), quelques exemples seront fournis dans la section suivante de ce premier chapitre destiné à montrer que contrairement à ce que croient spontanément la plupart des juristes, il n'est nullement déplacé et irréaliste de trouver un intérêt pour la connaissance du Droit dans les fictions littéraires qui le scénarisent, et même de voir dans le Droit une matière qui, appuyée sur le présent mais tournée vers l'avenir, comporte une part de fiction. D'y voir une œuvre humaine qui engage une vision du monde, une métaphysique, une éthique, une œuvre indissociable du sens que ses auteurs, ses acteurs, ses obligés, donnent à leur existence, une œuvre qui mobilise leur raison, leur affectivité, leur imagination, une œuvre vouée à la critique, à la controverse, à la révolte, une œuvre à la fois déterminée et déterminante dont l'écriture peut être confisquée par quelques-uns ou à laquelle tout ou partie de la cité peut contribuer directement ou indirectement, une œuvre à laquelle la contribution des juges est elle-même variable en fonction de leur rapport au pouvoir de dépendance ou d'indépendance. Les Juges, dans notre conception, disposent, au-delà d'une simple indépendance statutaire, d'une véritable autonomie. Ils ne se contentent pas de suivre le pouvoir dans toutes ses orientations légales, y compris dans ses pires divagations. Ils sont dotés de leur propre boussole éthique dont l'aiguille est alignée sur le champ magnétique de la solidarité. Ils sont capables de poser une limite au débordement de la loi.

Section 2. Trois occasions, de Sophocle à Camus, de méditer sur le Droit

482. « Une règle de droit est une règle de vie », une vie qui se déroule dans la réalité vécue — celle qui intéresse au premier chef les juristes — mais aussi dans la fiction ⁹¹² qui fait

⁹¹² « Une règle de droit est une règle de vie. Elle est fondée sur les dogmes et les expériences de la vie, et les dogmes et les expériences de la vie sont conservés dans une bibliothèque bien plus large que celle comprise entre

partie, autrement, de la vie de tous les hommes. Et la littérature (au sens large) est pour les juristes un véritable laboratoire virtuel du droit⁹¹³, un laboratoire tardivement ouvert en France malgré la richesse de son patrimoine littéraire. Que l'on songe à cet égard à *La comédie humaine* de Balzac écrite à l'époque où, outre Atlantique, se met en place le mouvement *droit et littérature* ; une œuvre dont Adrien Peytel a pu écrire qu'elle constitue « le plus magnifique document de droit qu'un romancier ait jamais écrit ». ⁹¹⁴ Mais, puisque c'est Camus notre auteur de référence, c'est à lui que l'on empruntera deux des trois exemples versés au compte de l'ouverture en question. Le troisième est emprunté à l'antiquité grecque à laquelle le méditerranéen qu'il était, n'a eu de cesse, rappelons-le, de manifester son attachement pour sa philosophie, mais aussi pour ses mythes et pour ses tragédies.

483. Ce sera d'abord, puisque c'est une œuvre qui fait partie de ses sources, *Antigone*, la figure incontournable de la révolte (qui est la clef de voûte de notre théorie du Droit) qui a donné lieu, depuis le V^e siècle avant JC jusqu'à nos jours, à d'incessantes interprétations et qui offre notamment l'occasion de méditer sur la fatalité de l'opposition du Droit à la loi (§1). Puis ce sera *Les Justes* pour illustrer la limite à la révolte dont la pièce montre magistralement la nécessité si l'on ne veut pas trahir, par un moyen infâmant, la légitimité de la fin poursuivie (§2). Et enfin *L'Étranger* pour montrer que si « le droit codifie la réalité », il peut aussi être l'instrument d'une justice, en tant qu'institution, totalement détachée de la réalité, insoucieuse de la vérité, déshumanisée, plus éloignée de la justice comme valeur que le meurtrier qu'elle est censée juger, puisque le meurtre est commis au nom de la loi (§3). Trois exemples qui interrogent, avec la révolte, la justice à la fois comme institution et comme valeur. Une interrogation qui, avec *Antigone* (du point de vue de la logique de Créon), avec *L'Étranger* (du point de vue de la logique de l'institution judiciaire qui conduit de l'accusation de Meursault de ne pas avoir pleuré à l'enterrement de sa mère, à sa condamnation à l'échafaud) et avec *Les Justes* (du point de vue de la logique idéologique de Stepan le représentant du parti), a trait au

les couvertures des livres de droit », citation de John H. Wigmore, in Antoine Garapon et Denis Salas, *op. cit.*, p. 45.

⁹¹³ Sans oublier que si « la littérature libère des possibles, le droit codifie la réalité », François Ost, *op. cit.*, p. 10.

⁹¹⁴ Adrien Peytel qui a écrit entre autres en 1950, un *Balzac juriste romantique*. Un ouvrage récent (2012) écrit sous la direction de Nicolas Dissaux qui est avocat, est intitulé, tout aussi significativement : *Balzac, romancier du droit*. Son éditeur, LexisNexis, le présente ainsi « : Études de mœurs juridiques ; études d'analyses juridiques ; étude de philosophie juridique. Sans doute ce volume n'épuise-t-il pas le sujet. Quel livre le pourrait ? Que celui-ci suscite des idées, qu'il ouvre de nouvelles pistes de réflexion, qu'il permette de se faire du Droit une idée plus vivante, qu'il donne envie de lire ou de relire Balzac et son but sera atteint. » Un but que nous partageons.

« crime de logique » dont il est question dès l'incipit de *L'Homme révolté*.⁹¹⁵ Le crime dénoncé par Camus dans ses « *Réflexions sur la guillotine* ». ⁹¹⁶

Paragraphe 1. De méditer avec *Antigone* sur la fatalité de l'opposition du Droit à la loi

484. Le fil narratif d'Antigone est bien connu.⁹¹⁷ Et celui qui s'est intéressé de près à cette tragédie, sait qu'elle offre de multiples et toujours renouvelées interprétations. Au point qu'on a pu écrire que « Le conflit Antigone-Créon est désormais (...) une dimension *a priori* de la conscience intellectuelle et politique de nos démocraties »⁹¹⁸ et que le nombre de versions qui en ont été tirées depuis vingt-cinq siècles, est considérable ; parmi lesquelles celles de Garnier, de Racine, d'Alfieri, de Marmontel, d'Hegel, d'Hölderlin, d'Anouilh et de Cocteau. Ce qui est assurément la marque d'une très grande œuvre dont, au dix-neuvième siècle, « les poètes, les philosophes et les érudits européens s'accordaient largement à penser » qu'elle « n'était pas seulement la plus grande des tragédies grecques mais que, de toutes les œuvres d'art produites par l'esprit humain, c'était aussi celle qui s'approchait le plus de la perfection. »⁹¹⁹ Même si cette thèse est à mettre en rapport avec l'intérêt singulier de ce siècle pour

⁹¹⁵ « Il y a des crimes de passion et des crimes de logique. Le Code pénal les distingue, assez commodément, par la préméditation. Nous sommes au temps de la préméditation et du crime parfait. Nos criminels ne sont plus ces enfants désarmés qui invoquaient l'excuse de l'amour. Ils sont adultes, au contraire, et leur alibi est irréfutable : c'est la philosophie qui peut servir à tout, même à changer les meurtriers en juges. » OC/HR, t. III, p. 63.

⁹¹⁶ Un essai paru pour la première fois dans *La Nouvelle Revue Française* (numéros 54 et 55) en juin et juillet 1957. Puis republié sous le titre *Réflexions sur la peine capitale* avec l'essai d'Arthur Koestler intitulé *Réflexions sur la potence*.

⁹¹⁷ Pour mémoire : Antigone est la fille d'Œdipe qui a tué Laios roi de Thèbes et épousé sa femme Jocaste dans l'ignorance qu'elle est sa mère. Œdipe a quatre enfants : deux fils, Eteocle et Polynice, et deux filles, Ismène et Antigone. Thèbes du fait de l'inceste d'Œdipe, est ravagée par la peste. Le devin Tiresias lui révèle la vérité. Il s'applique alors le châtiment qu'il avait promis à celui qui avait provoqué la colère des dieux, ignorant alors que c'était lui-même le coupable. Il se crève les yeux et s'exile. Ses deux fils conviennent d'un partage équitable du trône de Thèbes. Ils règneront en alternance une année sur deux. C'est Eteocle qui commence, mais à la fin de la première année refuse de quitter la place. Polynice furieux monte une armée contre Thèbes. Thèbes est victorieuse, mais les deux frères se sont entretués. Créon qui est le frère de Jocaste et donc l'oncle de ses quatre enfants est en rang utile pour s'asseoir sur le trône vacant. Pour marquer les esprits, affirmer sa puissance et sans doute aussi renforcer la légitimité de la succession d'Eteocle en gommant le fait que Polynice avait de bonnes raisons de prendre les armes contre son frère qui avait trahi leur accord et usurpé son pouvoir, Créon décide de considérer Eteocle comme un héros qui a défendu la cité contre un envahisseur qui mérite tous les honneurs et au contraire de considérer Polynice comme un pur et simple traître à sa patrie. Avec pour conséquence que sa dépouille sera abandonnée au pied des remparts de Thèbes, aux bêtes sauvages. Ce qui est contraire non seulement aux usages, mais à la volonté des dieux. C'est contre ce décret qu'Antigone va se révolter. Elle ne va pas hésiter contre les exhortations de sa sœur Ismène à l'obéissance, à aller ensevelir leur frère et va totalement assumer son acte. Créon ne cédera pas. Antigone non plus. Elle sera condamnée à être enterrée vivante.

⁹¹⁸ Présentation du livre de George Steiner, *Les Antigones*, Folio essais Gallimard, 1984 et 1986 pour la traduction.

⁹¹⁹ George Steiner, *op. cit.*, p. 1.

l'hellénisme, il n'en est pas moins certain qu'encore aujourd'hui, au XXI^e siècle, la pièce continue de susciter un vif intérêt. « On imagine, on pense, on vit dès à présent de nouvelles « Antigones » : et cela continuera demain »⁹²⁰, écrit George Steiner en conclusion de son livre sur *Les Antigones*. C'est qu'en effet chacun des protagonistes offre à chaque lecteur et à plus forte raison à chaque créateur, de nouvelles possibilités d'interprétation en fonction de ses propres préoccupations et de celles de son époque. C'est ainsi que la figure d'Antigone peut être recyclée aujourd'hui par le féminisme et la théorie du genre, notamment par sa grande théoricienne américaine Judith Butler.⁹²¹

485. Dans la conférence prononcée à Athènes en 1955 *Sur l'avenir de la tragédie*, comparant cette dernière au drame ou au mélodrame, Camus observe que « les forces qui s'affrontent dans la tragédie sont également légitimes, également armées en raison. Dans le mélodrame ou le drame, au contraire, l'une seulement est légitime. Autrement dit, la tragédie est ambiguë, le drame simpliste. Dans la première, chaque force est en même temps bonne et mauvaise. Dans le second, l'une des forces est le bien, l'autre le mal (...). Antigone a raison, mais Créon n'a pas tort. »⁹²² Créon affirme que seule compte la loi de la cité. Il invoque la raison d'État, la primauté du collectif sur les intérêts individuels, quelle que soit leur nature. La cohésion de Thèbes importe avant tout après la terrible épreuve qu'elle vient de subir. Il faut que les thébains aient une vision claire, incontestable et rassurante du pouvoir. Qu'ils soient convaincus d'être gouvernés par un véritable chef. Un chef qui ne se dédit pas. Antigone de son côté, réplique que c'est la loi des dieux qui doit primer. Elle fait valoir deux arguments. D'une part, que rien ne peut jamais justifier l'impiété. Les « dieux d'en haut » ne sauraient tolérer qu'on laisse la dépouille d'un mort à la surface de la terre et les « dieux d'en bas » réclament qu'on leur remette le corps (ce qu'en termes plus modernes on peut rattacher au saut

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 332. « Loin de sembler archaïques ou insaisissables, les mots, les images et les mouvements d'Homère, d'Eschyle ou de Sophocle nous frappent par leur actualité éblouissante. Ils annoncent notre condition présente, ils la symbolisent, ils lui parlent sans fard. », *Ibid.*, p. 310-311.

⁹²¹ Laquelle lui a même consacré un essai traduit en français en 2003 : *Antigone, la parenté entre vie et mort*, dont la présentation de l'éditeur français EPEL, suffit à montrer qu'en effet le personnage n'a pas fini d'inspirer des auteurs de tous bords : « Faut-il continuer de réduire Antigone à ce que ses plus célèbres commentateurs en ont fait ? Tantôt une femme défendant les lois non écrites de la famille contre celles de l'État (Hegel), tantôt une fille se tenant à l'orée de l'ordre symbolique, choisissant le royaume de l'entre-deux-morts plutôt que la loi commune (Lacan) ? Son nom d'anti-gonè (contre la génération) ne désigne-t-il pas le trouble qu'elle jette, tant par ses paroles que par ses actes, dans l'ordre de la famille hétéronormée et dans la répartition des genres sexués ? Aujourd'hui où la parentalité se détache en partie de la famille traditionnelle, Antigone ne serait-elle pas en mesure de nous livrer quelques clefs de ce chamboulement ? »

⁹²² OC/AP, T. III, p. 1121.

anthropologique qu'a pu constituer l'enterrement des morts dans l'évolution de l'humanité). D'autre part, elle invoque sa fidélité aux siens, à sa lignée, une fidélité qui doit être sans faille. Traduite au travers du prisme de notre dispositif, on a un argumentaire qui concerne la dimension politique du Droit et un autre qui concerne sa dimension éthique.

486. Il est probable que chez l'un comme chez l'autre, de Créon et d'Antigone, l'orgueil a sa part dans le raidissement de leurs positions ; outre chez Créon une certaine misogynie (liée à l'époque ou non, peu importe) et chez Antigone une certaine tendance suicidaire, puisqu'elle invoque le fait que sa lignée est maudite et qu'après tout mourir maintenant n'est peut-être pas une si mauvaise affaire. Mais il demeure qu'elle est une magnifique figure de la révolte et de la résistance, au-delà des multiples interprétations que l'on peut donner à son comportement, comme d'ailleurs plus généralement à la situation et aux différents personnages qu'y convoque son créateur Sophocle : « Antigone est celle qui se dresse à la pointe du jour, dans l'aube encore rougeoyante. Elle aussi semble rouge : rouge comme le sang de Polynice, rouge comme la colère et la révolte, rouge comme le métal frappé, chauffé, porté au rouge. Antigone surgit, résolue, d'un bloc, pour clamer son refus. On a dit que toute science commençait par un refus ; avec Antigone, on comprend que toute justice aussi s'origine par une dénégation — le refus de l'injustice. Le cri du rebelle, avant le partage des droits. »⁹²³ Mais elle se place d'emblée à la limite de l'*hybris*, qu'elle et Créon franchiront. Alors que d'autres issues lui seront offertes, Créon ne trouvera aucune circonstance atténuante à Antigone et lui refusera jusqu'à la grâce. Les questions soulevées par la pièce rejoignent, on le voit immédiatement, à vingt-cinq siècles d'intervalle, des thèmes camusiens essentiels : de la limite et de l'équilibre *versus* celui de la démesure, de la soumission *versus* celui de la révolte.

487. Selon une tradition que l'on fait généralement remonter à *La Rhétorique* d'Aristote, Antigone fonderait la légitimité de son action sur le droit naturel/la loi divine et Créon sur le droit positif. Une opposition radicale selon ce qu'en dit Hegel dans *La phénoménologie de l'esprit*, mais à laquelle il est possible de donner une autre interprétation, plus proche de notre conception. François Ost, dans son livre précité, fait observer que le terme *nomos* « loi » qui fait « l'objet de seize occurrences, partagées en nombre égal entre Antigone, Créon et le chœur (...) est tiré par chaque protagoniste dans le sens conforme à ses vues (...). Pour Créon, chef politique de la cité (...) le *nomos*, la loi de l'Etat, s'exprime dans des édits

⁹²³ François Ost, *op. cit.*, p. 162.

(...) ; elle s'entend d'une série de réglementations ou mesures destinées à « policer » le corps social (...). Pour Antigone, au contraire, le *nomos* politique trouve sa légitimité, mais aussi sa limite, dans le respect des exigences de *dikè*, l'équité, la justice traditionnelle et non écrite des dieux qu'expriment les règles coutumières les plus fondamentales... ». ⁹²⁴ Une opposition en laquelle George Steiner voit l'une « des principales constantes des conflits inhérents à la condition humaine » ⁹²⁵ et Paul Ricœur « l'étroitesse de l'angle d'engagement de chacun des personnages. » ⁹²⁶

488. Cette opposition cependant n'est pas sans solution, sans issue, dès lors que l'on comprend que « Si les positions de Créon et d'Antigone sont toutes deux à la fois justes et injustes, c'est qu'il convient de poser autrement la question de la justice. » ⁹²⁷ Que « pas plus qu'on ne se débarrasse de son ombre, le droit en vigueur ne pourra jamais prétendre se passer du droit idéal... » ⁹²⁸, c'est-à-dire du Droit conforme à un idéal commun de justice. Mais un idéal qui, dans la perspective ouverte au juriste par Camus, conçu sur un strict plan d'immanence, est pensable et intégrable, avec la solidarité comme exigence éthique et la révolte pour moteur ⁹²⁹, dans une conception du Droit qui dépasse l'opposition traditionnelle entre droit positif et droit naturel. Une conception à la fois ambitieuse et réaliste.

489. Dans la pièce aussi, « le droit ne se ramène pas à la loi » ⁹³⁰ puisqu'« il se manifeste tout aussi bien sous la forme de la décision d'espèce » ⁹³¹ et que c'est au « juge, tiers

⁹²⁴ François Ost, *op. cit.*, p. 171-172. Une autre interprétation intéressante de la position d'Antigone, dont il n'est cependant pas certain qu'elle agrée toutes les féministes, est fournie, par la version d'Antigone d'Henry Bauchau : « Je ne refuse pas les lois de la cité, ce sont des lois pour les vivants, elles ne peuvent s'imposer aux morts. Pour ceux-ci il existe une autre loi qui est inscrite dans le corps des femmes. Tous nos corps, ceux des vivants et ceux des morts, sont nés un jour d'une femme, ils ont été portés, soignés et chéris par elle. Une intime certitude assure aux femmes que ces corps, lorsque la vie les quitte, ont droit aux honneurs funèbres et à entrer à la fois dans l'oubli et l'infini respect. Nous savons cela, nous le savons sans que nul ne l'enseigne ou l'ordonne. » Henry Bauchau, *Antigone*, édit. Actes Sud, 1997, pp. 315-316.

⁹²⁵ George Steiner, *op. cit.*, p. 253.

⁹²⁶ Paul Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 284.

⁹²⁷ François Ost, *op. cit.*, p. 176.

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 179.

⁹²⁹ Et non la révolution. Il suffit « d'imaginer qu'au terme d'on ne sait quelle révolution vertueuse (l'histoire n'en manque pas), le droit idéal prenne exactement la place qu'occupait hier le droit en vigueur - on ne tarderait pas à s'apercevoir qu'en ses marges et bientôt en son cœur se creuse à nouveau l'interrogation critique d'une autre version de l'idéal », *Ibid.*

⁹³⁰ *Ibid.*

⁹³¹ *Ibid.*

impartial socialement institué, qu'est confiée la tâche de prendre en considération la singularité du cas sans pour autant perdre de vue le principe abstrait. »⁹³² Ce qui, si Sophocle l'avait voulu — mais il n'y aurait plus eu alors de tragédie ! —, aurait ouvert la possibilité d'un compromis (sans pourtant tomber dans la compromission) permettant à la fois de sauver le décret de Créon sur le principe de l'exclusion des traîtres à la patrie de l'inhumation rituelle, et la vie d'Antigone en raison des circonstances de l'espèce. Mobilisant ainsi, avec une « pluralité de lieux de production du droit (le juge et pas seulement le législateur) »⁹³³, « la phronésis du jugement moral en situation (...) caractéristique de l'œuvre de justice »⁹³⁴ et traçant « une voie difficile entre ce que Ricœur appelle le « légal » et le « bon » : assouplissant les catégories formelles du premier, sans se dissoudre dans la bienveillance personnalisée du second ». ⁹³⁵

490. Ainsi, selon François Ost — et cela n'est pas sans rapport avec notre propre vision du Droit et de la justice —, Sophocle n'a « conclu ni en faveur du droit en vigueur, ni en faveur du droit idéal, mais plutôt sur la nécessité de les articuler en permanence ». ⁹³⁶ Ce, afin de rompre avec un monde dichotomique où « le lien politique s'entend comme rapport unilatéral de domination, et la loi comme expression de la volonté du chef » confinant à la « polis unidimensionnelle, rigide et statique que défend Créon » ⁹³⁷ face à face avec le « monde d'Antigone » qui « ne semble pas moins unidimensionnel que celui de Créon ». ⁹³⁸ Autant dire en effet, *mutatis mutandis*, que l'exigence d'un dispositif juridique bidimensionnel n'est pas moins d'actualité, en son principe, qu'elle ne l'était il y a vingt-cinq siècles. L'exigence de reconnaître au Droit une dimension éthique à côté de sa dimension politique, c'est l'exigence de donner à une Antigone d'aujourd'hui (une *femme révoltée*), la possibilité de faire valoir le bien-fondé de sa révolte contre la loi applicable, sans quitter le périmètre du Droit. Une révolte assimilable à la désobéissance civile « même si le contexte dans lequel elle s'exprime n'est pas exactement celui de la démocratie et de l'Etat de droit ». ⁹³⁹ En tout état de cause il est

⁹³² *Ibid.*

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ *Ibid.*

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 194.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 174.

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 175.

⁹³⁹ *Ibid.*, p. 199.

indéniable que la pièce de Sophocle a vocation à figurer dans le peloton de tête des œuvres littéraires utiles à la pensée du droit en général, et à une pensée du Droit renouvelée avec Camus en particulier.

Paragraphe 2. De méditer avec *Les Justes* sur « le bornage du politique par l'éthique »

491. La révolte d'Antigone et les questionnements qu'elle ne cesse de susciter, ne sont pas sans lien avec la pensée de Camus et singulièrement avec son propos dans *Les Justes*, bien que la pièce soit inspirée de faits réels tirés notamment des *Souvenirs d'un terroriste* de Boris Savinkov, mais dont Camus a fait une tragédie moderne. Une tragédie qui, dans le contexte d'un terrorisme récurrent depuis soixante-dix ans, mais multiple dans ses motivations et ses actions, peut servir en quelque sorte de référence et de point d'appui pour une réflexion sur ce qui, précisément, rapproche telle ou telle forme actuelle de terrorisme ou au contraire l'éloigne, des *Justes*.⁹⁴⁰ Une réflexion en un temps où les terroristes tuent volontiers des innocents et pour certains n'hésitent pas à mourir avec eux en se transformant eux-mêmes en bombe. Ces terroristes, comme tous les terroristes qui ne sont pas des déments s'ils sont des fanatiques, agissent au nom de la justice en tant que valeur, qu'elle soit celle d'un quelconque Dieu ou d'une quelconque idéologie sécularisée. On l'a vu, les nazis aussi agissaient au nom de valeurs : de valeurs négatives et mortifères.

492. Ce sont des terroristes que la justice, en tant qu'institution, doit juger et doit pour cela tenter de comprendre quand ils survivent et sont arrêtés, comme c'est le cas avec Salah Abdeslam à la suite, notamment, des attentats du 13 novembre 2015 à Paris revendiqués par Daesh (« l'État islamique en Irak et au Levant » autoproclamé). Un élément de tri entre les terroristes — un tri qui peut paraître choquant en son principe mais qui est néanmoins nécessaire à la compréhension de leur action — peut être trouvé avec le refus de Kaliayev de tuer des innocents, contrairement aux terroristes sans scrupules que Camus a pu, par exemple, voir à l'œuvre pendant la guerre d'Algérie sous les bannières du FLN (Front de Libération Nationale

⁹⁴⁰ « Camus est l'un des seuls écrivains français qui ait affronté et pensé le terrorisme, ses causes et ses effets. Son intérêt pour ce sujet s'explique par le fait qu'il se situe à l'entrecroisement d'un thème littéraire, le meurtre (*La mort heureuse*, *L'Étranger*, *Caligula*) et d'une méditation philosophique sur la fin et les moyens, la culpabilité et l'innocence, la légitimité et l'illégitimité de la violence (*Lettres à un ami allemand*, *L'Homme révolté*). Il s'y intéresse dès la fin des années 40. Sous le titre *Tu peux tuer cet homme*, il a édité un recueil de textes russes présentés par Brice Parain dans la collection « Espoir » qu'il dirige aux éditions Gallimard. Deux pièces, *Les justes* en 1949 et l'adaptation scénique des *Possédés* dix ans plus tard, manifestent la constance de sa préoccupation ». DAC, p. 877-878.

créée en 1954 pour la conquête de l'indépendance de l'Algérie) et de l'OAS (l'Organisation de l'Armée Secrète créée en février 1961 pour s'opposer à cette indépendance par tous les moyens). La trame des *Justes* est simple : En février 1905, à Moscou, un groupe de terroristes appartenant au parti socialiste révolutionnaire, organise un attentat contre le grand-duc Serge, oncle du Tsar, qui gouverne la ville en despote. Kaliayev est chargé de lancer la bombe sur sa calèche, mais y renonce parce qu'il s'aperçoit au dernier moment que s'y trouvent deux enfants, le neveu et la nièce du grand-duc. Il lancera la bombe avec succès deux jours après, le Grand-Duc étant alors seul. Il sera emprisonné et pendu après avoir refusé, pour avoir la vie sauve, de trahir ses compagnons.

493. Dans *Antigone* comme dans *Les Justes*, se pose frontalement la question de la limite à fixer ou non à l'obéissance à l'autorité légitime, ou peut-être plus exactement la limite à la légitimité de l'autorité, de n'importe quelle autorité. Pour *Antigone*, il s'agit de la limite à l'obéissance de Créon qui n'est pas un usurpateur puisqu'il est devenu roi de Thèbes en tant qu'héritier en rang utile naturel du trône depuis la mort d'Œdipe et de Jocaste puis d'Eteocle et Polynice, leurs deux fils. Pour Kaliayev, c'est la limite à l'obéissance au parti que représente Stepan dont le parcours révolutionnaire est exemplaire et auquel personne, au sein du groupe, ne conteste qu'il en soit le chef. En refusant de tuer des enfants au nom de la cause qu'il sert lui-même habituellement sans faille et dans la plus parfaite loyauté à l'égard du parti, Kaliayev oppose une limite à l'exécution des ordres du parti qui, pour lui, sont la loi, comme *Antigone* oppose une limite à la loi de la cité que représente Créon. Une limite, pour Kaliayev, au « saint » meurtre révolutionnaire⁹⁴¹, au meurtre comme moyen jugé nécessaire et justifié en toutes circonstances par Stepan, dès qu'il peut servir utilement la cause. A Dora qui l'interroge sur ce point — « Pourrais-tu, toi, Stepan, les yeux ouverts, tirer à bout portant sur un enfant ? » — il répond sans hésiter : « Je le pourrais si l'Organisation le commandait. »⁹⁴² Si Kaliayev et Dora et leurs compagnons sont des révolutionnaires au-dessus de tout soupçon de compromission en tant que tels, si leur droiture et leur fidélité à la cause qu'ils servent est indéniable, s'ils

⁹⁴¹ « Kaliayev, égaré », à Stepan : « je ne pouvais pas prévoir... Des enfants, des enfants surtout. As-tu regardé des enfants ? Ce regard grave qu'ils ont parfois... Je n'ai jamais pu soutenir ce regard... Une seconde auparavant, pourtant, dans l'ombre, au coin de la petite place, j'étais heureux. Quand les lanternes de la calèche ont commencé à briller au loin, mon cœur s'est mis à battre de joie, je te le jure. Il battait de plus en plus fort à mesure que le roulement de la calèche grandissait. Il faisait tant de bruit en moi. J'avais envie de bondir. Je crois que je riais. Et je disais « oui »... Tu comprends ? (Il quitte Stepan du regard et reprend son attitude affaissée.) J'ai couru vers elle. C'est à ce moment que je les ai vus. Ils ne riaient pas, eux. Ils se tenaient tout droits et regardaient dans le vide. Comme ils avaient l'air triste ! Perdus dans leurs habits de parade, les mains sur les cuisses, le buste raide de chaque côté de la portière ! Je n'ai pas vu la grande duchesse. Je n'ai vu qu'eux. » : OC/LJ, T. III, p. 18-19.

⁹⁴² OC/LJ, T. III, p. 20.

souhaitent ardemment sa réussite, ils ne se reconnaissent pas pour autant — et ils ne reconnaissent pas pour autant à l'Organisation —, le droit de s'affranchir de toute limite éthique : « Stepan, tout le monde ici t'aime et te respecte. Mais quelles que soient tes raisons, je ne puis te laisser dire que tout est permis. Des centaines de nos frères sont morts pour qu'on sache que tout n'est pas permis »⁹⁴³, s'exclame à cet égard Annenkov, un autre membre du groupe tout aussi loyal que les autres.

494. Camus dramaturge, avec *Les Justes*, « propose un bornage du politique par l'éthique »⁹⁴⁴, comme il l'a appelé de ses vœux, dans la réalité, en tant qu'éditorialiste de *Combat*.⁹⁴⁵ — un bornage du politique par l'éthique dont, dans un État de Droit abouti, on ne peut abandonner la réalisation aux seuls politiques. Un bornage ou autrement dit une limite à imposer à deux formes extrêmes de l'action politique violente. La première est la forme révolutionnaire de l'action politique, dirigée contre l'État. Par exemple celle des mouvements radicaux qui ont engendré les groupuscules qui ont sévi pendant les « années de plomb » en Allemagne et en Italie, dont l'assassinat le 9 mai 1978 d'Aldo Moro, le président de la Démocratie chrétienne, par les Brigades rouges, a été l'un des épisodes les plus marquants. Ces révolutionnaires ont estimé que la fin justifie tous les moyens contrairement à ceux de 1905 qui ont inspiré Camus, qualifiés de « meurtriers délicats »⁹⁴⁶, qui avaient « gard[é] intact l'équilibre « oui-non » de la révolte authentique » et qui s'ils étaient « avides de justice » n'en nourrissaient pas moins « un respect profond pour la vie humaine. »⁹⁴⁷ C'est ce respect qui manque cruellement à ceux, individus et groupes de toutes sortes, dont les médias diffusent au quotidien les crimes commis un peu partout dans le monde. Des crimes qui peuvent être également commis par des États reconnus en tant que tels par la « communauté internationale, constitutifs de la seconde forme violente de l'action politique sans limite. Des États qui, eux-mêmes, pratiquent une forme de terrorisme. Un terrorisme d'État dont Camus a connu, avec le nazisme, l'une des applications paroxystiques. « La cruauté impressionne. La cruauté et la force

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 21.

⁹⁴⁴ DAC, p. 458.

⁹⁴⁵ Cf., dans l'introduction générale, n°71.

⁹⁴⁶ Ceux qui « Refusant de justifier le meurtre au nom d'un principe supérieur à la vie elle-même (...) ont fait face à la contradiction : « dès lors, incapables de justifier ce qu'ils trouvaient pourtant nécessaire, ils ont imaginé de se donner eux-mêmes en justification et de répondre à la question qu'ils se posaient par le sacrifice personnel. (...) Une vie est alors payée par une autre vie » : DAC, p. 557.

⁹⁴⁷ *Ibid.* « [L]a violence est pour eux (...) à la fois « nécessaire » et « inexcusable ». C'est seulement en garantissant que les moyens restent en accord avec la fin que ces révolutionnaires justifient leur cause. », *Ibid.*

brutale. L'homme de la rue n'est impressionné que par la force et la brutalité. La terreur est la méthode la plus efficace en politique »⁹⁴⁸ professait Hitler. Et après lui jusqu'au siècle suivant, bien d'autres adeptes qui se maintiennent au pouvoir en suivant à peu près les mêmes préceptes (en Syrie par exemple).

495. Avec *Les Justes*, Camus invite le juriste à réfléchir à un bornage de la norme politique par le Droit, à une autre conception, avec un Droit doté d'une dimension éthique, de l'office du Juge, d'un Juge capable de poser une limite à l'indignité de la loi. Une limite dont aucun juge sous Hitler ou Staline et sous aucun autre régime antérieur ou postérieur plus ou moins comparable mais qui impose de même son pouvoir arbitraire au moyen de la loi et de la force dont elle est assortie, n'a jamais fait état pour s'opposer à son application. Ou en tout cas n'a jamais ouvertement motivé un jugement sur le fondement d'une limite éthique inhérente au Droit distingué de la loi. Tout au plus certains juges ont-ils opposé à la « loi scélérate » une forme de résistance en en faisant une application la plus restrictive et donc la moins indigne possible. Ce qui n'est pas rien, mais ce qui ne saurait satisfaire un homme profondément épris de justice comme l'était Camus. Et ce qui de même ne saurait suffire au juriste que la révolte éprouvée devant l'indignité de la loi conduit à réfléchir sur la validité de la conception qui l'autorise. La limite éthique en question est à coup sûr franchie par la Cour d'assises fictionnelle mais bien loin pour autant dans la description de son fonctionnement de l'in vraisemblance qui, dans *L'Étranger*, condamne Meursault à la peine de mort.

Paragraphe 3. De méditer avec *L'Étranger* sur les rapports de la justice à la vérité

496. Le second refus versé au dossier de la justice rouvert avec Camus dans le cadre, très limité ici, de l'illustration de l'intérêt de la littérature pour la réflexion sur le Droit, est celui de Meursault. Kaliayev, Dora et Annenkov refusent de franchir la limite au-delà de laquelle se perd le sens de leur engagement, Meursault lui refuse de mentir, de travestir la réalité et d'aller au-delà de ce qu'il ressent et peut comprendre de son comportement meurtrier. Meursault refuse de franchir cette autre limite qui est celle de la vérité. Une vérité dont tout un chacun pense qu'elle est le souci premier de la justice en tant qu'institution. Tout un chacun qui peut comprendre qu'en raison de la difficulté qu'il peut y avoir, par exemple, à connaître exactement les circonstances d'un crime, la vérité judiciaire ne coïncide pas parfaitement avec la vérité de ce qui s'est passé. Voire que la justice puisse commettre des erreurs, c'est-à-dire des

⁹⁴⁸ William S. Allen, *Une petite ville nazie*, édit Tallandier, 2016, citation en exergue du chapitre 12.

inexactitudes involontaires. Et qu'il puisse donc y avoir des erreurs judiciaires. Mais tout un chacun ne peut admettre que la justice travestisse la réalité des faits ou même, n'ait aucun souci de cette réalité, lui préférant celle qui « colle » le mieux avec ses préoccupations politiques, morales ou autres, du moment ; la vérité judiciaire n'ayant plus alors aucun rapport avec la vérité tout court. C'est de ce délaissement de la vérité au profit d'une construction quasiment imaginaire de la justice, qu'il est notamment question avec *L'Étranger*.

497. Meursault est étranger au mensonge et à la société qui va le condamner via un appareil judiciaire qui, lui, est étranger à la vérité et donc à la justice soucieuse de vérité et d'humanité, à laquelle aspire Camus après une expérience du prétoire colonial édifiante en tant que chroniqueur judiciaire. Un appareil judiciaire qui, à sa façon, fait penser à celui de *La colonie pénitentiaire* de Kafka, comme Meursault fait penser au Joseph K. du *Procès* du même auteur dont Camus a été un lecteur attentif. Meursault, dont l'attitude est moins explicable par « une indifférence fondamentale aux raisons du monde », selon la formule de Roland Barthes⁹⁴⁹, que par l'indifférence du monde judiciaire à l'homme qu'il est et même à l'acte qu'il a commis. Une indifférence contre laquelle il ne peut qu'être sain de se révolter. Quel avocat ou magistrat qui n'est pas blasé, insensibilisé par la routine, qui a conservé une certaine lucidité, un certain esprit critique et une suffisante humilité pour que la critique se fasse au besoin autocritique, lecteur sans préjugés de *L'Étranger*, peut demeurer indifférent, « étranger » à la révolte de Meursault face au prêtre à l'heure de son exécution, contre tous les faux semblants sociaux dont son procès a été le (mauvais) théâtre ? Qu'on le suive ou non dans l'expression de ses raisons, il n'en est pas moins le seul qui, dans tout le livre, incarne la justice, bien qu'il ait commis un crime dont, au fond, aucun des acteurs judiciaires n'a cure. C'est toute la force et tout l'intérêt, pour un juriste, d'un tel roman.

498. Dans sa préface à l'édition universitaire américaine, Camus éclaire son propos : « J'ai résumé *L'Étranger*, il y a longtemps, par une phrase dont je reconnais qu'elle est très paradoxale : « Dans notre société tout homme qui ne pleure pas à l'enterrement de sa mère risque d'être condamné à mort. » Je voulais dire seulement que le héros du livre est condamné parce qu'il ne joue pas le jeu ». ⁹⁵⁰ Et s'il ne joue pas le jeu c'est tout simplement parce qu'« il refuse de mentir » et précise encore Camus à cet égard : « Mentir ce n'est pas seulement dire

⁹⁴⁹ Roland Barthes, *Œuvres complètes*, vol. 1, édit. Du Seuil, 2002, p. 478.

⁹⁵⁰ OC/ET, T. I, p. 215.

ce qui n'est pas. C'est aussi, c'est surtout dire plus que ce qui est et, en ce qui concerne le cœur humain, dire plus qu'on ne sent. (...) Loin qu'il soit privé de toute sensibilité, une passion profonde, parce que tacite, l'anime, la passion de l'absolu et de la vérité »⁹⁵¹ avec laquelle, donc, il est hors de question pour lui de transiger. Ainsi « On lui demande (...) de dire qu'il regrette son crime, selon la formule consacrée » et il répond « qu'il éprouve à cet égard plus d'ennui que de regret véritable. Et cette nuance le condamne. »⁹⁵² « On ne se tromperait donc pas beaucoup en lisant dans *L'Étranger* l'histoire d'un homme qui, sans aucune attitude héroïque, accepte de mourir pour la vérité ». ⁹⁵³ Meursault est donc condamné à mort pour avoir dit la vérité, puisque, s'il avait regretté de ne pas avoir pleuré à l'enterrement de sa mère, s'il avait joué la comédie du repentir au rappel de son crime, et si plus généralement au cours du procès, à l'audience mais également en amont, au cours de l'instruction, il avait « joué le jeu », que les juges soient ou non absolument persuadés de sa sincérité, il est à peu près certain qu'il aurait sauvé sa tête.

499. Il s'agit d'un roman, mais pour ceux qui ont la pratique de la justice pénale et en particulier des assises, il n'y a là rien d'absolument invraisemblable. Rien n'est invraisemblable dans les personnages, les situations et le déroulement du procès et tout l'intérêt que peut présenter un roman pour la compréhension de la chose judiciaire est flagrant avec *L'Étranger*, qui est donc à cet égard exemplaire. C'est un roman, il est vrai, écrit par un écrivain qui a été également chroniqueur judiciaire et de surcroît, non un chroniqueur spectateur, mais un chroniqueur acteur, puisque son intervention en tant que journaliste enquêteur — « d'investigation » avant la lettre —, a été dans certains cas, dans la réalité, déterminante pour éviter la condamnation d'innocents par la justice coloniale (ainsi, notamment, dans l'affaire Hodent évoquée p. 394). Ce que permet de voir et comprendre puissamment la lecture de *L'Étranger*, c'est le décalage, inévitable mais qui peut être tel, qu'en fait il n'y ait plus aucun rapport entre ce qui a été vécu par les protagonistes de l'affaire, accusés et victimes, et le récit qui en est fait au jury par les différents intervenants professionnels — juge d'instruction, avocat, avocat général, experts, président et assesseurs. L'incompréhension, dès les premières pages de la seconde partie intégralement consacrée au procès, apparaît totale entre Meursault et

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 216.

l'institution judiciaire, y compris entre lui et son avocat. « Là où régnait dans les six chapitres de la première partie, la pure contingence des actes, le système judiciaire cherche au contraire un sens, une intention, une continuité psychologique qui ferait de l'insensibilité de Meursault aux funérailles de sa mère la cause de son crime »⁹⁵⁴ ; une continuité inapparente dans les « explications » de l'accusé.⁹⁵⁵

500. Meursault, après avoir déclaré au juge d'instruction qu'il trouvait que son affaire était très simple et qu'il était donc étonné de devoir envisager de prendre un avocat, ce qui avait provoqué un sourire chez son interlocuteur, est stupéfait d'apprendre par celui qui lui est désigné qu'en réalité son affaire est délicate et qu'il doit répondre à des questions qu'il trouve d'autant plus incongrues qu'elles sont censées concerner, contre l'évidence pour lui et pour n'importe qui de sensé qu'il n'en est rien, le « vif du sujet ». On avait fait une enquête et on avait appris qu'il avait « fait preuve d'insensibilité » le jour de l'enterrement de sa mère. Dans le dialogue avec l'avocat, tout est dit : « Vous comprenez, m'a dit mon avocat, cela me gêne un peu de vous demander cela. Mais c'est très important. Et ce sera un gros argument pour l'accusation, si je ne trouve rien à répondre. » Il voulait que je l'aide. Il m'a demandé si j'avais eu de la peine ce jour-là. Cette question m'a beaucoup étonné et il me semblait que j'aurais été très gêné si j'avais eu à la poser. J'ai répondu cependant que j'avais un peu perdu l'habitude de m'interroger et qu'il m'était difficile de le renseigner. Sans doute, j'aimais bien maman, mais cela ne voulait rien dire. Tous les êtres sains avaient plus ou moins souhaité la mort de ceux qu'ils aimaient. Ici l'avocat m'a coupé et m'a paru très agité. Il m'a fait promettre de ne pas dire cela à l'audience, ni chez le magistrat instructeur. Cependant, je lui ai expliqué que j'avais une nature telle que mes besoins physiques dérangent souvent mes sentiments. Le jour où j'avais enterré maman, j'étais très fatigué et j'avais sommeil. De sorte que je ne me suis pas rendu compte de ce qui se passait. Ce que je pouvais dire à coup sûr, c'est que j'aurais préféré que maman ne mourût pas. Mais mon avocat n'avait pas l'air content. Il m'a dit : « ceci n'est

⁹⁵⁴ DAC, p. 292.

⁹⁵⁵ Qui a tiré un premier coup de feu puis, après quelques secondes quatre autres assurément inutiles ; si tant est que pour le premier on puisse considérer que « l'arabe » l'ait véritablement menacé. Des explications qui tiennent moins en fait à l'altercation antérieure de son ami Raymond avec des arabes et à l'attitude postérieure de celui qu'il va tuer, qu'aux effets d'un soleil de plomb sur son comportement : « À cause de cette brûlure que je ne pouvais plus supporter, j'ai fait un mouvement en avant (...). Mes yeux étaient aveuglés derrière ce rideau de larmes et de sel. Je ne sentais plus que les cymbales du soleil sur mon front et, [alors que « l'arabe » qui était allongé sur sable ne s'est pas levé et n'a fait que montrer son couteau qui lui est apparu « comme une longue lame étincelante »] indistinctement, le glaive éclatant jailli du couteau toujours en face de moi. Cette épée brûlante rongait mes cils et fouillait mes yeux douloureux. C'est alors que tout a vacillé. La mer a charrié un souffle épais et ardent. Il m'a semblé que le ciel s'ouvrait sur toute son étendue pour laisser pleuvoir du feu. » OC/ET, T. I, p. 175-176.

pas assez. » Il a réfléchi. Il m'a demandé s'il pouvait dire que ce jour-là j'avais dominé mes sentiments naturels. Je lui ai dit : « non parce que c'est faux ». (...) Je lui ai fait remarquer que cette histoire n'avait pas de rapport avec mon affaire, mais il m'a répondu seulement qu'il était visible que je n'avais jamais eu de rapports avec la justice »⁹⁵⁶ Un commentaire accablant pour l'institution !

501. Le « tort » paradoxal de Meursault (paradoxal pour celui qui croit que la vérité est la préoccupation essentielle de l'institution judiciaire), ce n'est pas d'être inexpérimenté, mais bien plus profondément et définitivement en ce qui le concerne, d'être incapable de jouer la comédie. Incapable de duplicité. Il ne sait et il ne peut qu'être lui-même. L'avocat fait son métier en s'efforçant de trouver un contrefeu à l'explication d'un meurtre commis sans mobile évident et assumé sans remords apparent, par une insensibilité foncière au sort des autres, mais il place ainsi son client en situation de devoir mentir sur ce qu'il a réellement ressenti à la mort de sa mère. C'est un mensonge ou à tout le moins un arrangement avec la vérité, dont on peut penser, dans la logique du roman (qui n'est pas éloignée de la réalité), qu'il aurait pu lui éviter l'échafaud. Une telle situation n'est nullement exceptionnelle et pose la question, essentielle pour un juriste, de la manière dont se construit ou devrait se construire la vérité judiciaire pour qu'elle soit la plus proche possible de la vérité de l'affaire, de son déroulement réel interne (les faits psychologiques) et externe (les faits matériels). Dans *L'Étranger*, l'institution judiciaire — incarnée principalement par le juge d'instruction dont la vision du dossier et particulièrement l'idée qu'il se fait de l'inculpé, de sa personnalité, de ses valeurs ou de son absence de valeurs selon ses propres critères, sera déterminante pour la suite — fonctionne à l'envers d'une telle exigence. Ce qui va intéresser le magistrat instructeur, ce n'est pas principalement le crime lui-même, mais ses suites dans la conscience morale de l'inculpé et particulièrement son repentir. Un repentir sans lequel, pour ce magistrat qui semble plus appartenir à un tribunal de l'inquisition qu'à une juridiction pénale séculière, Meursault ne saurait prétendre à la clémence de la justice.⁹⁵⁷

⁹⁵⁶ 0C/ET., T. I., p. 178.

⁹⁵⁷ « Brusquement, il s'est levé, a marché à grands pas vers une extrémité de son bureau et a ouvert un tiroir dans un classeur. Il en a tiré un crucifix d'argent qu'il a brandi en revenant vers moi. Et d'une voix toute changée, presque tremblante, il s'est écrié ; « Est-ce que vous le connaissez, celui-là ? J'ai dit : « Oui, naturellement. » Alors il m'a dit très vite et d'une façon passionnée que lui croyait en Dieu, que sa conviction était qu'aucun homme n'était assez coupable pour que Dieu ne lui pardonnât pas, mais qu'il fallait pour cela que l'homme par son repentir devînt comme un enfant dont l'âme est vide et prête à tout accueillir. » : 0C/ET, T. I, p. 180.

502. Meursault, lui, fonctionne à l'endroit, commence par dire la vérité, y compris quand elle le contraint à dire qu'il ne sait pas, ce qui pour lui est la condition évidente de toute justice. Il n'a aucune idée préconçue de ce que pourra être la sentence, mais en tout état de cause, elle ne peut logiquement et moralement pour lui comme pour tout esprit droit, qu'être assise sur la vérité de l'explication ou de l'absence d'explication. Il est sincèrement incapable de donner une explication au fait qu'il a tiré quatre coups de feu quelques secondes après le premier alors qu'il n'était plus menacé.⁹⁵⁸ Dans cette interrogation sur le rapport à la vérité de la justice, il convient bien entendu de s'interroger non seulement sur l'office du juge, mais également sur l'éthique de l'avocat dont il est entendu qu'il n'est pas tenu à la vérité. On remarquera que celui de Meursault est absent lors d'un interrogatoire important sur les faits, « par suite d'un contretemps », mais on peut se demander si, en fait, il ne considère pas déjà que son intervention sera inefficace compte tenu de la personnalité de son client qui n'autorise la mise au point d'aucune stratégie adaptée à la situation. Le sort de Meursault semble autrement dit d'ores et déjà scellé en l'absence de repentir, le juge et l'avocat, découragés, se bornant à remplir formellement leurs rôles respectifs.⁹⁵⁹ Et pourtant, lors de l'audience, le président procédera avec « beaucoup de minutie »⁹⁶⁰ comme c'est en général le cas dans la réalité. La description par Camus du déroulement de l'audience, des comportements, des attitudes, des postures des uns et des autres est d'une manière générale très fidèle à la réalité. Le respect minutieux de la procédure, l'exhaustivité de l'examen du dossier que les jurés ne connaissent pas et l'attitude de neutralité du président, voire sa courtoisie⁹⁶¹, rien de tout cela n'est contradictoire avec la poursuite à l'audience de l'interprétation biaisée du magistrat instructeur.

503. Le déplacement du centre de gravité de l'affaire d'un meurtre bien réel commis sur un quasi-inconnu (« l'arabe »), sur une sorte de crime moral, filial et posthume commis au

⁹⁵⁸ « « Pourquoi avez-vous attendu entre le premier et le second coup ? » dit-il alors ? Une fois de plus, j'ai revu la plage rouge et j'ai senti sur mon front la brûlure du soleil. (...) Pourquoi, pourquoi avez-vous tiré sur un corps à terre ? » Là encore, je n'ai pas su répondre. » *Ibid.* Il va de soi qu'un Meursault « malin » aurait répondu qu'il a tiré les cinq coups d'affilée comme un seul sans réfléchir, dans l'affolement provoqué par la vue du couteau, ce qui aurait contribué grandement à annuler la portée de son prétendu détachement à l'enterrement de sa mère.

⁹⁵⁹ « Par la suite j'ai souvent revu le juge d'instruction. Seulement, j'étais accompagné de mon avocat chaque fois. On se bornait à me faire préciser certains points de mes déclarations précédentes. Ou bien alors le juge discutait les charges avec mon avocat. Mais en vérité ils ne s'occupaient jamais de moi à ces moments là. Peu à peu en tout cas, le ton des interrogatoires a changé. Il semblait que le juge ne s'intéressât plus à moi et qu'il eût classé mon cas en quelque sorte. » : *OC/ET.*, p. 181-182.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 191.

⁹⁶¹ « Le président m'a questionné avec calme et même, m'a-t-il semblé, avec une nuance de cordialité. », *Ibid.*

préjudice de sa mère et de la société qui en quelque sorte en défendrait la mémoire bienséante, n'échappe pas à Meursault : Après l'audition du concierge de la maison de retraite, « Il a répondu aux questions qu'on lui posait. Il a dit que je n'avais pas voulu voir maman, que j'avais fumé, que j'avais dormi et que j'avais pris du café au lait. J'ai senti alors quelque chose qui soulevait toute la salle et, pour la première fois, j'ai compris que j'étais coupable. »⁹⁶² Non pas qu'il pense être coupable d'avoir fumé, dormi et pris du café au lait, ni que ce fait puisse avoir un quelconque rapport avec le crime au sens de la loi dont il pensait devoir répondre, mais coupable aux yeux d'une société qui lui est étrangère et se prépare de ce fait même, par le truchement de sa justice, à le rejeter hors de ses murs. Une justice étrangère, y compris l'avocat censé porter sa parole : « Pendant les plaidoiries du procureur et de mon Avocat, je peux dire qu'on a beaucoup parlé de moi et peut-être plus de moi que de mon crime. Étaient-elles si différentes, d'ailleurs, ces plaidoiries ? L'avocat levait les bras et plaidait coupable, mais avec excuses. Le procureur tendait ses mains et dénonçait la culpabilité, mais sans excuses. Une chose pourtant me gênait vaguement. Malgré mes préoccupations, j'étais parfois tenté d'intervenir et mon avocat me disait alors : « Taisez-vous, cela vaut mieux pour votre affaire. » En quelque sorte, on avait l'air de traiter cette affaire en dehors de moi ». ⁹⁶³

504. Dans son « Explication de *L'Étranger* » (reprise dans *Situations I*) au vu du *Mythe de Sisyphe* paru quelques mois plus tard, Sartre fait un commentaire de l'œuvre dont les aspects philosophiques autour de la métaphysique de l'absurde excèdent le cadre limité des rapports classiques du droit et de la littérature évoqués ici. On peut cependant remarquer avec lui que Camus a parfaitement réussi à nous communiquer ce qu'il voulait nous communiquer, à savoir « l'impression d'une justice absurde qui ne pourra jamais comprendre ni même atteindre les faits qu'elle se propose de punir ». ⁹⁶⁴ Il ne s'agit évidemment pas d'une condamnation absolue et sans appel de l'institution judiciaire (plus particulièrement pénale) au vu de ce qu'elle serait partout, toujours et nécessairement, mais d'une incitation à s'interroger en juriste, au vu de ce qu'en donne à voir pertinemment *L'Étranger* et d'autres œuvres comme *Le procès* de Kafka, sur ses possibles travers, et notamment pour qu'elle ne soit pas, pour reprendre la formule de

⁹⁶² OC/ET, T. I, p. 193.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 198.

⁹⁶⁴ J.P. Sartre, « *Explication de L'Etranger, Situations I*, édit. Gallimard, 1947.

l'avocat de Meursault, ce lieu où « Tout est vrai et rien n'est vrai »⁹⁶⁵ ; pour qu'en tant que moyen, elle ne contredise pas sa fin et avec elle, celle du Droit.⁹⁶⁶

Commentaire. Les accusés, dans les trois œuvres examinées dans cette section, savent pourquoi et par qui ils sont condamnés à mort. Antigone par Créon pour avoir entrepris d'ensevelir son frère, Kaliayev par la justice du pouvoir tsariste pour l'assassinat du Grand-Duc, Meursault par la Cour d'assises de la République française pour le meurtre d'un homme. Ils connaissaient les peines encourues en cas d'infraction à ces lois. Meursault ne sait pas vraiment pourquoi il a tiré à plusieurs reprises sur « l'arabe », mais il ne conteste pas le fait. Aucune des trois condamnations à mort ne peut laisser indifférent un esprit épris de justice. Ni celle d'Antigone qui n'a fait qu'accomplir un geste caractéristique de l'humanité, ni celle de Kaliayev le « meurtrier délicat »⁹⁶⁷, ni celle de Meursault qui trouve son explication moins dans le meurtre commis sur « l'arabe » que dans le fait érigé en « crime » par le procureur après le juge d'instruction, de ne pas avoir pleuré à l'enterrement de sa mère. Mais aussi troublantes que soient ces condamnations, elles n'en demeurent pas moins humaines. Elles ont leurs raisons, quelles qu'elles soient. Ce qui n'est pas, ce qui n'est plus le cas avec Joseph K. Quoi de plus inhumain pour qui réfléchit au Droit et à la Justice, que le déroulé de son procès du début jusqu'à la fin : son arrestation un matin par des policiers anonymes, sa « liberté » sous l'épée de Damoclès d'une inculpation dont il ignore tout, les convocations mois après mois dans des bureaux de greffiers ou de juges tous plus improbables les uns que les autres, les vaines tentatives d'éclaircissement de la situation et d'intercession, en ayant recours à des personnes censées être en rapport plus ou moins étroit avec les membres directs ou indirects de toute une hiérarchie impénétrable de tribunaux, et notamment un avocat cloué au lit mais qui n'en serait pas moins influent selon ses dires ; enfin après ce cauchemar éveillé, la venue un matin de deux messieurs en frac et en gibus qui l'entraînent à la sortie de la ville dans une carrière pour exécuter la sentence. La sentence prononcée par on ne se sait qui, sur le fondement d'on ne sait quelle loi et pour on ne sait quelle faute.⁹⁶⁸ « Où était le juge qu'il n'avait jamais vu ? Où était

⁹⁶⁵ OC/ET, T. I, p. 194.

⁹⁶⁶ « Car le droit n'est pas une fin en soi. Il ne prend sens que par son aptitude à répondre, concrètement et effectivement, aux exigences d'une société juste. », *Droit & Littérature*, sous la direction de François Jongen et Koen Lemmens, édit. Anthémis, 2007, p. 59.

⁹⁶⁷ « Avides de justice [tel Kaliayev] mais nourrissant un respect profond pour la vie humaine, la violence est pour eux par conséquent, à la fois « nécessaire » et « inexcusable » : DAC, p. 557.

⁹⁶⁸ Comme l'avait expliqué l'avocat : « K. ne devait pas oublier que la procédure n'est pas publique (...) Il s'ensuit que les documents conservés au tribunal, et surtout l'acte d'accusation, sont inaccessibles à l'accusé et à sa défense

le haut tribunal auquel il n'avait jamais accédé ? Il leva les mains en écartant tous les doigts. Mais sur la gorge de K. se posèrent les mains d'un des messieurs, tandis que l'autre lui enfonçait le couteau dans le cœur et l'y retournait deux fois. De ses yeux défaillants, K. vit encore, tout près de son visage, les messieurs appuyés l'un contre l'autre, joue contre joue, qui regardaient s'accomplir la décision. « Comme un chien ! dit-il, c'était comme si la honte devait lui survivre ». ⁹⁶⁹ Ce qui seul nous intéresse ici, c'est la description que fournit Kafka (lui-même juriste) à tout juriste — qu'il l'ait ou non voulu et indépendamment des multiples interprétations suscitées par le texte —, d'un appareil judiciaire exemplairement inhumain, au point de faire mourir dans la honte un parfait innocent. Une inhumanité dont les appareils judiciaires des régimes totalitaires ont offert et offrent toujours des variantes, avec pour eux comme pour d'autres plus démocratiques, les nouvelles opportunités offertes par la conversion du droit en algorithmes et le remplacement des juges par des robots que n'avait pu prévoir Kafka.

Conclusion du chapitre

505. On voit, en lien avec la question posée en introduction générale, que pour un juriste, penser le droit avec un artiste et de surcroît avec Camus qui a traité en tant que romancier et dramaturge de nombreux sujets en rapport avec le droit et la justice en tant que valeur et institution, et qui de surcroît avait une expérience concrète de la chose judiciaire, peut être utile, et que cela renforce l'intérêt de penser le Droit avec le philosophe qu'il était aussi. Un philosophe dont la philosophie de l'existence est propice à la pensée d'un Droit lui-même porteur d'un sens propre, mais accordé à ce sens « général ». L'intérêt pédagogique d'un rapprochement de l'art et du Droit qu'on n'a fait qu'entrevoir, est certainement celui qu'il fallait aborder en premier en raison de ce que, s'il est méconnu de la plupart des juristes français, son évocation n'est pas de nature à les choquer profondément, même si l'on a quelque peu débordé le strict cadre de cet intérêt.

506. Mais pour l'essentiel, que la littérature puisse puiser dans le droit et la justice des sujets pour ses fictions est évident pour tout le monde, et que les juristes puissent en retour trouver dans ces fictions matière à réfléchir, sans être immédiatement évident pour eux, est

(...) Dans ces circonstances, la défense se trouve bien sûr dans une situation très défavorable et difficile. Mais cela aussi est voulu. Car en réalité, la loi n'autorise pas la défense, elle la tolère simplement. », Franz Kafka, *Le Procès*, Traduction nouvelle par Axel Nesme, Librairie Générale Française, *Le Livre de Poche*, 2001, p. 148.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, p. 93.

cependant assez aisément acceptable en l'absence de tout « mélange des genres ». Il s'agit là en effet, entre l'art et le droit, de relations « en miroir » qui ne perturbent pas la conception dominante du Droit selon laquelle il s'agit de deux domaines disciplinaires clairement séparés. Le premier voué par excellence à la subjectivité, contrairement au second voué à la plus grande objectivité possible en vertu d'une conception de l'objectivité datée, comme on l'a déjà souligné. Avec la proposition au second chapitre d'un Droit comme art du vivre-ensemble, c'est d'une véritable transgression de cette séparation dogmatique dont il est question.

Chapitre 2. Le Droit au service d'un art de vivre ensemble

507. On a précédemment abordé les rapports du Droit et de l'art sous l'angle pédagogique. Un angle presque mort en France, que la pensée du Droit avec un écrivain tel que Camus ne pouvait que contribuer à ouvrir en raison de l'intérêt pour les juristes de fréquenter, en tant que juristes, les œuvres romanesques et dramaturgiques dont les trames peuvent avoir affaire très directement avec leur matière. Un intérêt en termes de connaissance, complémentaire à la connaissance technique acquise à l'université et pratique à l'exercice de l'un ou l'autre des métiers du droit. Complémentaire aussi à celle que peut procurer la consultation, au-delà des recueils de jurisprudence, des récits, parfois romanesques, que recèlent les annales de la justice et de la police. Un intérêt réciproque dont les juristes peuvent mesurer l'actualité en consultant par exemple « L'ouvrage collectif des *incultes en procès* [qui] rassemble de nombreux écrivains (...) [qui] reprennent à leur compte un récit de procès », célèbre ou non, en s'efforçant « de montrer comment la justice est rendue, « selon quelles formes, dans quels contextes et surtout quelle justice ? » Une initiative littéraire qui « ouvre en quelque sorte le procès du procès, en tant qu'il « représente l'état d'une société, (...) en épouse les évolutions, les présupposés, les contradictions » ; qui, « au rebours de tout sensationnalisme, se situe dans la perspective d'un projet : faire relire à travers le prisme d'un regard singulier une certaine conception du juste et de l'injuste et la manière dont elle est encore active en nous aujourd'hui. »⁹⁷⁰

⁹⁷⁰ Christine Baron, « *Droit et littérature : de la prise de conscience citoyenne à la révision de la loi* », *COnTEXTES* [En ligne], 22 | 2019, mis en ligne le 14 février 2019, URL : <http://journals.openedition.org/contextes/7119> ; DOI : 10.4000/contextes.7119. L'ouvrage collectif des *Incultes en procès* est paru en 2016, édit. Collectif Inculte, maison fondée en 2004 par un collectif d'écrivains.

508. Ce projet se rapproche de la seconde ouverture du Droit sur l'art suscitée par la pensée du Droit avec Camus. Un auteur dont le regard sur la vie dans tous ses aspects, y compris social, est celui d'un artiste. On sait qu'il est allé parfois jusqu'à nier, en s'affirmant comme artiste, qu'il ait été aussi philosophe.⁹⁷¹ Ce qui est sans aucun doute plus exact, c'est de considérer qu'avec lui, la philosophie est un art de vivre et plus profondément encore avec le « nous sommes », un art de vivre ensemble, car en effet « l'art n'a de valeur qu'à condition de permettre à l'artiste de ne pas se séparer des hommes ». ⁹⁷² Et il ne saurait être détaché de la beauté : « Peut-on, éternellement, refuser l'injustice sans cesser de saluer la nature de l'homme et la beauté du monde ? Notre réponse est oui. Cette morale, en même temps insoumise et fidèle, est en tout cas la seule à éclairer le chemin d'une révolution vraiment réaliste. » ⁹⁷³ Une « révolution vraiment réaliste » qui, s'agissant du Droit, avec la reconnaissance de sa dimension éthique, consiste à lui assigner pour finalité une harmonie sociale dont on sait qu'elle ne peut qu'être asymptotique. Une harmonie qui suppose de concevoir un rapport du Droit à l'art où le Droit n'est plus le simple instrument normatif du pouvoir politique, d'un pouvoir politique qui régit l'art et éventuellement se sert de lui pour conforter sa domination. *Penser le Droit avec Camus* nécessite de dépasser, sans qu'il soit question de le supprimer, l'enjeu de pouvoir inhérent à sa dimension politique. Un enjeu qu'il s'agit seulement de contenir dans les limites inhérentes à sa dimension éthique.

509. Dans le premier chapitre de ce second titre il s'est agi de proposer une ouverture du champ de la connaissance du Droit à l'art qui ne nécessite pas que l'on adhère à notre théorie bidimensionnelle du Droit. Elle est en effet parfaitement compatible avec la conception dominante neutraliste du droit, puisqu'elle ne vise qu'à permettre aux juristes de réfléchir aux questions que peut soulever l'application des principes, règles et institutions du droit positif, dans la diversité inusitée des situations imaginées par les artistes. Ce qui peut être ludique, mais dans un but qui demeure essentiellement technique. Dans ce second chapitre, il s'agit de penser les rapports de l'art et du Droit autrement qu'en surface, de ne plus les penser comme ceux de deux objets de deux domaines de la création humaine ontologiquement incompatibles. Il s'agit de penser le Droit comme un art de vivre ensemble. L'ouverture à l'art du Droit s'entendant

⁹⁷¹ Par exemple : « Pourquoi suis-je un artiste et non un philosophe ? C'est que je pense selon les mots et non selon les idées » : OC/CA., Cahier V, T. II, p. 1029.

⁹⁷² DAC, p. 60.

⁹⁷³ OC/HR, T. III, p. 299.

alors d'une ouverture élargie à la conception même du Droit (section 1). Une ouverture, avec Camus, sur une « pensée de midi » humaniste du droit et de l'office du Juge (section 2).

Section 1. Une ouverture à l'art, élargie à la conception même du Droit

510. Pour le pouvoir politique, l'art peut être un objet de droit parmi les autres, un objet qu'il s'agit de réglementer en tenant compte au besoin des singularités qu'il peut présenter, variables en fonction de la manière dont il est conçu, du développement de ses modes d'expression et de son poids économique.⁹⁷⁴ Mais le même pouvoir peut aussi voir en lui un objet susceptible d'être instrumentalisé à des fins politiques. *Penser le Droit avec Camus*, c'est-à-dire penser le droit avec un artiste qui condamne l'art militant, l'art au service d'une idéologie, un artiste dont l'activité n'est pas, parce que c'est impossible, dénuée de contraintes, mais pour qui ces contraintes ne sauraient avoir pour effet d'entraver sa liberté créatrice, c'est penser les rapports de l'art et du Droit en rupture avec une telle instrumentalisation et plus généralement avec toute forme d'entrave à la liberté d'expression dans le domaine de l'art comme dans tout domaine où elle est requise (§1). Une instrumentalisation et entrave contraires à la vocation de l'art qui n'est pas d'être au service de la domination mais au contraire du rapprochement des hommes autour de la beauté dont ils ne sauraient être privés, fût-ce temporairement.⁹⁷⁵ C'est penser, avec l'éthique du Droit, un art de juger solidaire (§2) qui tend à favoriser, autant qu'il est possible, l'harmonie sociale (§3).

Paragraphe 1. Une conception opposée à toute forme d'entrave à la liberté d'expression

511. L'ouverture sur l'art du Droit, s'oppose à ce que le Juge pour le Dire applique une loi qui porte gravement atteinte à la liberté d'expression ou autrement dit de création en quelque

⁹⁷⁴ Dès lors que l'art s'est développé — et cela très précocement si l'on en croit certains préhistoriens qui voient dans l'art pariétal l'œuvre de véritables professionnels, dès lors qu'il a acquis une valeur sociale, matérielle et immatérielle, il est entré dans le champ d'exercice du pouvoir et donc de la loi. Aujourd'hui les œuvres d'art produites sont répertoriées en tant que telles au regard des critères légaux et jurisprudentiels et les différents professionnels concernés relèvent d'un régime juridique plus ou moins spécifique civil, social, administratif, fiscal à l'échelon national, européen et international, le marché de l'art étant lui aussi mondialisé. Reste qu'au-delà des champs d'application définis par les différents textes et la réglementation douanière, il n'existe pas de véritable définition, autonome, commune à toutes les branches du droit, de l'œuvre d'art ; laquelle peut être, soit meuble, soit immeuble. Une définition de l'œuvre d'art dont on sait quelles difficultés dans tous les domaines elle suscite aujourd'hui où il n'est même plus nécessaire pour qu'il y ait de l'art, qu'il y ait nécessairement une œuvre au sens matériel, puisqu'aujourd'hui pour certains, l'art est exclusivement dans l'idée ou le concept.

⁹⁷⁵ « [O]n ne saurait, au nom d'autres impératifs, priver les hommes, fût-ce temporairement, de leur droit à la beauté. » DAC p. 80.

domaine que ce soit, comme à tout détournement ou à toute instrumentalisation de l'art au service d'une forme quelconque de domination politique. L'art est en effet indissociable de l'impératif de solidarité découvert par *L'Homme révolté*. Il n'est d'art authentique que *révolté*, opposé à tout conformisme, et solidaire. Il est aisé de comprendre que la conception d'un Droit fondé sur la solidarité, d'un Droit conçu comme un art de vivre ensemble et d'un Juge pour le Dire doté de la liberté d'expression que la dissociation de la loi du Droit lui confère, n'ait pas été jusqu'à présent, ne serait-ce qu'envisagée, par les politiques. Pour le pouvoir politique d'hier et d'aujourd'hui, l'art est une source d'emploi et de richesse au plan culturel et économique, une activité à encadrer et éventuellement à développer. L'art peut à cet égard faire l'objet d'une politique en termes de déclarations, de programmes et de réglementations.⁹⁷⁶ Une politique plus ou moins politicienne au sens de plus ou moins mise au service du renforcement du pouvoir en place. C'est un domaine qui peut en effet s'avérer pour lui, ou bien avantageux ou bien dangereux. Dangereux en raison du caractère toujours plus ou moins subversif des œuvres et de leurs auteurs lorsque ces derniers sont de véritables créateurs, ce qu'ils ne peuvent être dès lors qu'ils lui sont totalement inféodés. Avantageux si les œuvres bénéficient d'une assez large diffusion et leurs auteurs d'une assez large audience au sein de la cité sans être en situation de concurrence ou de confrontation franche avec le pouvoir ; voire peuvent servir ses ambitions et sa gloire, s'il parvient à les attirer dans son giron en jouant habilement de la carotte et du bâton.

512. Il y a très longtemps que les hommes de pouvoir ont compris quel bénéfice en termes de « représentation », on dirait aujourd'hui de « communication », ils pouvaient tirer de l'art, que la peinture, la sculpture, l'architecture, la littérature, la musique, pouvaient très efficacement contribuer à leur prestige. Ce dont Louis XIV a été sans aucun doute l'un des plus convaincus.⁹⁷⁷ Lui qui avait reçu une solide formation artistique (danse et musique) à l'instigation de Mazarin et n'aura de cesse de se mettre en scène sur les planches (en Jupiter ou Soleil) et dans tous les aspects réglés de son existence indistinctement personnelle et publique

⁹⁷⁶ On peut lire sur le site internet *Vie publique* du gouvernement à la date du 20 août 2018, que la notion officielle d'une *politique publique de la culture* remonte au début de la V^{ème} République avec la création en 1959 d'un ministère des affaires culturelles confié à André Malraux.

⁹⁷⁷ Si un sommet a été atteint avec Louis XIV, les relations de l'art et du droit n'ont jamais été considérées par les différents régimes qui ont suivi, quelle qu'en soit la nature, comme négligeables. Ces relations ne traduisent pas nécessairement des préoccupations politiques au sens de préoccupations partisans, mais aussi des préoccupations d'organisation, d'encadrement, de promotion culturelle dans l'intérêt aussi bien des artistes, des entreprises artistiques que du public, ou encore de développement d'un secteur économique aujourd'hui important.

de monarque absolu. Tous les arts et pas seulement la musique et la danse qu'il pratiquait en véritable professionnel, seront mis au service de sa gloire mais aussi de l'art lui-même ⁹⁷⁸, à tel point que « Ce ne sont pas les noms des victoires qui viennent à l'esprit, lorsqu'on évoque le siècle de Louis XIV, mais ceux des créateurs, peintres, architectes, musiciens ou écrivains qui ont accompagné son règne. Preuve que la réputation d'un Le Brun, d'un Le Nôtre, d'un Mansart, d'un Lully ou d'un Molière a mieux servi sa gloire que ses actions militaires ». ⁹⁷⁹

513. Autant dire que si ceux qui détiennent le pouvoir peuvent être de grands amateurs d'art, c'est néanmoins avant tout en considération des avantages politiques qu'ils peuvent en tirer, qu'ils en favorisent le développement. S'ils estiment que certains artistes peuvent leur nuire, ils peuvent être tentés — et ils passent souvent de la tentation à l'acte — de les censurer. La censure en tant précisément que telle, est active depuis François 1^{er} avec l'affaire dite des Placards ⁹⁸⁰ et Richelieu, un siècle plus tard, décréta qu'avant l'impression de n'importe quel manuscrit, une autorisation devait être obtenue des censeurs royaux. Il a fallu attendre 1789 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen pour que la liberté d'expression soit érigée en principe (articles 10 et 11), mais dans les limites définies par la loi. Or, on sait que trop souvent, au nom des abus de la liberté d'expression, ce sont les abus du pouvoir en place que la loi légitime. Il est certain qu'aujourd'hui en France les attaques contre la liberté d'expression viennent essentiellement de fanatiques religieux et non de l'État, comme en témoignent, notamment, l'affaire dite des caricatures de Mahomet et la tuerie commise à la suite à Paris, d'abord dans les locaux du journal satirique *Charlie hebdo* le 7 janvier 2015 et ensuite dans la salle de spectacle du *Bataclan* le 13 novembre de la même année. Mais il y a néanmoins toujours la crainte qu'en réaction plus ou moins sincère, proportionnée et adaptée à de tels événements, il ne soit porté atteinte durablement aux libertés fondamentales. Ainsi avec la pérennisation de l'état d'urgence, que cette pérennisation soit explicite ou non comme ce fût le cas avec la loi n°

⁹⁷⁸ Selon Philippe Beaussant auteur de *Louis XIV artiste* (édit. Payot, 1999), « aucun souverain, aucun empereur n'a réussi comme le *Roi-Soleil* cette identification de l'art de son temps à sa personne. »

⁹⁷⁹ Article de l'express en ligne du 20/10/2009, d'Annick Colonna-Césari, « Le roi Soleil et les artistes ».

⁹⁸⁰ « Dans la nuit du 18 octobre 1534, des protestants français placardent des proclamations contre la messe en différents lieux du pays et jusque sur la porte de la chambre de François 1^{er}, à Amboise. C'est la première manifestation d'hostilité entre protestants et catholiques en France. Elle mènera vingt-cinq ans plus tard aux guerres de religion... » : herodote.net *18 octobre 1534, L'affaire des placards*, article publié ou mis à jour le 16 octobre 2020.

2017-1510 promulguée le 30 octobre 2017 « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ». ⁹⁸¹

514. Au niveau européen, l'article 10 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, après avoir affirmé le principe de la liberté d'expression et de création dans son article 1^{er} ⁹⁸², dispose dans son alinéa 2 que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Il va de soi que l'affirmation de la liberté d'expression et de création et, à la suite, des diverses restrictions qui peuvent y être apportées par la loi, ne peut caractériser l'existence d'un véritable État de Droit, y compris lorsque les principes sont affirmés dans une convention qui lie les législateurs des différents États signataires.

515. Des États signataires qui peuvent d'abord, tout simplement, sortir de l'Union Européenne, comme on le voit dans les faits avec le « Brexit ». On sait que le gouvernement britannique avait auparavant volontiers critiqué la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) au motif de son ingérence croissante dans les jurisprudences nationales. Mais, même sans quitter l'Union Européenne, ses membres peuvent s'employer à restreindre la liberté d'expression de tous, simples citoyens, journalistes et artistes. Un exemple, entre autres, d'atteinte grave à cette liberté est actuellement donné par la Hongrie de Viktor Orban. Après plusieurs mises en garde, le Parlement européen, sur le fondement de l'article 7 du traité, a demandé en septembre 2018 au Conseil européen de lancer une procédure de sanction à l'encontre de Budapest qui ne respecte pas les valeurs fondatrices de l'union posées en son article 2, au vu d'un rapport accablant publié le 4 juillet précédent. Mais, à en juger par les

⁹⁸¹ Une loi qui « vise à mettre fin au régime dérogatoire de l'état d'urgence décrété le 14 novembre 2015 par le Président de la République, prorogé par périodes successives sur autorisation du Parlement national en adaptant l'arsenal de droit commun de lutte contre le terrorisme, dans ses dimensions pénale ou de police administrative. », La lettre en ligne de la DAJ du Ministère de l'économie, des finances et de la relance, n° 239 du 9 novembre 2017.

⁹⁸² L'article 10 comporte dans son paragraphe 1^{er} la phrase suivante : « le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision, à un régime d'autorisation ».

réactions de l'intéressé et de ceux qui le soutiennent, on peut penser que la mise en place de la procédure qui peut en théorie déboucher sur une suspension des droits de vote du pays incriminé, n'est pas de nature à produire de grands résultats, alors surtout que la sanction est conditionnée à un vote à l'unanimité des autres pays parmi lesquels il compte des alliés (ceux du « groupe de Visegrad » dont la Pologne qui elle-même, depuis 2015 a, notamment, engagé des réformes judiciaires manifestement contraires à l'État de Droit).

516. Tant que la protection de la liberté d'expression et donc de création, ne dépendra que des seules normes édictées par les instances politiques législatrices, qu'elles soient nationales, européennes ou internationales, tant que les juges eux-mêmes n'affirmeront pas l'autonomie du Droit par rapport à la loi indépendamment de son auteur et de sa hauteur dans la pyramide des normes, tant que les juges ne se reconnaîtront pas le Droit, au nom du Droit, de refuser d'appliquer une loi qui rompt gravement la solidarité dès lors qu'elle entrave à des fins partisans une liberté qui appartient à tous, il ne pourra y avoir de véritable État de Droit. Même s'il est entendu que l'autonomisation du Droit (et partant de l'office du Juge pour le Dire) ne saurait constituer en ce domaine, comme en tout autre, une garantie absolue de respect des principes. Une telle garantie est en réalité inconcevable, ou alors par un esprit angélique ou dogmatique aussi dangereux l'un que l'autre, au final, pour les libertés. Ce qui est en vue avec Camus, qui était un esprit réaliste et donc mesuré, et avec la *théorie du Droit de l'Homme révolté* inspirée de sa pensée, ce n'est pas la perfection de la protection des libertés et particulièrement, du point de vue des rapports de l'art et des artistes et du Droit, de la liberté d'expression, mais son amélioration dans l'idée qui n'est certes pas nouvelle et qui est sans doute même bien antérieure à *L'esprit des lois*, que seul le pouvoir arrête le pouvoir.⁹⁸³ Une idée qui a conservé toute sa force et toute son actualité, une idée devenue presque triviale, mais dont hélas il n'a jamais été, jusqu'à présent, tiré toutes les conséquences et en particulier en ce qui concerne l'institution judiciaire. Laquelle, en tout cas en France, n'a jamais constitué un véritable pouvoir faute, au-delà d'une indépendance statutaire tributaire de la loi et donc du pouvoir politique, d'autonomie. En France où la tendance après la seconde guerre mondiale et l'avènement de la V^e République, n'a pas été celle d'un partage du pouvoir, mais au contraire

⁹⁸³ Comme l'observe le Doyen Vedel dans sa préface aux *Œuvres complètes de Montesquieu* : « Au total, il s'agit bien de ralentir, de contenir, d'apaiser ce monstre irremplaçable, le pouvoir, et de faire vivre en société, selon des procédures inspirées d'un pessimisme sans désespoir, cet « être intelligent » qui comme tel « viole sans cesse les lois que Dieu a établies et change celles qu'il établit lui-même ». L'entreprise pour Montesquieu ne débouche point sur un paradis terrestre retrouvé, mais la planète des hommes peut être raisonnablement habitable ». Georges Vedel, *Montesquieu et L'Esprit des lois*, préface aux *Œuvres complètes*, Éditions du Seuil, Paris, 1964, p.10

de sa concentration pour l'essentiel entre les mains d'un seul — le président de la République — censé, de surcroît, être le garant de l'indépendance de la justice !

517. Camus n'a jamais cessé, que ce soit en tant qu'écrivain, journaliste, homme parmi les hommes et citoyen parmi les citoyens, de lutter pour la liberté en général ⁹⁸⁴ et la liberté d'expression en particulier. Une lutte, ou à tout le moins une vigilance lorsque cette liberté est à peu près assurée, qui doit être l'affaire de tous pour que la démocratie soit effective, vivante, pour qu'elle ne devienne pas la chose d'une quelconque « élite », en soi volontiers décriée aujourd'hui. Mais une lutte ou une vigilance qu'il est raisonnable d'exiger avant tout de certaines professions telles que celles de journaliste, d'artiste, d'enseignant, de médecin, d'avocat et de juge, compte tenu de ce que leur libre exercice est à la fois la condition et la preuve de l'existence de cette démocratie effective. ⁹⁸⁵ Comment, par exemple, soutenir avec quelque crédibilité, qu'on puisse exercer les professions d'avocat ou de juge en l'absence de toute liberté de parole et donc de contradiction authentique, comment admettre que le premier puisse ne pas solliciter du Juge qu'il refuse d'appliquer une loi qui entrave gravement une telle liberté et que le second ne fasse pas Droit à cette sollicitation, sans faillir gravement à leurs missions respectives de défense et de garantie ultime des libertés ? Peut-on sérieusement se prétendre avocat dans la complaisance face à un juge qui n'est que la voix du pouvoir dès lors que la loi de ce pouvoir bafoue ce que l'on désigne habituellement par les « droits de la défense » ⁹⁸⁶, et peut-on sérieusement se prétendre juge lorsqu'on n'est que cette voix ?

⁹⁸⁴ « La liberté [qui] est avec la beauté, une passion dominante chez Camus » écrit Maurice Weyembergh. DAC, p. 484.

⁹⁸⁵ Ce qui ne veut bien entendu pas dire que bien d'autres métiers ne sont pas essentiels à l'existence de toute société humaine. Du fait même de l'interdépendance foncière des hommes, de leur incapacité à subvenir seuls à leurs besoins, le nombre de métiers indispensables à leur subsistance est considérable, même en s'en tenant aux besoins les plus fondamentaux (par exemple le métier d'agriculteur).

⁹⁸⁶ De ces droits, l'article 6 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales* adoptée en 1950, entrée en vigueur en 1953, amendée et complétée par différents protocoles ultérieurs, fournit quelques principes essentiels. Ainsi : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. » Pour un *avocat révolté* comme pour un *Juge révolté*, le « principe du contradictoire », de « l'égalité des armes » entre la défense et l'accusation, ce qui implique notamment de disposer de la totalité des éléments du dossier en temps utile, sont essentiels et indissociables de l'éthique du Droit, ce qui veut dire que le *Juge révolté* à la demande d'un *avocat révolté* ou d'office, ne pourrait qu'écarter l'application d'une loi qui méconnaîtraient ces exigences. Lesquelles font l'objet de fermes affirmations non seulement au plan européen mais également au plan national. Ainsi avec la décision rendue le 31 juillet 2015 (n° 2015-479) sur une Question Prioritaire de Constitutionnalité par le Conseil constitutionnel qui a élevé les droits de la défense au rang de « principe constitutionnel » à la suite de leur classement en 1976 (décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976) parmi les principes fondamentaux du droit et leur rattachement à la « garantie des droits » issue de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil d'État, pour ce qui le concerne, les ayant

518. Si Camus s'est fait souvent l'avocat de la liberté d'expression, c'est bien entendu en tant que journaliste et non en tant que membre du barreau, mais les deux professions sont peut-être plus proches qu'il n'y paraît à première vue lorsqu'il s'agit pour l'homme de l'information comme pour l'homme du prétoire, de défendre une cause dans le respect d'une certaine éthique. Le journaliste d'opinion qui peut être aussi un journaliste d'investigation qui défend une cause avec conviction mais en s'efforçant dans son exposé, de ne pas trahir les faits, est proche, dans sa démarche, de l'avocat qui défend un homme avec la même conviction et le même souci de le faire dans la version qu'il donne de ses actes, sans aller contre les éléments constants du dossier. Et le Camus journaliste est à cet égard exemplaire. Sa conviction quant à la nécessité de défendre dans le principe et d'exercer concrètement en toutes circonstances, la liberté d'expression, est précoce et ne faiblira jamais, de la dénonciation des injustices commises par l'administration coloniale (y compris par l'institution judiciaire) à la résistance contre le nazisme et le gouvernement de Vichy et, après la libération, à la lutte contre toutes les formes d'oppression et donc de censure. Le journal *Le monde* a publié dans son édition du 17 mars 2012 l'un de ses articles en forme de manifeste à l'adresse des journalistes, un article qui avait été censuré par les autorités coloniales alors qu'il devait paraître le 25 novembre 1939 dans le journal qu'il avait fondé avec Pascal Pia, *Le Soir Républicain* d'Alger. Dans cet article, Camus « se proposait d'examiner « les conditions et les moyens par lesquels au sein même de la guerre et de ses servitudes, la liberté peut être, non seulement préservée, mais encore manifestée. Ces moyens [étant] au nombre de quatre : la lucidité, le refus, l'ironie et l'obstination ». ⁹⁸⁷ Un refus obstiné de se soumettre aux diktats des autorités alors qu'entre autres, l'enquête sur *la misère en Kabylie* lui avait déjà « valu l'hostilité du Gouvernement général » pour qui il était devenu « *persona non grata* en Algérie ». Un gouvernement qui l'avait contraint à « joue[r] au chat et à la souris avec la censure » ⁹⁸⁸ et qui finalement « En

élevés au rang de principe général du droit. Mais dans la pratique, on ne peut qu'être nuancé, par exemple en ce qui concerne l'égalité de situation de l'avocat et du représentant du ministère public, que ce soit au cours de l'enquête préliminaire où le premier est à peu près impuissant alors que c'est la phase de l'affaire déterminante, de l'instruction au palais où le juge et le parquetier peuvent se côtoyer officieusement, ou de l'audience de jugement où leurs positions dans la salle, l'avocat en bas et le procureur en haut, n'est pas qu'une simple affaire de menuiserie.

⁹⁸⁷ Cet article a été retrouvé aux Archives Nationales d'Outre-Mer par une collaboratrice du journal *Le monde*, Macha Séry. Site internet Biblioobs actualités, publication du 19 mars 2012. En ce qui concerne l'ironie évoquée par Camus, il faut sans doute y voir, en dehors de toute intention malveillante (moquerie, raillerie, sarcasme...), un moyen destiné à favoriser la démonstration du bien-fondé d'une position en rendant plus sensible l'absurdité de la position contraire, un peu à la manière de l'ironie socratique.

⁹⁸⁸ « invente des phrases prêtées à des auteurs célèbres dont l'aura enfume la relecture policière, propose une prétendue citation de Ravachol — « supprimons les scombéroïdes » — qui est en fait une variété de poisson, mais comme la censure l'ignore, elle fait sauter le mot, ce qui ajoute un blanc dans la page) ; Camus soumet encore à

1940 (...) le contraindra au chômage » et à fuir l'Algérie ⁹⁸⁹ pour aller en métropole où il fera du journalisme clandestin et verra son premier essai philosophique censuré.⁹⁹⁰

519. Il est certain que si la censure du journaliste, de l'artiste, de tout professionnel pour qui la liberté d'expression est essentielle à l'accomplissement de sa mission, ne peut émouvoir un juge neutraliste dès lors qu'elle est inscrite dans la loi, il n'en va pas (il n'en n'irait pas) de même pour un *Juge révolté*, un Juge dont l'office n'est pas réduit à l'application de la loi, un Juge qui est l'interprète et le garant de l'éthique du Droit ; un Juge pour qui il y a une limite à la restriction de la liberté d'expression : la limite qui est franchie lorsque cette restriction n'est pas justifiée par la préservation de la liberté en général et de la liberté d'expression en particulier, de tous, ou autrement dit, lorsqu'elle est déconnectée de la valeur fondatrice de l'éthique du Droit — la solidarité — , qu'elle tend au contraire à favoriser les intérêts d'un homme ou d'un groupe au sein de la cité. Avec Camus, le journaliste n'est jamais coupé de l'artiste et ce qui les relie au plan éthique, c'est une égale et constante préoccupation de ne jamais rompre la chaîne humaine ⁹⁹¹, et si possible, même dans la dénonciation la plus radicale, de tendre vers son renforcement au terme du débat. ⁹⁹² Un objectif partagé par le *Juge révolté* conduit à s'opposer à l'application d'une loi qui porte gravement atteinte à la liberté d'expression ; un refus qui le conduit, en somme, à censurer la censure gravement attentatoire à la solidarité.

l'officier qui taille dans le texte, une *provinciale* de Pascal qui paraît amputée, puis un texte de Giraudoux, alors commissaire à l'information dans le gouvernement français, arguant ensuite auprès du fonctionnaire qu'il ne pouvait tout de même pas censurer Pascal et son supérieur hiérarchique ! » Michel Onfray, *L'ordre libertaire, la vie philosophique d'Albert Camus*, édit. Michel Onfray et Flammarion, J'ai lu, 2012, p. 351-352.

⁹⁸⁹ André Benhaïm et Aymeric Glacet (dir.), *Albert Camus au Quotidien*, Presses Universitaires du Septentrion, 2013, p. 107. En 1935 déjà, la *Révolte dans les Asturies*, la pièce qu'il avait écrite avec trois membres du *Théâtre du Travail* pour mettre en scène l'insurrection ouvrière d'octobre 1934 à Oviedo en Espagne réprimée dans le sang, fût censurée par le maire d'Alger avant même d'être jouée.

⁹⁹⁰ Une censure ou plutôt une autocensure qui est sans doute la modalité la plus pernicieuse de la censure, exercée par son éditeur à l'occasion de la publication du *Mythe de Sisyphe*. « En 1942, Gaston Gallimard juge le chapitre sur Kafka impubliable en zone occupée », (DAC, p. 464). Il ne sera réintégré dans le texte qu'après la guerre. Depuis 1933, les nazis avaient en effet interdit toute publication concernant l'écrivain juif et s'étaient employés à détruire autant qu'ils le pouvaient ses œuvres.

⁹⁹¹ Ce que font les idéologues. L'idéologie est pour Camus incompatible avec un journalisme authentique comme avec une création artistique authentique : Camus « ne croit pas à une création édifiante, soumise à une ligne idéologique préétablie, ou à quelque ordre supérieur », *Camus et l'éthique*, sous la direction d'Eve Morisi, édit. Garnier, 2014, p. 9.

⁹⁹² « La véritable œuvre d'art [mais cela vaut pour les écrits journalistiques avec Camus] aide à la sincérité, renforce la complicité des hommes », OC/CA, T. II, p. 1017. Il faut que l'art « ne se sépare de personne », OC/DS, T. IV, p. 240. L'art et l'artiste « scrutent et témoignent pour ce qui fait la particularité de chaque être humain sans disqualifier aucun d'entre eux et pour ce qui relie les hommes entre eux. » *Camus et l'éthique, op. cit.*, p. 24.

520. Un *Juge révolté* qui refuse l'instrumentalisation de son office par le pouvoir politique qu'autorise la conception neutraliste du droit et, conséquemment, qui affirme un pouvoir propre, une liberté d'expression au service du Droit, que n'a pas le juge légaliste bien qu'il officie le plus souvent dans des lieux qui peuvent faire croire aux justiciables en l'existence d'un tel pouvoir. On peut voir en effet une certaine forme d'instrumentalisation de l'art par le politique dans le décorum des palais de justice construits « à l'antique », avec leurs boiseries, leurs tentures, leurs sculptures, leurs peintures murales, qui témoignent, avec les robes herminées et constellées de décorations des magistrats, d'une inclusion dans « l'imagerie du pouvoir », en fait trompeuse, puisqu'ils n'exercent (à moins d'être *révoltés*) aucun pouvoir propre. Mais il est avantageux pour ceux qui détiennent le pouvoir réel, de faire croire que la justice n'est pas réductible à leurs lois, que l'institution judiciaire rend une justice qui les transcendent. Ce que contribue à faire croire certaines représentations, notamment picturales, telle par exemple celle de *La justice et la vengeance poursuivant le crime* (1815-1818) dans le tableau de Pierre Paul Prud'hon à propos duquel Daniel Mainguy écrit : « La Justice comme valeur poursuit inlassablement le Crime, c'est une figure constante associant deux termes ici et généralement associés : la Justice comme idéal, et la Justice comme institution, étant entendu que la Justice institution est souvent considérée comme devant rendre la Justice idéale, ce qui est une vue philosophique naïve, naïveté qu'on retrouve dans le tableau de Prud'hon, mais point dans celui de Victor Hugo » intitulé *Justicia*, dans lequel « on distingue la guillotine et la tête, projetée comme un boulet », « où la Justice institution est présentée comme le contraire de la Justice idéale »⁹⁹³ ; une représentation qui, contrairement à l'autre, n'avait certainement pas sa place dans un palais de justice, surtout à l'époque où la peine de mort n'était pas abolie.

521. Cette représentation péjorative, on la retrouve dans les fictions de Camus où les figures du juge sont « fanatiques, serviles, cruelles, parfois perverses, souvent révoltantes. »⁹⁹⁴ Il voyait en effet essentiellement dans l'institution judiciaire une « puissance d'oppression »⁹⁹⁵, peu préoccupée de vérité (cf. *supra*, n° 496 et suivants) et qui n'est bien souvent qu'un des masques du pouvoir. Comme il en a été le témoin dans l'Algérie coloniale où, jeune chroniqueur

⁹⁹³ Blog de Daniel Mainguy, professeur de droit à la faculté de Montpellier, article « *Droit et peinture : La justice*. Diverses autres œuvres y sont reproduites et commentées : Le jugement de Salomon (1641) de Nicolas Poussin ; Le procès de Phryné, de Gérôme ou La mort de Socrate (1787) de J.L. David ; A. Warhol, Big lectric Chair.

⁹⁹⁴ DAC p. 452.

⁹⁹⁵ DAC p. 461.

judiciaire à *Alger Républicain*, il été conduit à dénoncer ses dysfonctionnements ⁹⁹⁶ et plus tard pendant la seconde guerre mondiale et celle d'Algérie ⁹⁹⁷ ; sans que jamais cependant ne le quitte, écrit Denis Salas, « l'espoir d'une autre justice ». ⁹⁹⁸ Une autre justice que parfois, heureusement, a laissé entrevoir et laisse encore aujourd'hui entrevoir au travers de décisions courageuses, la justice existante. ⁹⁹⁹ Camus pensait que pour « bâtir une cité juste » ¹⁰⁰⁰, il fallait que l'action politique soit guidée par « une vertu morale ». ¹⁰⁰¹ Mais cela ne signifie nullement qu'il faille nécessairement attendre qu'il en soit ainsi. Rien ne s'oppose à ce que les juristes et particulièrement les juges prennent l'initiative de bâtir, ici et maintenant, sinon la « justice juste » de cette espérée, et sans doute définitivement vouée à l'espérance, « cité juste », au moins une justice guidée par une éthique propre du Droit ; une justice en tant qu'institution dont la justice en tant que valeur ne dépende plus, au final, comme c'est le cas jusqu'à présent, de la seule volonté du pouvoir en place et des seules circonstances politiques.

⁹⁹⁶ Par exemple avec l'affaire déjà citée de Michel Hodent, agent technique de la Société indigène de prévoyance, société créée en application de mesures prises par le Front populaire avec pour mission d'acheter les récoltes de blé afin d'éviter les spéculations des colons et des intermédiaires. Accusé d'avoir détourné du blé à son profit, ce qui s'avérera très vite matériellement inexact, il fait l'objet d'une nouvelle et aussi peu convaincante inculpation pour détournement de bénéfices. La justice fera tout ce qu'elle pourra pour couvrir les agissements des riches exploitants au détriment des petits producteurs, et le complot qu'ils ont ourdi contre Michel Hodent et sept autres personnes aussi injustement accusées (de complicité pour avoir refusé de mentir). Camus, malgré les pressions exercées sur lui, refera l'enquête et démontrera leur innocence au travers d'une série d'articles prenant à témoin l'opinion publique, dont le dernier le 23 mars 1939 qui fera état de l'acquittement de tous les prévenus.

⁹⁹⁷ Cf. le second chapitre du titre 2 de la 1^{ère} partie, n° 296 et suivants.

⁹⁹⁸ DAC p. 462.

⁹⁹⁹ Ainsi de la décision du Tribunal correctionnel de Lyon (7^{ème} Chambre, n° parquet : 19168000015) du 16 septembre 2019 qui a relaxé deux militants écologistes poursuivis pour avoir décroché le portrait du président de la République dans une mairie pour protester contre l'inaction climatique du gouvernement malgré les engagements pris en ce domaine par la France incarnée par un président omnipotent. Entre autres, Cécile Duflot, ancienne ministre et témoin, avait fait valoir à cet égard « que l'accord de Paris de 2015 tendant à limiter le dérèglement climatique n'a pas été respecté en France par manque de volonté politique, que les responsables de plusieurs associations ont déposé devant le Conseil d'État en mars 2019 un recours en carence de l'État et que seul le président de la République serait à même d'ordonner les mesures d'ampleur exigées par l'urgence de la situation » On peut, en se fondant exclusivement sur la loi existante et la jurisprudence relative à l'état de nécessité invoqué (en dehors de ses cas d'application traditionnels), discuter à perte de vue sur la motivation du jugement, mais il demeure que les militants en question ont eu raison d'alerter l'opinion publique sur le « danger grave, actuel et imminent » — le péril mortel — encouru par l'humanité du fait du non-respect des engagements pris par l'État. Ce qui, de notre point de vue, manque au juge qui en est conscient et estime qu'il ne peut pas appliquer une loi qui condamne une telle action menée au nom de la sauvegarde de l'humanité, c'est une conception du Droit distinguée de la loi par sa dimension éthique propre fondée sur la solidarité, qu'il lui appartient, en propre, de faire respecter.

¹⁰⁰⁰ DAC, p. 462.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

Commentaire. Il est entendu que la liberté d'expression occupe une place de choix dans le droit positif. Introduite en France (après les États-Unis en 1776) par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, elle est insérée dans le préambule de la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel (arrêt n°94-345 DC du 29 juillet 1994 *Loi relative à l'emploi de la langue française*) y voit une « liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés." Elle fait l'objet de diverses adaptations dans divers textes nationaux tels que la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou la loi du 9 décembre 1905 relative à la laïcité. En outre elle est inscrite dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, malgré cette considérable consécration, elle est et demeure d'une grande fragilité. Son universalité n'empêche guère qu'elle soit bafouée un peu partout dans le monde, y compris au sein même de l'Union Européenne (par exemple en Hongrie). En France même elle est la cible des extrémistes de toutes sortes, et les réactions que suscitent parmi eux les attaques criminelles des terroristes, peuvent à terme avoir pour effet de la mettre à mal. Pour effet et pour but, si le pouvoir politique en place dérive vers un régime autoritaire, ce qui ne peut et ne doit jamais être exclu. Alors, ou bien le juge applique sans sourciller ses lois liberticides — après que ce pouvoir ait éventuellement modifié la Constitution et neutralisé le Conseil constitutionnel, ce qui peut paraître inouï mais ce qui ne l'est que pour celui qui est persuadé de l'immutabilité des acquis en matière de libertés, ce qui n'est guère confirmé en ce premier quart du XXI^e siècle — ou bien le Juge qui n'entend pas se démettre, s'oppose à l'application de ces lois au nom du Droit qu'il lui appartient en propre de Dire. La liberté d'expression se voit donc ainsi dotée par « gros temps », avec le *Juge révolté*, d'une garantie positive supplémentaire. La seule en fait imaginable sans sortir de la juridicité (élargie, avec la dimension éthique du Droit). Une garantie qui, à la supposer assurée, pourrait ne plus avoir à jouer si le pouvoir politique en venait un jour à concevoir son exercice, lui aussi, comme un art de vivre ensemble fondé sur la solidarité. Un art opposé à l'art de la manipulation du Prince (qu'il ait revêtu l'habit du monarque ou du démocrate) machiavélien qui peut user de tous les moyens disponibles, même les plus choquants du point de vue de la moralité courante, pour se hisser et se maintenir au pouvoir ; tout en s'efforçant de donner l'impression de posséder toutes les vertus. Une conception où, selon la formule de Myriam Revault d'Allones, « l'art de gouverner est celui de tromper les hommes ». ¹⁰⁰²

¹⁰⁰² Myriam Revault d'Allones, *Ce que l'homme fait à l'homme. Essai sur le mal politique*, édit. du Seuil, 1991.

Paragraphe 2. Une conception de l'art de juger, révoltée, solidaire et mesurée

522. Ce qu'invite à penser l'œuvre de Camus ce n'est rien d'autre, au fond, qu'une justice rendue par des hommes solidaires des autres hommes, y compris de ceux qu'ils ont à juger. « Il y a une part d'innocence chez le pire des coupables, et une part de culpabilité chez ceux qui s'autorisent à le juger. »¹⁰⁰³ Camus parle à cet égard, dans *L'Homme révolté*, d'une « culpabilité raisonnable. »¹⁰⁰⁴ Cette culpabilité raisonnable nécessite de la part du Juge une « probité humaine » qui dépasse largement la notion purement professionnelle et statutaire qu'en ont généralement les juges neutralistes. Le *Juge révolté* ne peut ignorer ce qui le relie à celui qu'il juge et donc s'estimer innocent par principe des conséquences de son jugement dès lors qu'il est fondé sur la loi, quelle que soit cette loi. C'est un Juge qui ne se décharge pas de sa culpabilité et de sa responsabilité sur les autres et particulièrement sur le législateur. Une attitude de déni de sa propre et incontournable implication dans les conséquences d'une action dans laquelle on a pourtant pris sa part, assez répandue, dont Camus fournit une version particulièrement subtile dans *La Chute*. Dans ce roman publié en 1956, il met en scène un personnage nommé Jean-Baptiste Clamence, un avocat qui a interrompu sa brillante carrière après avoir entendu la chute dans la Seine du corps d'une jeune femme aperçue, manifestement désespérée, accoudée au parapet du pont Royal qu'il venait de traverser sans qu'il se soit arrêté pour tenter de l'empêcher de se suicider. Il s'est retiré à Amsterdam où il recèle un panneau du retable de *L'agneau mystique* de Van Eyck volé à la cathédrale de Gand intitulé *Les juges intègres*, qu'il montre un jour à un compatriote de passage. C'est l'occasion pour Camus de broser, en contrepoint, le portrait du « juge-pénitent », un oxymore inventé lors de la polémique violente soulevée à la suite de la parution de *L'Homme révolté* en 1951 par le clan sartrien, pour qualifier « Les « existentialistes » [qui] font de l'autocritique un usage systématique et pervers. Au lieu de recourir à elle pour éviter de s'ériger en juges, ils étalent leurs torts afin de s'assurer, sous prétexte de lucidité ou de sincérité, une supériorité sur leurs semblables. »¹⁰⁰⁵ Une attitude qui rejoint celle du Prince manipulateur machiavélien.

¹⁰⁰³ DAC, p. 192.

¹⁰⁰⁴ OC/HR, T. III, p. 70. « Il est impossible de *dire* que personne soit absolument coupable et impossible de prononcer par conséquent de châtement total », DAC p. 192. « Si personne n'est coupable absolument « c'est parce que quelque chose en lui participe de la douleur. », *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ DAC, p. 453. Dans ses *Carnets*, le 14 décembre 1954, Camus note : « Existentialisme. Quand ils s'accusent on peut être sûr que c'est toujours pour accabler les autres. Des juges pénitents », OC/CA. T. IV, p. 1212. La confession du « pénitent » sur ses propres fautes est une « confession calculée » (Cf. Le « prière d'insérer » de La

523. Le juge intègre n'est pas seulement, pour nous, celui qui n'est pas corrompu ¹⁰⁰⁶ au sens courant, banal, d'un juge qui tire de l'exercice de ses fonctions des avantages indus, par exemple en favorisant dans son jugement l'une des parties avec laquelle il est lié d'intérêts. Il est aussi, bien plus subtilement, celui qui refuse une autre forme de corruption : la corruption légale qui consiste à appliquer une loi gravement contraire à l'éthique du Droit ou autrement dit une loi qui a pour but et/ou pour effet de rompre la solidarité qui en constitue la valeur première, matricielle. Une corruption au sens d'un détournement légal de la loi au profit d'intérêts particuliers. Par exemple une loi qui spolie une partie de la population au profit d'une autre, comme ce fût le cas pour les Juifs sous l'Allemagne nazie. Une corruption du législateur qui est une corruption politique et non une corruption judiciaire pour le juge neutraliste qui applique une telle loi parce que c'est la loi et s'estime déchargé d'une responsabilité éthique qui, pour lui, ne peut que peser sur le pouvoir politique. Une corruption qui, au contraire, pour le Juge qui dit le Droit et non uniquement la loi, est non seulement une corruption de la loi, une corruption du législateur, mais aussi une corruption judiciaire, une corruption à laquelle il ne saurait être associé sans engager sa responsabilité. Un *juge révolté* qui, par son refus d'appliquer une telle loi, manifeste l'intégrité supérieure qui, seule, peut conférer à son office la dignité que tout un chacun, à raison, attend de lui. Une dignité opposée à ce que donne à voir Camus des juges dans son œuvre, après et avant bien d'autres. Les textes et l'iconographie ¹⁰⁰⁷ sont en

Chute, OC/LC, T. III, 2015) destinée à provoquer la confession de l'autre afin de le conduire à reconnaître sa propre culpabilité. Le « pénitent » se fait alors juge.

¹⁰⁰⁶ On peut à ce propos lire avec intérêt la présentation sur son site d'une exposition organisée d'octobre 2016 à février 2017 au Groeningemuseum de Bruges intitulée *L'art du droit. Trois siècles de justice en images*, qui offre un autre exemple, parmi bien d'autres, de l'intérêt pour la connaissance du droit des œuvres picturales : « Au 15^{ème} siècle, il était d'usage de décorer les salles des tribunaux avec des œuvres visant à inciter les juges à exercer leur charge avec la probité requise par leur profession. Le plus souvent, le choix se portait sur « Le Jugement dernier », le moment suprême de la justice divine. Mais d'autres scènes provenant de sources bibliques et profanes furent aussi le sujet d'œuvres illustrant la thématique du droit. Ces « *exempla iustitiae* » constituaient des modèles de jugements équitables. Ce fut le cas du « Jugement de Cambyse », que Gérard David exécuta en 1498 sur commande de l'administration de la ville. Cette œuvre représentant l'atroce supplice d'un juge corrompu figurait autrefois dans la salle du tribunal de l'Hôtel de ville de Bruges et est aujourd'hui l'une des pièces maîtresses de la collection du Groeningemuseum. En dehors de la salle du tribunal, d'autres objets d'art font également référence au droit, comme des peintures, des estampes, des dessins, des sculptures et des vitraux. (...) « L'art du droit » donne ainsi une image fascinante de la façon dont les thèmes relatifs à la justice ont trouvé leur expression dans l'art au cours de l'Ancien Régime ». Et il n'y a évidemment aucune raison pour que ce qui est vrai pour l'Ancien Régime ne le soit pas pour le monde moderne.

¹⁰⁰⁷ Dans laquelle Honoré Daumier occupe une place de choix. L'analyse des 38 lithographies parues avec le plus grand succès dans le *Charivari* du 21 mars 1845 au 31 octobre 1848, rend compte de la représentation que se fait de la justice le public de l'époque, mais sans aucun doute encore celui d'aujourd'hui : « Mais les Gens de Justice ! Jamais, depuis Rabelais, la gent chicanière n'a été plus serrée de près, plus fouillée, plus implacablement disséquée dans ses trucs, dans ses manies, dans ses audaces, dans ses roueries. Ces robes noires, ces faces rasées, le froid humide de la salle des Pas-Perdus, l'atmosphère surchauffée des salles d'audience, tout cela a positivement grisé Daumier. C'est avec une fougue rancunière qu'il a croqué ces innombrables types d'avocats emballés, de juges assoupis, moqueurs ou inexorables, de plaideurs exaspérés. » Ce qui, d'une part, par définition même de la

effet, hélas, tristement riches à cet égard. Dont beaucoup constituent, certes, des caricatures qui fonctionnent par définition sur une amplification des traits, mais qui n'en disent pas moins beaucoup d'une institution qui s'interdit depuis si longtemps qu'elle semble avoir oublié aujourd'hui jusqu'à l'existence de cette interdiction, de s'interroger sur le bien-fondé de sa subordination à la loi du pouvoir, de poser la question, au-delà de l'indépendance qui lui est octroyée par cette loi, de son autonomie et avec elle de l'autonomie du Droit qu'elle a à Dire. Une subordination qui a pour effet de priver de toute garantie judiciaire propre le citoyen lorsque la loi est arbitraire, une subordination inapparente tant que la loi ne porte pas trop significativement atteinte aux libertés.

524. La seule ouverture vraiment significative au sein même de la Cour de cassation est essentiellement, actuellement, sur l'économie dans sa conception néolibérale dominante. Une ouverture qui, en fait, loin d'être émancipatrice, ne fait que redoubler la subordination de l'institution judiciaire : elle était politique et voilà qu'elle est aussi, désormais, économique ou politico-économique. Alors que la seule ouverture non seulement souhaitable, mais nécessaire, plus nécessaire que jamais en situation de péril planétaire multiforme, est cette ouverture sur l'humain qui fait tant défaut à notre époque en philosophie, mais en fait dans toutes les disciplines et particulièrement en Droit ; une ouverture avec Camus sur la fragilité de l'homme et sur la douleur de l'homme. La douleur commune liée à la condition humaine mais aussi la douleur liée à l'injustice humaine, omniprésente sur les écrans du quotidien où l'on assiste au massacre de populations entières ; comme par exemple en Syrie depuis 2011 au mépris du droit international. Camus disait à propos de son ami Louis Guilloux, mais cela valait tout autant pour lui ¹⁰⁰⁸, qu'il « songe presque toujours à la douleur chez les autres ». ¹⁰⁰⁹ Ce qui devrait sans doute être aussi le cas de tous ceux dont le métier est de juger les autres, sans jamais perdre

caricature, est une exagération, une déformation de la réalité et, d'autre part, n'est nullement contradictoire avec le fait que le même public d'hier et d'aujourd'hui espère lui aussi en une justice en rapport avec l'idée qu'il se fait du Droit en opposition à toute forme d'arbitraire, une justice qui ne soit qu'un guichet ou autrement dit, une véritable justice. Ce que n'est pas l'institution à laquelle il est abusivement donné ce nom tant qu'elle ne s'érige pas elle-même en gardienne effective de la solidarité et des valeurs qui s'en déduisent ; tant qu'elle n'en est qu'un faux-semblant. On peut là encore noter au passage qu'on a avec Daumier un autre exemple patent de l'intérêt pour les juristes et spécialement pour ceux qui se destinent aux carrières judiciaires, au-delà de l'admiration au plan artistique et de l'amusement que ses dessins et peintures ne peuvent manquer de susciter, de s'intéresser à un domaine de l'art qui lui aussi est riche d'enseignements sur les mœurs judiciaires.

¹⁰⁰⁸ On peut dire qu'avec Camus, la douleur est « au centre de ses grandes œuvres ». Elle est « au seuil du « monde de la création » ; elle est aussi, pour le moraliste qu'il est, l'expérience cruciale d'une vie d'homme », DAC, p. 229.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

de vue que, s'il y a des victimes et des coupables, c'est par la douleur que « le plus affreux des criminels garde un rapport avec l'humain. »¹⁰¹⁰

525. L'attention à la douleur de l'homme solidaire de Camus (de l'homme qui a vaincu la tentation nihiliste de la révolte solitaire) appelle en creux une figure du juge à l'opposé de celle qu'il avait en tête selon Denis Salas lorsque, comme journaliste ou romancier, il a décrit le fonctionnement de l'institution judiciaire. À l'opposé de la peinture des juges représentés dans le tableau de Georges Rouault le plus grimaçant de la série des juges¹⁰¹¹, où l'on en voit trois en robe rouge dont le faciès peu amène, peu compassionnel, ne peut que faire douter fortement de leur sensibilité à la douleur humaine, et en fait persuader de leur capacité à appliquer sans faille, en toute neutralité, s'il le faut, les pires lois. Ce portrait ne rend heureusement pas compte de toute la réalité passée et présente des prétoires où, en période globalement de paix intérieure et extérieure, dans une démocratie comme la France, la justice comme valeur et la justice comme institution, bon an, mal an, coïncident. Mais l'histoire en témoigne, y compris récente, dans les périodes de troubles politiques et sociaux l'image qui n'est pas sans rapport avec la réalité de juges plus enclins à la répression voulue par le pouvoir qu'à la résistance à ses excès, ne tarde pas à reprendre le dessus sur celle, plus conforme à la représentation que se fait le peuple de ceux qui sont censés rendre la justice en son nom, des périodes d'accalmie.

526. L'image du *Juge révolté* est l'image, invariable, d'un Juge dont le peuple n'aurait pas, quelles que soient les circonstances politiques et sociales, à douter de l'humanité et de la capacité à résister à l'arbitraire éventuel de la loi. Mais cette image ne peut qu'être, dans sa perfection, plus ou moins mythique. Non que toute possibilité d'incarnation d'un tel Juge dans la réalité judiciaire soit exclue — auquel cas la thèse ne présenterait guère d'intérêt, sinon du point de vue d'une philosophie du droit insoucieuse de cette réalité —, mais en sachant que cette incarnation ne peut être parfaite, que le *Juge révolté* le plus solidaire et le plus courageux imaginable ne pourrait que tendre vers la figure d'un *Juge révolté* capable de s'affranchir définitivement, sans failles, sans allers et retours, sans hésitations, des pesanteurs d'une institution dont on a vu dans la première partie à quel point elle est soumise, et depuis si longtemps, au politique ; jusqu'à, pour citer à nouveau Alain Bancaud, constituer une "formidable machine à banaliser" l'arbitraire », c'est-à-dire à appliquer et par voie de

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ Une peinture sur papier marouflé réalisée entre 1929 et 1939, que l'on peut voir sur le catalogue de Christie's sur internet à la date du 24 mai 2006.

conséquence à légitimer les lois les plus indignes, à « rabattre l'extraordinaire politique à l'ordinaire judiciaire et bureaucratique ». Reste que si des Juges s'avéraient capables, dans les faits, ne serait-ce que de s'approcher de la figure mythique du *Juge révolté*, cela constituerait déjà un progrès considérable aux yeux des citoyens, dans un monde dont on souligne depuis longtemps qu'il est en perte de repères ; de ces repères parmi lesquels la justice occupe, ou devrait occuper, une place de choix.

527. Les mythes ne sont pas dépourvus de puissance, une puissance qui réside dans le fait qu'ils permettent bien souvent, paradoxalement, une plus fine, une plus directe, une plus profonde pénétration de la réalité humaine considérée, que des approches plus distancées, plus objectives, plus « scientifiques » ; en tout cas une compréhension irremplaçable. Et certains peuvent offrir, sinon un modèle, au moins un point d'appui pour la réflexion et l'action. Toute l'œuvre de Camus est peuplée de mythes. Le titre donné à son premier grand essai philosophique — *Le Mythe de Sisyphe* — en témoigne. Mais plus en amont encore, comme on le lit dans la préface de 1958 à la réédition de *L'Envers et l'Endroit* publié en 1937 : « Si, malgré tant d'efforts pour édifier un langage et faire vivre des mythes, je ne parviens pas un jour à réécrire *L'Envers et l'Endroit*, je ne serais jamais parvenu à rien, voilà ma conviction obscure ». ¹⁰¹² On voit clairement l'importance qu'il accorde à leur puissance évocatrice si l'artiste est capable de les faire vivre ou, autrement dit, de leur conférer une actualité : « Les mythes n'ont pas de vie par eux-mêmes. Ils attendent que nous les incarnions. Qu'un seul homme réponde à leur appel, et ils nous offrent leur sève intacte », écrit-il à cet égard dans *L'été*. ¹⁰¹³ S'il peut y avoir un mythe du *Juge révolté* incarné par un ou, mieux, par quelques Juges en poste, on peut espérer que ce mythe vive, prospère et suscite des vocations.

528. Les mythes mobilisés dans l'œuvre de Camus, sont nombreux ¹⁰¹⁴ : Sisyphe, Prométhée, Dionysos, le Minotaure, Hélène, Achille, Œdipe, Antigone, Caïn et Abel... Mais la

¹⁰¹² OC/EE. T.1, p. 38. « ...je ne suis pas un romancier au sens où on l'entend. Mais plutôt un artiste qui crée des mythes à la mesure de sa passion et de son angoisse. C'est pourquoi aussi les êtres qui m'ont transporté en ce monde sont toujours ceux qui avaient la force et l'exclusivité de ces mythes », OC/CA. T. IV, p. 1091.

¹⁰¹³ Plus précisément dans Prométhée aux Enfers, OC/ET, T. III, p. 591. Et dans *Le Mythe de Sisyphe* : « les mythes sont faits pour que l'imagination les anime », OC/MS, T.I, p. 302.

¹⁰¹⁴ Il serait inexact de penser que la référence à des mythes est une singularité de la pensée du Droit avec Camus. Dans un article relatif au droit pénal international paru dans *Champ pénal* — mais qui a une portée générale évidente —, on peut lire à contrecourant sous la plume de Diane Bernard de l'université de Liège, que « le droit inclut toujours en son sein de l'irrationnel, de la fiction, de la foi, de l'incantatoire — pensons même à la *Grundnorm* du positiviste Hans Kelsen, origine et fondement *hypothétiques, axiomatiques* et donc admis *per se*, du droit (...) le droit pénal, en particulier, {renvoyant} à plusieurs « mythes » ou fictions qui posent question,

figure mythique qui semble dominer son Panthéon et qui ne peut que concerner un *Juge révolté*, c'est celle de Némésis, la « personnification de la vengeance divine qui est une composante majeure, fondamentale, de l'esprit hellénique : qui s'élève au-dessus de sa condition, en bien comme en mal, s'expose à des représailles des dieux. Car il tend à bouleverser l'ordre du monde et, à ce titre, doit être châtié, si l'on veut que l'univers demeure ce qu'il est ». ¹⁰¹⁵ Camus s'empare du mythe, le réinterprète et lui assigne pour fonction d'être le nom de l'exigence d'équilibre qui est au centre de sa pensée et que le symbole judiciaire de la balance évoque à sa façon. L'équilibre et donc la limite, opposée à l'*hybris* que recèle toutes les idéologies, parmi lesquelles en bonne place les philosophies qui prétendent découvrir et/ou donner un sens unique à l'histoire qu'il s'agirait de suivre en éliminant tout ce qui en dévie. Des idéologies auxquelles (comme on le verra dans la seconde section) Camus oppose, dans la dernière partie de *L'Homme révolté*, une « pensée de midi » héritée des Grecs, qui est précisément un éloge vibrant de la mesure et de l'équilibre.

529. Le rejet de la démesure, de la « pensée unique », de l'idéologie implique le rejet d'un droit sans limite, d'un droit réduit à la loi du pouvoir politique, quel qu'il soit. Et d'un Juge dont l'office ne consisterait qu'à dire inconditionnellement cette loi. Mais commande tout autant le rejet d'un juge qui prétendrait imposer sa propre loi ou autrement dit un juge lui-même idéologue ; un juge qui en tant que tel méconnaîtrait les obligations inhérentes tant à la dimension politique qu'à la dimension éthique du Droit, auxquelles il substituerait sa propre vision politique et éthique. Mais aussi respectueux de ses obligations et rigoureux que puisse être le *Juge révolté*, il ne pourrait être, dans la réalité, qu'un Juge pratiquant le Droit comme un art en ce sens où il lui faudrait non seulement comme tout juge passer dans chaque occurrence de jugement de la généralité à la singularité, mais le faire en ménageant les exigences inhérentes à chacune des deux dimensions du Droit. Un art qui s'apparente à l'art du médecin auquel il doit être reconnu, dans une perspective humaniste, avec « le souci d'agir en fonction de ce qui est bon pour l'homme et la personne » ¹⁰¹⁶, une dimension éthique qui a également à voir avec la solidarité. Un art, avec le juge, du soin social.

quand on les confronte aux prétentions d'objectivité et de neutralité du droit contemporain ». Diane Bernard, *Faut-il croire en le droit (international pénal) ? Religion et symbolique dans le projet de justice internationale pénale.*, Champ pénal/ Penal field, Vol. XIII 2016.

¹⁰¹⁵ DAC, p. 601.

¹⁰¹⁶ Du « médecin qui a à agir dans un contexte qu'il ne choisit pas et dans une situation dont il ne maîtrise pas tous les paramètres » et qui compte tenu « des enjeux vitaux de la pratique médicale et de la situation de souffrance

Commentaire. En simplifiant à l'extrême, le droit peut être un instrument de promotion des inégalités ou au contraire un instrument au service de l'égalisation des conditions. Dans la réalité actuelle des sociétés considérées comme démocratiques en raison essentiellement de l'élection de leurs dirigeants, le pendule de la loi oscille entre les deux pôles ; une oscillation que la « neutralité » du juge oblige à suivre aussi fidèlement que possible. Avec la dimension éthique du Droit, il revient au Juge de poser une limite à l'application de la loi excessivement inégalitaire. La solidarité qui en est la valeur mère, s'oppose en effet à ce que qui que ce soit puisse être gravement laissé pour compte. Mais il ne peut sans franchir lui-même une autre limite, celle qui sépare le juridique du politique, substituer sa propre « loi » à celle du pouvoir politique ou autrement dit disposer par voie générale. Il peut et il doit « seulement » à défaut de pouvoir l'extirper, s'efforcer de limiter le mal humain individuel et social que constitue une rupture de la solidarité, une rupture dont il lui appartient de dire dans chaque cas si elle est ou non avérée. Pour Tocqueville, si l'égalisation des conditions, avec la démocratie, est favorable à la croissance et à la liberté, elle peut aussi conduire au despotisme comme l'histoire l'a en effet confirmé. Ce qui veut dire qu'il est déraisonnable et dangereux de croire que la solidarité postule une totale et générale égalité entre les hommes. Comme il est déraisonnable et dangereux de laisser se commettre une trop forte inégalité. Autrement dit, l'art de juger est un art du curseur.

Paragraphe 3. Une conception qui tend à favoriser, par le Droit, l'harmonie sociale

530. Avec le *Juge révolté* inspiré de *L'Homme révolté* de Camus, l'art visé est aussi l'art envisagé dans un sens esthétique, dans le sens d'une orientation esthétique de l'éthique du Droit et de l'office du *Juge révolté*. L'esthétique n'est pas, pour l'immense majorité des juristes, une catégorie assimilable par le droit. Une catégorie dont le juriste et particulièrement le juge pourrait avoir peu ou prou à se préoccuper, même d'un simple point de vue formel ou considéré comme tel. Ainsi en ce qui concerne l'usage de la langue, il y a bien un vocabulaire juridique, un langage juridique et même une linguistique juridique, mais peut-il y avoir un « style

caractéristique de l'expérience vécue de la maladie » doit agir avec une « sagesse pratique — mélange de savoir scientifique, de savoir-faire et de savoir-être — lui permettant d'agir de façon adéquate selon les circonstances, en tenant compte de la singularité de chaque cas et de la contingence de sa propre action, dans le souci d'agir en fonction de ce qui est bon pour l'homme et la personne. », HAL. Ulrien Lamy. *La médecine aujourd'hui : quelle place pour l'art médical ?* DEUG. France. 2007. Cel-01818334, p. 25.

juridique » ou un « style judiciaire » au sens donné au vocable « style » lorsqu'il s'agit des écrivains ? La réponse ne peut qu'être négative pour un juge orthodoxe « si l'on définit (...) le style comme ce qui permet de reconnaître un auteur, la marque d'une personnalité » et que l'on considère que « le juge qui applique la règle se contente, sans création propre, de déployer la densité normative de la règle, et de dresser la correspondance entre la situation abstraite visée par la loi et la situation concrète dont il est saisi. » Dans cette opération logique visée par Henri Motulsky dans *Principes d'une réalisation méthodique de droit privé*, le juge ne crée rien. Il n'écrit pas. Il déploie ce que le législateur a écrit avant lui. Seule la loi est l'encre dont le législateur a fait usage ; le juge est la bouche du législateur (Montesquieu). (...) Ainsi les juges vont [-ils] montrer leur docilité et leur rapport à la loi et aux justiciables par le style même de leurs décisions ». ¹⁰¹⁷ Une vision bien différente, pour ne pas dire opposée, au moins dans le principe, de celle des juges de *common law* qui ne « semblent pas avoir le même interlocuteur. » Alors que ces derniers « s'efforcent de donner une dimension concrète à leur décision », les juges français « demeurent dans une abstraction telle que chaque problème concret semble s'inscrire dans un système conceptuel » ¹⁰¹⁸ ; ce que traduit leur style « impersonnel, indirect, déductif et collégial. » ¹⁰¹⁹

531. Avec le *Juge révolté* on ne peut, à première vue, qu'envisager le maintien de ce style pour la partie légale du jugement et un style plus direct, plus investi, plus proche du juge de *common law* pour la partie éthique. L'autonomie du *Juge révolté* ne peut en effet que l'incliner à prendre une certaine distance avec la tradition romano-germanique, puisqu'il n'est plus le simple applicateur aux litiges qui lui sont soumis d'un objet neutre, mais à tout le moins un contributeur actif et indépendant du créateur de la loi, à la création de l'histoire juridique et judiciaire en cours (au-delà de la création tribulaire de la loi que constitue néanmoins selon l'opinion dominante, la jurisprudence au sens traditionnel). On ne peut donc dire avec Motulsky, en ce qui le concerne, que « le juge n'écrit pas » ou qu'il n'a pas de visage. Pour reprendre une formule employée par David Edward, bien au contraire avec lui, « la motivation dévoile le visage du juge ». ¹⁰²⁰ Celui, précisément, du *Juge révolté* qui, dans une certaine

¹⁰¹⁷ Marie-Anne Frison-Roche, 21^{ème} cours, Enseignement : *Littérature et Droit*, site mafr.

¹⁰¹⁸ Brunet Pierre, Halpérin Jean-Louis, Nollez-Goldbach Raphaëlle, « « *Les styles judiciaires* » : diversité des approches, nécessité des évolutions, Présentation du dossier *Droit et société*, 2015/3 (N° 91), p. 465-471. DOI : 10.3917/drs.091.0465. URL : <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2015-3-page-465.htm>

¹⁰¹⁹ *Ibid.*

¹⁰²⁰ David Edward, *Le rôle de la jurisprudence dans la Common Law*, publié sous ce titre sur internet, p. 131.

mesure, en tant qu'interprète et adaptateur de l'éthique du Droit aux espèces dont il a à connaître, se rapprocherait sans doute de son collègue de l'autre tradition, le « juge-narrateur » qui doit veiller « à ce que le récit soit vecteur de cohérence narrative et juridique ». ¹⁰²¹ Une cohérence qui suppose, outre une grande rigueur de raisonnement, une maîtrise de la langue (orthographe, vocabulaire, grammaire, syntaxe...) et des qualités rédactionnelles dont l'exigence ne peut que rendre plus nécessaire encore un rapprochement du droit de la littérature et, dans cette dernière, d'œuvres telles que celle de Camus qui offre dans ses différents aspects (roman, théâtre, essai, articles de presse) une riche matière à réflexion sur un aspect non négligeable de l'orientation esthétique de l'éthique du Droit dans notre dispositif : celui de la clarté.

532. « Par son attachement à la beauté éternelle à laquelle aspirent les Grecs et par son constant souci de la forme, Camus est tout naturellement placé du côté des écrivains classiques », écrit Pierre-Louis Rey.¹⁰²² Mais s'il l'est, ce n'est pas au sens d'un attachement maniaque à des règles fixes, c'est par un souci constant de clarté de l'expression qui est ou devrait être essentiel pour tout juriste et particulièrement tout juge ; et qui ne peut que l'être de plus fort pour un *Juge révolté* qui n'est plus le simple serviteur de la loi mais l'interprète et le rédacteur d'une éthique du Droit porteuse, avec la solidarité, d'une aspiration à l'harmonie sociale. Une clarté attendue du côté de la dimension éthique du Droit qui n'existe plus guère du côté de la dimension politique du Droit (de la loi). Il est loin en effet le temps où Stendhal disait lire quelques articles du code Napoléon tous les jours et pouvait écrire à Balzac en octobre 1840 que « la Chartreuse de Parme est écrite comme le code civil ». La concision, la précision et cependant le potentiel d'adaptation, qui caractérisent la rédaction du code civil originaire tel qu'on le voit, par exemple, avec les articles 1382 et 1384 (1240 et 1242 dans la nouvelle numérotation), n'est plus la marque du droit inflationniste d'aujourd'hui dont l'essentiel est passé et continue de passer par la technostucture administrative des ministères. ¹⁰²³ On trouve

¹⁰²¹ HAL, Université Lyon III Jean Moulin, Marion Charret del Bover, *Mise en récit dans les discours juridictionnels de common law anglaise*.

¹⁰²² DAC, p. 157.

¹⁰²³ C'est ainsi que dans un chapitre intitulé *L'emprise bureaucratique sur la production des normes* » d'un article publié dans le numéro 79 de 2011 de la revue *Droit et Société* consacré au « rôle des administrations centrales dans la fabrication des normes », Jacques Chevallier écrit que « Le travail de mise en forme juridique ne saurait être considéré comme un simple travail technique, consistant à traduire, en suivant la logique et dans le langage du droit, les choix arrêtés par le pouvoir politique. La fonction des services administratifs ne se réduit pas à un simple habillage juridique : ils disposent bel et bien d'une influence sur le contenu même des normes. Il ne s'agit

certes sur le site internet du Sénat une longue rubrique intitulée *Rédiger la loi* (mise à jour de juin 2007) où est déroulé minutieusement le formalisme auquel les propositions de lois, en amont de leur dépôt, sont soumises pour qu'elles soient compréhensibles par tous, mais on y trouve aussi, dans une autre rubrique relative à *La qualité de la loi*, le constat du manquement persistant à cette obligation démocratique élémentaire.

533. Et ce, malgré le fait que dans sa décision du 16 décembre 1999 (n° 99-421 DC) rendue à propos de la *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, le Conseil constitutionnel reconnaisse valeur constitutionnelle à l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi puisqu'en effet « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16, pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables. Cette connaissance est nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration susvisée en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5 aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. » Ce qui est vrai pour la rédaction de la loi et des règlements, vaut également pour tous les actes juridiques, qu'ils soient de nature contractuelle, administrative ou juridictionnelle.¹⁰²⁴ L'exigence de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité vaut bien entendu pour le *Juge révolté* et tout particulièrement lorsqu'il est conduit à s'opposer à l'application d'une loi sur le fondement d'une dimension éthique du Droit qu'il lui revient en propre d'explicitier.

534. *Penser le Droit avec Camus*, c'est penser un Droit ou un jugement — au moins un jugement —, dont la clarté non seulement n'exclut pas, mais commande à celui qui l'écrit, de s'exprimer en humain qui s'adresse à un humain : d'être clair aussi sur ce point, de ne pas exclure le destinataire de la compréhension du texte *et* de la communauté qu'il forme avec son

pas seulement pour eux de fournir aux décideurs politiques les éléments d'information dont ils ont besoin, afin d'éclairer leurs choix, et de se borner à rédiger un projet, sur la base des orientations fixées par les élus : ils exercent une fonction de cadrage, qui conditionne les arbitrages ultérieurs ; mais cette fonction s'exerce à travers des rapports permanents d'interaction avec les acteurs politiques et sociaux ».

¹⁰²⁴ On peut observer que le caractère légal de l'exigence de clarté est expressément rappelé dans un document thématique édité par le service des relations internationales créé par le Bureau du Sénat en 1994, intitulé *Guide de rédaction des propositions de loi et des amendements* (édition de septembre 2007). Mais ce guide est en fait sans grande portée puisqu'il est destiné « aux visiteurs et stagiaires accueillis dans le cadre d'actions de coopération technique interparlementaire » et qu'il fait partie des documents qui composent la « Documentation technique pour la coopération » lesquels « n'expriment en aucune façon une position officielle du Sénat. » !

rédacteur. C'est refuser l'assèchement du droit auquel conduit le positivisme en le réduisant à un objet sans qualités et, à plus forte raison, la déshumanisation à laquelle conduira inéluctablement sa traduction en algorithmes dans un monde qui se passera de plus en plus de juges si la tendance actuelle à la substitution du virtuel au « présentiel » se poursuit. Un monde vers lequel s'achemineront les yeux bandés ceux qui continueront à s'accrocher à leur pernicieuse neutralité. Un monde fonctionnel, vide de représentations, de symboles, de mythes, de préoccupations de style, de clarté, de beauté. Un monde efficace à l'image d'une fourmilière. Dans leur livre *Justice digitale*, Antoine Garapon et Jean Lassègue montrent à ce propos que « l'informatisation du droit modifie non seulement les moyens de diffusion de la loi mais plus profondément son élaboration même »¹⁰²⁵, que « l'écriture numérique ne va pas se borner à consigner passivement nos lois comme l'écriture le faisait encore naguère, car elle porte en elle la possibilité d'organiser la coexistence humaine »¹⁰²⁶, que « le droit et le symbolique [vont ainsi devenir] un luxe que l'on ne peut plus s'offrir collectivement »¹⁰²⁷, évoquant à cet égard « une nouvelle forme de pauvreté symbolique »¹⁰²⁸ et donc humaine « qui résulte de la raréfaction des relations relayées par les possibilités qu'offrent les chatbots. »¹⁰²⁹ Avec à la clef, une « curieuse inversion : alors qu'autrefois, disposer de la technique était un privilège réservé aux nantis pour se protéger des vicissitudes de la nature et de la violence des rapports sociaux, aujourd'hui parler avec des personnes en chair et en os et vivre dans la nature sans laisse électronique, est en passe de devenir un privilège, les pauvres étant au contraire enfermés dans le cercle de la technique. »¹⁰³⁰ Une inversion qui risque fort de s'avérer mortelle pour la solidarité et donc pour le Droit véritable qui « n'est pas une fin en soi. [Qui] ne prend sens que par son aptitude à répondre, concrètement et effectivement, aux exigences d'une société juste »¹⁰³¹, ou autrement dit solidaire.

¹⁰²⁵ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 15.

¹⁰²⁷ Antoine Garapon et Jean Lassègue, *op. cit.*, p. 346.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 347. « Un chatbot est un robot logiciel pouvant dialoguer avec un individu ou consommateur par le biais d'un service de conversations automatisées pouvant être effectuées par le biais d'arborescences de choix ou par une capacité à traiter le langage naturel. » Définition en ligne de L'encyclopédie illustrée du marketing.

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ *Droit & Littérature*, sous la direction de François Jongen et Koen Lemmens, édit. Anthémis, 2007, p. 59.

535. La solidarité s'oppose à ce que le droit ne soit que l'instrument de l'action normative du pouvoir politique et à ce que l'acte de juger ne soit qu'une opération logique syllogistique ou algorithmique en l'absence de toute évaluation axiologique de la loi. Mais elle ne saurait être réduite à cette opposition. Il faut sans aucun doute l'opposer à toutes les forces centrifuges auxquelles elle est confrontée, à toutes les forces qui nient le « nous sommes », mais il faut aussi à celui qui est conscient de sa nécessité et suffisamment conséquent, libérer son dynamisme propre : l'aspiration qu'elle communique au révolté auquel elle s'est révélée, à poursuivre le chemin vers sa forme achevée : l'harmonie sociale. En sachant que si le chemin n'a pas de fin, il n'en mérite pas moins d'être suivi. Il serait en effet bien naïf, en ce premier quart du XXI^e siècle au ciel si lourd de menaces de toutes sortes, d'espérer, à l'instar par exemple des révolutionnaires communistes sincères du début du siècle précédent, parvenir un jour à une société sans classes, sans hiérarchies et sans lois, une société qui « chanterait » d'une seule voix un même et définitif bonheur d'être ensemble. Un espoir dont on sait à quel point non seulement il a pu être déçu, trahi, mais surtout à quel point il a pu être meurtrier dans ses tentatives concrètes de réalisation.¹⁰³² La seule harmonie qu'il soit raisonnable d'espérer en présence d'une irréductible et mouvante diversité d'intérêts des individus et des groupes au sein de la cité, est polyphonique, à l'instar, comme on l'a souligné dans l'introduction générale, de l'œuvre de Camus, à la fois polygraphique et cependant remarquablement unitaire. Une polyphonie que l'on peut s'efforcer de rendre aussi harmonique que possible en sachant cependant qu'au sein de la cité les voix sont non seulement nombreuses, mais en mue permanente, et qu'il faut donc adapter, voire réécrire autant qu'il est nécessaire, la partition. En filant la métaphore musicale on peut dire qu'en démocratie l'art de légiférer et l'art de juger participent d'un même art du contrepoint. Pour le Juge dans la recherche dans chaque cas du meilleur accord possible entre la dimension politique et la dimension éthique du Droit. En refusant au besoin d'appliquer une loi trop manifestement disharmonique.

¹⁰³² Il va de soi pour nous qu'à l'autre bout du spectre de l'idéologie politico-économique, l'individualisme néolibéral ploutocratique et scandaleusement inégalitaire, n'est pas moins à rejeter. Que l'accumulation et la concentration des richesses, des privilèges et des pouvoirs entre les mains de quelques-uns, que le droit organise, conforte et préserve, va à l'encontre de toute recherche d'harmonie sociale, d'un bonheur d'être ensemble. Et va peut-être même à l'encontre de toute possibilité de bonheur individuel. Les puissants note Camus « sont souvent les ratés du bonheur », DAC. P. 92. « il n'y a pas de honte à être heureux », note-t-il encore, mais « il peut y avoir de la honte à être heureux tout seul ». *Ibid.* Penser l'autonomie du Droit et du Juge et leur mise au service d'un art du vivre-ensemble, c'est aller à l'encontre de ce nihilisme mondialisé qui conduit l'humanité à sa perte non seulement morale, mais physique.

536. Cette recherche correspond au second des deux volets des rapports de l'art et du Droit évoqués dans le cadre de cette thèse, incontournables dès lors qu'on entreprend de penser le Droit avec Camus. On a vu que le premier, d'ordre didactique, examiné au chapitre précédent, n'était pas de nature à provoquer, même chez un juriste orthodoxe, une réaction de rejet. Un tel juriste peut en effet estimer à première vue que la fréquentation de la littérature est sans grand intérêt technique, mais qu'elle est en tout cas inoffensive en l'absence de toute confusion entre l'une et l'autre disciplines. Il admettra en fait sans grande difficulté que le fait que la littérature emploie le même mode d'expression que le Droit ¹⁰³³ et donne par exemple à voir au juriste des applications, des conséquences et des développements possibles de telle ou telle norme positive que sa simple lecture, même éclairée par la jurisprudence à laquelle elle a donné lieu, ne permettaient pas d'envisager, enrichit la discipline juridique sans porter atteinte à son intégrité théorique. Mais un tel consensus final ne peut guère être espéré dès lors que c'est la conception même du Droit qui est en cause. Ce qui est le cas dès lors que Juge (le *Juge révolté*) à qui il revient de Dire le Droit, le conçoit comme un art de vivre ensemble. Une conception qui déborde le cadre de l'interprétation de la loi, même entendue dans le sens le plus large. Une conception incompatible avec le principe de la neutralité axiologique du juge puisqu'elle implique l'existence d'une finalité propre au Droit. Une conception qui, sans être moins rationnelle et objective que l'autre, restitue au Droit, avec sa dimension éthique, son origine et sa finalité humaines, sa vérité de création humaine de bout en bout, de création par des hommes pour des hommes dans le but de réguler humainement leur nécessaire existence en commun ; une existence à laquelle il leur faut s'efforcer de donner, précisément, un sens commun. Un sens qui transcende les interprétations singulières, circonstanciées et contingentes de chacun trouvé, avec Camus, dans le dépassement de la révolte solitaire et stérile contre l'absurdité de la condition humaine (« le silence déraisonnable du monde »), dans la révolte fertile contre l'injustice faite à l'homme par l'homme, dans la révélation du fait et de la nécessité de la solidarité (« Je me révolte, donc nous sommes »).

¹⁰³³ Il y a certes un langage technique du Droit, mais l'existence d'un lexique particulier n'infirmé bien entendu en rien ce fait majeur et cependant insuffisamment souligné et surtout pris en compte. « Paul Valéry observait à cet égard que ce qui manque aux nombreuses définitions du Droit, présentées par les meilleurs auteurs de Justinien à Kant, c'est la mention du langage, qu'il n'est pas possible pourtant de séparer de la notion de Droit », Marc Debono, *Langue et Droit, Approche sociolinguistique, historique et épistémologique*, Proximités, E.M.E. Le lexique technique du droit appartient comme tous les autres lexiques techniques à la langue qui le supporte. La situation serait différente si le Droit utilisait un autre langage que le langage naturel, tel celui des mathématiques. Ce qui n'est pas le cas et l'on sait l'échec des tentatives de formalisation qui a été celui de la philosophie analytique appliquée au langage dont le but, selon Carnap, était la « clarification logique de la pensée ».

537. De la reconnaissance sincère de la solidarité en tant que valeur matricielle de l'existence humaine et du Droit qui a pour fonction de la réguler dans sa dimension sociale, suit naturellement l'espérance en une certaine harmonie — forme aboutie de la solidarité — où s'apaiserait la révolte qui l'a fait naître. Une espérance que le révolté camusien sait à la fois ne jamais pouvoir réaliser pleinement et ne jamais devoir abandonner au risque d'un retour au nihilisme, au « tout est permis » en l'absence de tout interdit transcendant. Une espérance qui tient compte de ce qui est, de tout ce qui, toujours, résiste au progrès de la solidarité, à l'effort d'humanisation du monde, mais que cette résistance, loin de décourager, grandit et fortifie. Mettre le Droit au service d'un art de vivre ensemble comme l'indique le titre de ce second chapitre, c'est mettre le Droit au service d'un art entendu dans une acception qui déborde la création de fictions littéraires, qui intègre dans son champ d'action l'existence humaine elle-même. C'est, s'efforcer de faire de la régulation du cours de la société humaine une œuvre d'art, dans l'inspiration d'un auteur dont on a pu dire qu'il a donné l'exemple d'une véritable « vie philosophique »¹⁰³⁴, c'est-à-dire dans laquelle les idées, les principes non seulement ne sont pas démentis par les actions, mais les expriment. « J'estime un philosophe dans la mesure où il peut donner un exemple » écrivait Nietzsche dans ses *Considérations intempestives*. Mais l'exemple d'un philosophe qui se disait avant tout artiste, pour qui la philosophie et l'art étaient indissociables, pour qui il s'agissait de construire sa vie, indissociablement individuelle et sociale, comme une œuvre d'art. « Sa vie » — celle de Camus et celle de tout homme à son exemple —, dans tous ses aspects, et notamment professionnel. Ainsi, sa vie de Juge, si l'on est Juge.

¹⁰³⁴ Dans son livre *L'ordre libertaire, La vie philosophique d'Albert Camus*, édit. Flammarion, 2012, Michel Onfray écrit à cet égard : « Jadis, la preuve du philosophe était donnée par la vie philosophique qu'il menait. Ce jadis a duré longtemps. Le long temps béni de la philosophie antique, soit une dizaine de siècles avant que le christianisme et l'Université ne transforment les philosophes en théologiens, puis en professeurs (...). Un lignage de philosophes résiste à cette contamination de la pensée par le Ciel et la Chaire, Camus en fait partie — il aimait la Terre et la Vie. » Que veut-il dire quand il écrit dans ses Carnets, goguenard : Kierkegaard brandissait devant Hegel une terrible menace : lui envoyer un jeune homme qui lui demanderait des conseils ? Qu'il existe deux façons d'être philosophe. La première, celle du penseur danois, qui permet la construction d'une identité, la fabrication d'une existence, la sculpture de soi pour quiconque souhaite donner un sens à sa vie. La philosophie est alors existentielle, autrement dit, elle concerne les techniques de production d'une existence digne de ce nom. Toute la philosophie antique fonctionne ainsi : après avoir découvert une pensée, on en fait la boussole de sa vie, elle donne une colonne vertébrale au chaos que l'impétrant ressentait de façon intime avant cette rencontre. Dès lors, le philosophe peut conseiller à un jeune homme ce qui lui permet d'échafauder sa subjectivité. La vie devient une œuvre, rien n'interdit qu'elle constitue une œuvre d'art (...). La seconde façon de pratiquer la philosophie, celle du penseur prussien, envisage les conditions de possibilité de la pensée, elle se soucie des modalités de la connaissance, elle veut réduire la diversité et la multiplicité du monde, sa vitalité et ses efflorescences aussi, à une poignée de concepts agencés dans des architectures systématiques. Le désordre du réel doit obéir à la cravache du concept. (...) Une fois cette pure opération de l'esprit effectuée, le philosophe recule d'un pas, contemple son édifice : certes, il a construit un immense château — mais il s'avère inhabitable. », p. 11-12.

538. Avec Camus, il ne saurait être question d'un « art pour l'art » comme il ne saurait être question, pour qui pense le Droit avec lui, d'un « droit pour le droit ». Il ne saurait y avoir ni art ni Droit désengagé. Dans une note sur Oscar Wilde, il condamne l'artiste qui « a voulu mettre l'art au-dessus de tout. [Alors que] la grandeur de l'art n'est pas de planer au-dessus de tout. Elle est au contraire d'être mêlé à tout ». ¹⁰³⁵ Une position qu'il développe par la suite dans une préface à *De profundis* et *La ballade de la geôle de Reading* écrits par l'auteur du *Portrait de Dorian Gray* à la suite de son emprisonnement pour homosexualité. Il y explique que ce que Wilde a découvert dans sa prison — lui qui n'avait jamais pensé « qu'il existât des prisons » ou « avec la conviction tacite qu'elles n'étaient pas faites pour les hommes de sa qualité » estimant « que l'appareil judiciaire n'avait pas d'autre fonction que de le servir » — c'est que, « trop occupé à étonner et à séduire, en vrai dandy, il se condamnait à n'être jamais séduit ni étonné, par aucune sorte de vérité... » ¹⁰³⁶ ; qu'il avait « été complice de ce monde qui juge et condamne en un moment, avant d'aller dîner aux chandelles ». ¹⁰³⁷ « Il n'y a pas, écrit-il alors au plus frivole de ses amis, un seul malheureux être enfermé avec moi dans ce misérable endroit qui ne se trouve en rapport symbolique avec le secret de la vie ». Du même coup, affirme Camus, « il découvre les secrets de l'art (...) ». ¹⁰³⁸ « Pour mieux servir la beauté, il avait voulu la mettre au-dessus du monde, et pourtant, sous le droguet du bagnard, il reconnaît avoir ravalé son art au-dessous des hommes ». ¹⁰³⁹ Il comprend que « L'art qui refuse la vérité de tous les jours y perd la vie. Mais cette vie qui lui est nécessaire ne saurait lui suffire. Si l'artiste ne peut refuser la réalité, c'est qu'il a pour charge de lui donner une justification plus haute. Comment la justifier si on décide de l'ignorer ? Mais comment la transfigurer, si on consent à s'y asservir ? A la rencontre de ces deux mouvements contraires, comme le philosophe de Rembrandt entre l'ombre et la lumière, se tient, tranquille et étrange, le vrai génie ». ¹⁰⁴⁰

539. Il s'agit aussi pour le *Juge révolté* dont c'est le véritable « génie », de mettre son art du Droit et du Jugement, ni « au-dessus du monde », ni « au-dessous des hommes » ; de ne

¹⁰³⁵ Carnets, OC/CA, T. IV, p. 1110. « J'ai la plus haute idée, et la plus passionnée de l'art. Bien trop haute pour consentir à le soumettre à rien. Bien trop passionnée pour vouloir le séparer de rien. », *Ibid.*, p. 1094.

¹⁰³⁶ OC/AP, T. III, p. 901.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p. 902.

¹⁰³⁸ OC/AP, T. III, p. 902.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 903.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 253.

jamais contourner, détourner au prétexte d'interprétation la réalité de la loi quelle qu'elle soit, mais de lui opposer, sous la forme d'une limite à son application, la « justification plus haute » que constitue l'éthique du Droit si elle l'ignore, la néglige ou la bafoue gravement. Dans le Discours de Suède du 10 décembre 1957, Camus réaffirme que si l'art lui est nécessaire, s'il est vital pour lui, « c'est qu'il ne se sépare de personne et [lui] permet de vivre, tel [qu'il est], au niveau de tous ». Que « L'art n'est pas (...) une réjouissance solitaire »¹⁰⁴¹, que sa vocation est de rassembler »¹⁰⁴², « de parler du et pour le plus grand nombre », de traduire « les souffrances et le bonheur de tous dans le langage de tous » afin d'être « compris universellement » et, « En récompense d'une fidélité absolue à la réalité », d'obtenir « la communication totale entre les hommes ». ¹⁰⁴³ La fidélité à la réalité ne doit bien entendu être tenue pour absolue qu'en son principe, en tant que contrainte nécessaire et féconde à cette communication, toute liberté étant laissée par ailleurs à la création. ¹⁰⁴⁴ Le droit n'est pas non plus, ne doit pas être non plus, un simple moyen au service de la « réjouissance solitaire » d'un homme ou d'une caste.

540. Ce qui vaut pour l'art et pour l'artiste, vaut donc aussi pour le Droit et pour le juriste. Le droit pour le droit ou autrement dit, avec le droit, l'ordre pour l'ordre, pour n'importe quel ordre, comme l'art pour l'art, l'art pour personne, est une absurdité. Ni le droit ni l'art n'ont de sens, coupés de la réalité humaine. Le refus de lier le droit (comme l'art) à ce qui confère sa valeur à l'existence humaine, à ce qui lui donne sens, est absurde, mais c'est pourtant sur un tel refus qu'est fondé la conception du droit la plus largement partagée, qui exclut toute évaluation axiologique de la loi par le « scientifique du droit » et surtout par le juge. Une loi qui, par une décision parfaitement arbitraire des concepteurs de cette exclusion, est érigée en « chose en soi », en absolu. Un objet « a-humain » qui se prête à l'inhumain lorsqu'il est aux mains d'un pouvoir politique arbitraire, un objet privé de ce qui caractérise l'homme et ses créations en tant que créations proprement humaines : leur dimension éthique. L'objet d'une « science sans conscience », dégradé en pur et simple instrument de pouvoir et donc possiblement de domination alors que sa vocation — ce qui devrait être encore plus évident

¹⁰⁴¹ OC/DS, T. IV, p. 254.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 904.

¹⁰⁴³ OC/DS, T. IV, p. 240.

¹⁰⁴⁴ « S'il est une idée qui jamais ne quitta l'esprit de Camus, c'est bien celle de création. Tout comme Marguerite Yourcenar, il lance jeune les plans de ce que sera son œuvre future, en bâtit les travées sous forme de cycles. Être c'est créer. », DAC, p. 185.

que pour l'art au sens courant — est de rassembler, « de parler du et pour, le plus grand nombre », de favoriser la communication entre les hommes et non de les diviser, voire d'en exclure certains. En d'autres termes, non seulement il n'y a pas entre l'art et le Droit d'antinomie, mais au contraire une évidente convergence.

541. Une convergence qui autorise la conception d'un Droit comme art de vivre ensemble, la conception d'une éthique du Droit qui soit aussi une esthétique du Droit, à la fois réaliste et ouverte au progrès humain. Un réalisme, avec Camus, dégagé de toute idéologie, opposé au « réalisme socialiste » militant ¹⁰⁴⁵ dont l'Union soviétique a fait une démonstration magistrale de l'imposture au travers de représentations de toutes sortes (peintures, sculptures...) parfaitement contraires aux faits ; une contradiction qui était aussi (et l'est toujours plus ou moins dans la Fédération de Russie post chute du mur de Berlin) au cœur du système judiciaire avec un droit, à raison, qualifié par Philippe Raynaud d'« oxymore » tant il était, point par point, opposé à la plus restrictive notion de l'État de droit ; comme en témoignent, jusqu'à la caricature, les procès truqués staliniens destinés à justifier les grandes « Purges », menés par des juges aux ordres. L'exigence de prise en compte du réel ¹⁰⁴⁶ condamne tant le réalisme idéologique que le formalisme qui prétend faire « l'économie du monde », un formalisme auquel conduit en droit une théorie qui prétend évacuer de la compréhension du droit par le scientifique du droit et le Juge tout questionnement sur la valeur de la loi, un formalisme qui n'est qu'une variante du nihilisme dont Camus fait observer qu'il n'y en a pas une seule sorte « qui ne finisse par supposer une valeur, ni de [même de] matérialisme qui, se pensant lui-même, n'aboutisse à se contredire. » ¹⁰⁴⁷ Une contradiction à laquelle n'échappe pas le positivisme juridique qui fait *le choix*, et avec lui les « scientifiques du droit » et les juges qui s'en réclament ou en tout cas le mettent en œuvre, de permettre que la loi puisse éventuellement prescrire, autoriser ou valider légitimement l'indignité, voire le meurtre d'État. Un choix et donc une responsabilité, puisqu'il ne s'agit pas de prendre en compte une donnée naturelle

¹⁰⁴⁵ Destiné à montrer de la manière la plus « figurative » et démonstrative possible la « réalité sociale des classes populaires, des travailleurs, des militants et des combattants » tels que définis par le pouvoir communiste en accord avec les principes marxistes-léninistes., Michel Aucouturier, *Le réalisme socialiste*, Paris, PUF, *Que sais-je*, 1988.

¹⁰⁴⁶ Étant entendu que, comme cela a été dit précédemment, si « aucun artiste ne peut se passer du réel » (OC/HR, T. III, p. 278) ou pire le nier à la façon du nihiliste Nietzsche qui n'est « pas celui qui ne croit à rien, mais celui qui ne croit pas à ce qui est. » (DAC, p. 609), cela ne signifie nullement que l'artiste doive se « contenter » du réel ». « Aucun artiste, affirme à cet égard Camus, « ne tolère le réel », (OC/HR, T. III, p. 278). Comme le *Juge révolté* en quête d'un « art de juger », ne saurait se contenter de la réalité légale, dès lors qu'elle contredit le Droit.

¹⁰⁴⁷ OC/HR, T. III, p. 292. « L'art formel et l'art réaliste sont des notions absurdes. », *Ibid.*

comme peut l'être la gravitation universelle (qualifiée de loi en un autre sens que celui des juristes) mais bien d'opter pour une conception du droit qui valide le cas échéant le pire. Autrement dit, on est bien en présence, avec la « neutralité axiologique », d'une contradiction dans les termes.¹⁰⁴⁸

542. Si sortir de cette contradiction avec la reconnaissance d'une dimension éthique au Droit et à l'office du Juge, et passer d'une conception mécaniste du jugement à un art de juger dont l'horizon est l'harmonie sociale, est nécessaire à l'instauration d'un véritable État de Droit, un tel progrès ne pourrait que s'accompagner d'une tension d'intensité variable entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel. Une tension qui ne serait pas le défaut de cet État de Droit, mais au contraire la marque et la preuve de son existence. Une tension qui ne pourrait disparaître que dans l'hypothèse d'un alignement des planètes politique et juridique.¹⁰⁴⁹ Mais un alignement qui ne pourrait être durable dans une société vivante, ouverte, évolutive, où l'harmonie ne peut qu'être relative, précaire, toujours plus ou moins à reconquérir. Le rocher de Sisyphe ne tient pas longtemps en équilibre au sommet de la montagne. La *pensée de midi* n'est pas celle d'un zénith éternel. L'équilibre recherché est toujours plus ou moins instable, précaire. Il est celui d'une création continuée avec pour préoccupation essentielle d'éviter la rupture totale de l'équilibre. « Il en est de la création comme de la civilisation, observe Camus : elle suppose une tension ininterrompue entre la forme et la matière, le devenir et l'esprit, l'histoire et les valeurs. Si l'équilibre est rompu, il y a dictature ou anarchie, propagande ou

¹⁰⁴⁸ « Le nihilisme, à le prendre au mot, est une pensée impossible. S'il n'y avait rien (nihil), il n'y aurait rien à en dire, et personne pour être nihiliste. On n'échappe pas à Parménide, ou jamais totalement. Cela seul est à penser, qui est. Une philosophie du néant, rigoureuse, serait un néant de philosophie : de rien, rien n'est vrai. Le nihilisme s'autoréfute dès qu'il s'énonce. », *Le nihilisme et son contraire*, André Comte-Sponville, dans *Impromptus* (1996), pages 127 à 135, mis en ligne sur Cairn.info le 01/072014.

¹⁰⁴⁹ Un exemple d'une telle concordance, qui mérite d'être cité une seconde fois du fait de sa rareté et de sa portée considérable dans tous les secteurs de la société (que n'ont eu de cesse de réduire les gouvernements depuis plusieurs décennies), se trouve sans doute dans la signature à l'unanimité (toutes tendances et tensions politiques des forces en présence, toutes ambitions personnelles, laissées de côté) le 15 mars 1944, et la mise en œuvre effective à la libération, du programme du Conseil National de la Résistance intitulé *Les jours heureux par le CNR* Des « jours heureux » qui succédaient à des années terribles sous le joug nazi et fasciste. Il y a comme cela dans l'histoire des moments où la solidarité l'emporte, hélas souvent précédés ou suivis (comme ce fût le cas avec le Front populaire) de catastrophes humaines. On peut rappeler ici, que la deuxième partie du programme comprend notamment à côté du rétablissement de la démocratie politique, « l'instauration d'une véritable démocratie économique et sociale, impliquant l'éviction des grandes féodalités économiques et financières de la direction de l'économie », ou autrement dit le retour à la nation des fruits du travail commun, le réajustement des salaires, le rétablissement du syndicalisme et la Sécurité Sociale.

délire formel. Dans les deux cas, la création, qui, elle, coïncide avec une liberté raisonnée, est impossible. »¹⁰⁵⁰ Avec la *théorie du Droit de l'Homme révolté*, la tension est entre la dimension politique et la dimension éthique du Droit, entre lesquelles il s'agit pour le *Juge révolté*, sans faillir à l'exigence de solidarité qui est au principe de l'autonomie du Droit et de son office, de tenir compte du contexte dans lequel il rend son jugement ; un contexte dans lequel la loi n'est que l'expression de la vision de la société du pouvoir politique, une vision qui peut ne pas être partagée par une majorité de citoyens.

543. L'art de juger du *Juge révolté* est autrement dit un art de l'adaptation de l'impératif de solidarité, catégorique en son principe mais non idéologique en son application (ce qui constituerait un contresens). Une adaptation dont on peut dire qu'elle est une véritable création (ce que n'est pas la jurisprudence au sens courant) par rapport à la loi et au législateur, puisqu'elle est fondée sur un Droit et un Juge pour le Dire, autonomes. Une adaptation qui doit tenir compte du réel sans s'en contenter¹⁰⁵¹ comme le fait un romancier qui « y ajoute quelque chose qui le transfigure »¹⁰⁵² ou, écrit encore Camus, une « gauchissure qui est la marque de l'art et de la protestation »¹⁰⁵³ ; dans notre domaine, la « gauchissure » du droit politique par la dimension éthique dont la reconnaissance et l'affirmation constituent la marque du *Juge révolté*, de sa protestation contre les atteintes graves à la solidarité.

544. Parler à ce propos de « transfiguration » peut paraître exagéré, mais seulement si l'on s'en tient à l'acception religieuse, mystique, du terme ; non si, avec Camus dont la pensée

¹⁰⁵⁰ OC/HR, T. III, p. 294. « L'artiste réaliste et l'artiste formel cherchent l'unité où elle n'est pas, dans le réel à l'état brut, ou dans la création imaginaire qui croit expulser toute réalité. Au contraire, l'unité en art surgit au terme de la transformation que l'artiste impose au réel. Elle ne peut se passer, ni de l'une ni de l'autre », *Ibid.*, p. 292.

¹⁰⁵¹ « Par le traitement que l'artiste impose à la réalité, il affirme sa force de refus » en même temps que « ce qu'il garde de la réalité dans l'univers qu'il crée révèle le consentement qu'il apporte à une part au moins du réel qu'il tire des ombres du devenir pour le porter à la lumière de la création. » *Ibid.*, p. 291. Une « part du réel » seulement, car Camus (d'où la « protestation ») refuse l'*amor fati* nietzschéen, le consentement sans réserve au monde tel qu'il est. L'artiste peut et doit sans contradiction exercer ce refus pour mieux en « exalter certains de ses aspects ». *Ibid.*, p. 282. Ceux qui dans le monde, éveillent l'esprit à la beauté, à l'exigence de beauté qu'il recèle. On peut à cet égard relever que ce qui notamment différencie l'existentialisme sartrien de la philosophie de l'existence de Camus dont l'inspiration au plus profond est grecque, tient pour beaucoup au rapport sensible, sensuel, de ce dernier à la beauté des choses, des lieux, des corps, des œuvres comme on le voit si brillamment, poétiquement et précocement rendu dans *Noces à Tipasa* ; une beauté d'autant plus « belle » qu'elle est éphémère et en cela tragique (*Noces à Tipasa* est suivie de *Le Vent à Djémila*).

¹⁰⁵² « La vraie création romanesque (...) utilise le réel et n'utilise que lui, avec sa chaleur et son sang, ses passions ou ses cris. Simplement, elle y ajoute quelque chose qui le transfigure ». *Ibid.*, p. 293.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 294.

se situe sur un strict plan d'immanence ¹⁰⁵⁴, on exprime le fait que l'introduction d'une évaluation éthique de la loi par le Juge va, en son principe même, bien au-delà de la simple « réforme » de la théorie positiviste dominante. Ce qui est le cas, puisqu'elle en change la nature : alors que cette théorie n'est en réalité qu'une théorie de l'expression normative du pouvoir politique, une branche de la théorie de l'action politique et de la discipline qui lui correspond, la théorie alternative proposée est, elle, une véritable théorie pure du Droit ; du moins si l'on entend par là qu'elle est une théorie qui ne confond pas le politique et le juridique, qui ne réduit pas le juridique au politique en prétendant les distinguer. Une théorie dont l'objet est le Droit tel qu'il est et doit être, et non l'objet artificiel, vide de sens, d'une fausse science faussement neutre.

545. On peut aussi parler de transfiguration en ce sens où la *théorie du Droit de l'Homme révolté* est une théorie qui, non seulement se prétend plus réaliste que la théorie à laquelle elle postule de se substituer, mais encore n'hésite pas comme on l'a vu, à intégrer dans ce réalisme, une visée esthétique. Ce, dans l'idée que le champ de la beauté n'est pas circonscrit aux « beaux-arts », aux belles lettres et à la belle nature, mais intègre les belles actions et les belles relations humaines. Ce dont Camus fournit un exemple magnifique dans *La Peste* où l'on voit des personnes qui n'ont rien *a priori* d'exceptionnel tels Rieux, Rambert et Grand notamment ¹⁰⁵⁵, trouver dans leur engagement contre ce qui apparaît comme une fatalité mortelle, « des raisons de vivre. La lutte contre le fléau, le refus de se résigner au mal constituent le fondement d'une morale de la solidarité. Ces hommes solitaires deviennent solidaires entre eux parce qu'ils conduisent une même action, mais solidaires aussi des autres hommes, les malades qu'ils ont choisi d'aider ; et c'est dans cette action solidaire qu'ils

¹⁰⁵⁴ Le premier chapitre du livre de Laurent Bove intitulé *Albert Camus, de la transfiguration, pour une expérimentation vitale de l'immanence* (édit. Publications de la Sorbonne, Paris, 2014), s'intitule *L'Étranger, un roman de l'immense radicale*, et dans ce livre comme dans toute l'œuvre de Camus, on ne trouve la moindre fissure susceptible de permettre à une quelconque forme de transcendance de s'immiscer dans les affaires humaines. « C'est pour mieux expliciter l'opérativité de la puissance immanente et son pouvoir de rupture avec les différentes formes du nihilisme imposées par la transcendance de l'Histoire que Camus va faire usage de la notion de *transfiguration* venue de la christologie : il s'agit de « changer la vie, oui — affirme-t-il, dans la préface de *L'Envers et l'Endroit* —, mais non le monde... », *Ibid.*, p. 15.

¹⁰⁵⁵ Rieux, comme Rambert ou comme Grand sont à la recherche d'un langage authentique, refusant les grands mots et les phrases toutes faites, les faux-semblants. Rieux donne un sens plus profond au mot [éthique] en disant que la seule façon de lutter contre la peste, c'est l'honnêteté qui consiste, dans son cas, dit-il, à bien faire son métier de médecin, son métier d'homme. Cette morale fondée sur l'honnêteté est aussi une morale (cette fois le mot est de Tarou) de la sympathie et de la compréhension. », DAC, p. 667. De quoi s'agit-il avec le *Juge révolté*, sinon pour le juge, de bien faire son métier, de le faire de façon complète.

trouvent une dignité face au mal qui les écrase »¹⁰⁵⁶, et en trouvant cette dignité qu'ils éprouvent le sentiment d'être en même temps en harmonie avec eux-mêmes et avec l'ensemble de la communauté humaine. Il n'est pas exagéré de voir dans la solidarité le ferment d'une transfiguration des hommes dans des situations telles que celle décrite par Camus, au premier degré la peste virale et au second degré la « peste brune », la peste idéologique qui peut être tout aussi bien politique que religieuse. Mais une transfiguration qui peut être aussi, pour ce qui nous concerne et en dehors d'une situation extrême, celle de juristes et particulièrement de Juges qui prennent une pleine conscience de la profondeur humaine et de la beauté de leur mission.

Commentaire. Ce paragraphe peut sembler céder à un certain lyrisme, parfois reproché à Camus lui-même. Mais, observe Agnès Spiquel, en fait « le lyrisme camusien dit la mesure humaine. Il implique entre le « je » et le monde, un face à face où coexistent et se renforcent mutuellement l'émotion et la lucidité ». ¹⁰⁵⁷ Avec Camus, l'harmonie sociale en tant qu'état permanent ne peut qu'être pensée comme un horizon d'attente au sens de ce qui à la fois motive et oriente l'action. Seul l'idéologue peut croire en un monde définitivement pacifié et heureux. *L'Homme révolté* n'est pas un homme provisoirement révolté. Sa révolte suscitée par la prise de conscience de l'absurdité de la condition humaine puis par l'injustice faite à l'homme par l'homme — une injustice endémique —, est constitutive et permanente. Elle est présente même dans les périodes d'accalmie sous la forme d'une sourcilleuse vigilance. La révolte camusienne n'est pas en quête de pureté. Elle n'est pas celle d'un « ange de la pureté révolutionnaire », d'un Antoine-Louis-Léon Saint-Just pour qui « Un gouvernement républicain a la vertu pour principe ; sinon la terreur ». La formule est séduisante pour un esprit exalté, mais elle est aussi puérile que dangereuse. De la même façon que « les dieux ont toujours soif », la pureté est toujours en quête d'une plus grande pureté et toujours encline pour y parvenir à éliminer d'inévitables impurs qui s'emploient à freiner son progrès. Camus n'est pas un homme de credo. Il prend le monde tel qu'il est, parfois exaltant et parfois déprimant sinon désespérant. Un monde qui n'est ni pur ni impur, mais pétri de contradictions. Un monde qu'il ne s'agit pas de purifier mais de pacifier, et pour cela de rendre toujours plus solidaire et en cela plus harmonieux. « Il ne se pose pas la question futile du progrès [d'un progrès qui serait inscrit dans l'histoire], mais il est persuadé que le sort de l'homme est toujours entre les mains de l'homme »

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 491.

¹⁰⁵⁸, que « ce qui équilibre l'absurde c'est la communauté des hommes en lutte contre lui » ¹⁰⁵⁹, en lutte contre l'absurdité manifestée par ceux qui croient pouvoir s'extraire de cette communauté et faire du droit un instrument au service de leurs fins égoïstes.

Section 2. Une « pensée de midi » humaniste du Droit et de l'office du Juge

Il y a donc, pour l'homme, une action et une pensée possible au niveau moyen qui est le sien. Toute entreprise plus ambitieuse se révèle contradictoire.
L'Homme révolté.

546. Ou bien on conçoit un art de vivre pour soi, sans plus se soucier de la qualité de vie des autres, ou bien on conçoit un art de vivre ensemble fondé sur la conscience du fait que la qualité de vie de tout homme dépend substantiellement de l'effort des autres, et donc que la première option doit être écartée. Qu'elle doit l'être parce qu'elle nie la réalité ou autrement dit parce qu'elle est déraisonnable, mais aussi parce qu'elle est injuste. Une déraison et une injustice qui ne sauraient émouvoir le juriste neutraliste. Pour lui, la loi peut tout aussi bien viser le bien-être de tous que le bien-être de quelques-uns au détriment des autres. Pour le *Juge révolté* au contraire, le seul art de vivre concevable est un art de vivre solidaire, un art du bien-être commun. Un art difficile. Michel Onfray dans sa biographie de Camus, parle d'un « art de vivre en temps de catastrophe ». ¹⁰⁶⁰ En effet de sa naissance à l'orée de la grande guerre qui lui a valu de perdre son père, à sa mort deux ans avant la fin de la guerre d'Algérie, en passant par la seconde guerre mondiale et la résistance, ses quarante-six années d'existence ont été jalonnées de catastrophes de toutes sortes. Mais malheureusement notre époque aussi est « pleine de bruit et de fureur »¹⁰⁶¹ et l'on ne peut, aujourd'hui comme hier, qu'être modeste dans la recherche d'un bien-vivre ensemble.

547. Une recherche qui, du point de vue juridique, est celle du meilleur équilibre possible entre, d'une part, la loi comme résolution nécessairement partisane des tensions entre

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 725.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 725-726.

¹⁰⁶⁰ Michel Onfray, *op. cit.*, p. 617.

¹⁰⁶¹ William Shakespeare, MacBeth Acte 5 scène V : « La vie n'est qu'une ombre qui passe, un pauvre acteur qui se pavane et s'agite durant son heure sur la scène et qu'ensuite on n'entend plus. C'est une histoire dite par un idiot, pleine de bruit et de fureur, et qui ne signifie rien. »

les multiples intérêts en présence dans la cité — ce qui correspond à la dimension politique du Droit — et, d'autre part, sa dimension éthique (§1). Un équilibre nécessairement en tension, nécessairement instable, nécessairement précaire, tant le placement du curseur par le *Juge révolté* sur l'échelle des insolidarités, entre celles qui sont tolérables et celles qui ne le sont pas, est délicat ; avec cependant une ligne rouge, une limite absolue à l'insolidarité qu'il ne saurait franchir sans cesser d'être le garant de l'éthique du Droit (§2). L'art de juger en Droit — un Droit fondé sur une éthique de la solidarité — ne peut que s'apparenter, au plan social, à l'art médical, à un art du soin, de la réparation, puisqu'il ne s'agit pas seulement pour le Juge de donner raison à une partie mais, dans toute la mesure du possible, d'obtenir au final l'apaisement de toutes les parties afin, précisément, de permettre la restauration de la solidarité. Dans toute la mesure du possible seulement, car si l'art de juger comme l'art médical vise le mieux, le retour à la santé pour le médecin et la reconstitution d'une certaine harmonie sociale pour le *Juge révolté*, c'est en sachant que l'on devra toujours composer avec une réalité complexe et mouvante, que la « prescription juridictionnelle » comme la prescription médicale, ne peut le plus souvent que prétendre à un bon compromis. Il s'agit de « Prendre en compte le réel [un réel pour le Juge constitué de la loi], non pour s'y soumettre, mais pour le corriger en connaissance de cause »¹⁰⁶² sans pour autant prétendre jamais à une quelconque perfection. Reste qu'avec *L'Homme révolté* dont le *Juge révolté* est l'une des figures, se dessine un certain renouveau de l'humanisme (§3) fondé, avec Camus, sur une « « pensée de midi » qui exprime des certitudes à mesure humaine ». ¹⁰⁶³

Paragraphe 1. Une recherche constante de l'équilibre entre les deux dimensions du Droit

548. *La pensée de midi*, qui est le titre donné à la dernière partie de *L'Homme révolté*, évoque métaphoriquement « l'équilibre cosmique du ciel et de la terre, de l'ombre et du soleil, du jour et de la nuit, dans une série de balancements entre les forces antagonistes. »¹⁰⁶⁴ Elle trouve son origine dans la poésie et le mythe grecs, et particulièrement dans la tragédie dont le thème constant est la « limite qu'il ne faut pas dépasser »¹⁰⁶⁵ Un thème essentiel à la pensée du Droit dont la fonction est, précisément, de poser une limite à l'excès qui compromet l'ordre

¹⁰⁶² DAC, p. 658.

¹⁰⁶³ Jacques Chabot, *Albert Camus, la pensée de midi*, édit. Edisud, 2002, p. 27.

¹⁰⁶⁴ Jean-François Mattéi, *Comprendre Camus*, Max Milo Edit., 2013, p. 109.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, p. 110-111.

social. Un ordre social dont il s'agit d'assurer l'équilibre en contenant les tensions qui le menacent, dans des limites raisonnables. Les contenir et non les éradiquer, puisqu'elles sont inhérentes à toute société authentiquement démocratique. La prétention à l'élimination totale des tensions ou à leur dépassement, ne peut qu'être le fait d'une société totalitaire. À ceux qui lui reprochaient de rechercher des compromis plus ou moins mous ou bâtards, Camus répondait que pour lui « la mesure n'avait rien de la modération ou de la médiocrité bourgeoise, et que la dialectique grecque, chez Héraclite ou Platon, ne surmontait pas les contraires dans une synthèse factice, mais assurait l'équilibre de leurs tensions ». ¹⁰⁶⁶ La justice est dans cet équilibre, qui n'est pas sans rapport avec la beauté. Pour Camus comme pour Simone Weil qu'il admirait, « Justice, vérité, beauté sont sœurs et alliées », indissociables et indispensables. On « ne saurait, au nom d'autres impératifs, priver les hommes, fût-ce temporairement de leur droit à la Beauté » ¹⁰⁶⁷ — la beauté des choses, des œuvres, des êtres, des actions et d'une société juste, c'est-à-dire solidaire — et d'un Droit pour en garantir l'effectivité. ¹⁰⁶⁸

549. Dans le Discours de Suède prononcé le 14 décembre 1957, Camus « invite l'artiste à trouver la bonne distance à l'endroit du monde : ni trop ni trop peu, ni lui tourner le dos ni s'y noyer, mais le comprendre, l'expliquer, le raconter, puis lutter contre la négativité en lui — et non en rajouter ». ¹⁰⁶⁹ « Parler, dans la mesure de nos moyens, pour ceux qui ne peuvent le faire ». ¹⁰⁷⁰ Trouver la bonne distance s'agissant du Juge, c'est trouver le point d'équilibre entre la dimension politique du Droit et sa dimension éthique. Il ne doit pas se substituer au politique mais il ne doit pas non plus être son simple agent, un fonctionnaire parmi les autres ; il doit savoir lui dire « non » lorsqu'il porte atteinte gravement à la solidarité qui est au principe du

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

¹⁰⁶⁷ DAC, p. 80.

¹⁰⁶⁸ Dans un monde, « qu'il soit naturel ou transformé par l'homme, du paysage à la ville, qui apprend (...) à joindre le refus de l'injustice au consentement à la beauté. », Jean-François Mattéi, *op. cit.*, p. 111. Le regard sur la beauté de la nature que l'on trouve dès les premiers textes de Camus, est remarquable et déjà incongru « Dans la première moitié du XX^e siècle, alors que le monde intellectuel n'avait pas encore sacrifié à l'abstraction des structuralismes et de la philosophie analytique » et où « un philosophe comme Sartre (...) se risquait à parler de la nature (...) pour décrire la nausée que donnait à Roquentin la vue d'une racine de marronnier. Et Sartre de parler dans *La Nausée*, en 1938, un an avant la parution de *Noces*, d'un monde de choses qui se réduisent pour lui à des « masses monstrueuses et molles, en désordre — nues, d'une effrayante et obscène nudité ». Là où Camus verra dans le jaillissement de la nature l'éclosion même du sens... », Jean-François Mattéi, *Comprendre Camus*, Max Milo Edit., 2013, p. 112. Mais la beauté pour Camus n'est en rien contradictoire avec une vision tragique de l'existence dans un monde où tout est périssable. « Le monde est beau, et hors de lui point de salut », mais « ...d'une beauté où meurent quand même les hommes. », OC/ND, T. I, p.135-136.

¹⁰⁶⁹ Michel Onfray, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁷⁰ OC/DS, T. IV, p. 261.

Droit ; lequel déchoit par-là même dans ce cas en une simple démonstration de force. Comme l'observe justement Rousseau : « Obéissez aux puissances. Si cela veut dire, cédez à la force, le précepte est bon, mais superflu ; je réponds qu'il ne sera jamais violé (...). Qu'un brigand me surprenne au coin d'un bois, non seulement il faut par force donner la bourse, mais quand je pourrais la soustraire, suis-je en conscience obligé de la donner ? car enfin le pistolet qu'il tient est aussi une puissance. Convenons donc que la force ne fait pas le droit, et qu'on est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes. »¹⁰⁷¹ Une légitimité détenue par le corps politique fondé selon le même auteur sur le pacte social. Mais sans qu'il soit utile de recourir à la fiction du contrat il est aisé d'admettre qu'il ne peut y avoir de Droit qu'en présence d'un pouvoir politique qui tient son pouvoir du corps politique (et non de lui-même), et que le premier perd sa légitimité s'il légifère contre le second. Une perte de légitimité qui autorise le Juge à refuser de dire les lois correspondantes au nom du Droit qu'il a pour fonction de Dire, lui aussi au nom et pour le compte du corps politique ; un Droit que ce dernier, en France notamment, conçoit comme antinomique à l'arbitraire. L'arbitraire de la loi qui est l'unique motif légitime du refus de son application par le Juge, lequel, à défaut, commet la même faute que le législateur indélicat. Toute la difficulté est de passer de la théorie à la pratique de la « bonne distance » entre les deux dimensions du Droit.

550. On a vu précédemment que l'équilibre recherché ne peut qu'être instable, soumis à de perpétuelles tensions, oscillations.¹⁰⁷² Ou autrement dit, que le Juge ne peut espérer disposer d'un guide établi une fois pour toutes lui permettant de se déterminer dans chaque cas, à chaque moment, avec certitude. Il doit faire preuve de mesure, de souplesse (sans faiblesse), de capacités d'adaptation, non à l'air du temps toujours plus ou moins volatile¹⁰⁷³, mais aux évolutions en profondeur du corps politique sur le sujet de la solidarité — et donc de l'insolidarité, de l'arbitraire, de l'injustice. Ce qui dessine une approche du Droit et de l'office

¹⁰⁷¹ J.J. Rousseau, *Du contrat social*, édit. Flammarion, 2012, p. 10.

¹⁰⁷² J.J. Rousseau à la recherche du meilleur gouvernement possible n'hésitait pas à écrire en introduction au chapitre XI *De la mort du corps politique*, que « Si nous voulons former un établissement durable, ne songeons point à le rendre éternel. Pour réussir, il ne faut pas tenter l'impossible, ni se flatter de donner à l'ouvrage des hommes une solidité que les choses humaines ne comportent pas. », *Op., cit.*

¹⁰⁷³ L'œuvre de Camus s'est révélée, plus que toute autre, capable de résister à l'air du temps comme l'a montré Jean Daniel dans son livre précisément intitulé *Avec Camus, Comment résister à l'air du temps*, édit. Gallimard, Paris, 2006. L'« écriture de l'éphémère paraissait lui inspirer, bien plus qu'aux autres et dans la durée, une réflexion sur la condition humaine. Les réactions suscitées par l'événement l'ont mis sur la piste de principes qu'il devait plus tard conceptualiser. » (p.14). Et son étonnante postérité fait la démonstration de ce que son œuvre fournit, en effet, une grille de lecture et un instrument d'analyse et de réflexion pour notre temps aussi, incomparable.

du Juge qui ne saurait être mathématique, comptable, calquée, comme c'est la tendance lourde, sur la théorie économique dite standard qui repose, en simplifiant, sur la réduction des hommes à des agents dont la rationalité est essentiellement tournée vers la maximisation de leurs intérêts personnels, ou autrement dit des individus insoucieux des autres et des valeurs qui ne contribuent pas à leur propre prospérité matérielle ; *homo juridicus* happé par *homo œconomicus* n'est pas une fiction mais une actualité rendue possible par l'affirmation positiviste de la neutralité axiologique, elle aussi standard. *Penser le Droit avec Camus* ce n'est pas renoncer à la rationalité, ce qui serait absurde, mais penser contre le présupposé d'une société d'individus isolés, à partir du fait inverse : celui d'une société dont les membres sont fondamentalement solidaires et d'un Droit dont la fonction essentielle n'est pas d'assurer l'ordre à n'importe quelle fin et à n'importe quel prix — un droit comme simple moyen —, mais de maintenir et de s'efforcer de développer la solidarité qui est à la fois un fait et la première valeur qui s'impose à l'homme révolté par l'injustice.

551. Maintenir et développer la solidarité, ou autrement dit l'harmonie sociale, en sachant qu'elle n'est pas, qu'elle ne peut être, un consensus plat, statique, définitif, mais un effort constant, opiniâtre.¹⁰⁷⁴ Une recherche que l'on peut analogiquement rapporter à ce que dans le domaine musical et plus particulièrement celui de l'harmonie tonale, on désigne par le terme de « résolution » : la technique qui permet de transformer une dissonance en une consonance qui n'exclut pas une nouvelle dissonance à résoudre. Il va de soi que la loi ne va pas toujours, c'est un euphémisme, dans le sens ainsi assigné au Droit. Pour qu'elle s'y conforme vraiment, il faudrait que les hommes politiques reconnaissent que l'harmonie sociale, dont la justice sociale est un autre nom, est la finalité du Droit mais aussi de la politique, et en tire toutes conséquences. Ce qui, au-delà des grandes déclarations récurrentes des politiciens de tous bords en ce sens, n'est guère le cas à en juger par la persistance de toutes sortes de discriminations et le creusement continu des inégalités. Mais il doit être clair pour le *Juge révolté* que ce n'est que si la loi ne permet aucune interprétation susceptible de préserver *a*

¹⁰⁷⁴ Chez Camus l'éthique est chevillée au corps. Les principes directeurs de sa vie sont fixés dès l'enfance. Une enfance pauvre, honnête et digne. Celle d'un homme qui luttera en permanence contre le mensonge. « La liberté, déclare-t-il, consiste à ne pas mentir. Là où le mensonge prolifère, la tyrannie s'annonce ou se perpétue. », DAC, p. 534. Ce qui sans doute fait de lui ce « point de repère » dont a parlé après sa mort Ionesco : "Je pense à Camus : j'ai à peine connu Camus. Je lui ai parlé une fois, deux fois. Pourtant, sa mort laisse en moi un vide énorme. Nous avions tellement besoin de ce juste. Il était, tout naturellement, dans la vérité. Il ne se laissait pas prendre par le courant ; il n'était pas une girouette ; il pouvait être un point de repère." : Eugène Ionesco, *Notes et Contre-Notes*, Gallimard, 1962.

minima la solidarité et donc l'harmonie sociale, que son refus d'application de la loi est justifié. Un refus qui, alors, doit être pleinement assumé.

552. *Penser le Droit avec Camus*, c'est en effet refuser toute forme de confusion des rôles et des responsabilités. Si la loi est gravement contraire à l'éthique du Droit, si aucune interprétation cohérente selon les méthodes courantes ne peut en atténuer l'arbitraire, il n'appartient pas au juge de le masquer en lui faisant dire ce qu'elle ne dit manifestement pas. Il doit au contraire faire ressortir le plus nettement possible dans son jugement l'incompatibilité de la loi avec l'éthique du Droit afin de justifier, sans donc le moindre détour, son refus de l'appliquer au cas qui lui est soumis. Le rôle du Juge est, dans ce cas, celui d'un garde-fou. Le garde-fou que n'est pas la simple autorité visée par la Constitution de 1958 « bombardée » « gardienne de la liberté individuelle » (art. 66), alors que les juges sont contraints d'appliquer n'importe quelle loi, aussi liberticide soit elle (« L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »). Le *Juge révolté* est, lui, et lui seul, l'ultime véritable rempart du citoyen confronté à l'arbitraire de la loi.

553. Il n'est nul besoin de recourir plus en profondeur que nous ne l'avons fait jusqu'à présent, à l'histoire des rapports du pouvoir politique et de l'institution judiciaire, pour cerner ce qui fait l'originalité de ces rapports dans le cadre de notre théorie, ou plutôt ferait, puisqu'elle est sans précédent et sans actualité. L'histoire des rapports du pouvoir politique et de l'institution judiciaire est celle des fluctuations de la marge de manœuvre accordée à la seconde par le premier, sans que jamais le premier ne laisse totalement la bride sur le cou à la seconde (la métaphore du yo-yo). Il suffit, dans le cadre de cette thèse, d'indiquer ce qui modifierait fondamentalement ces rapports si la *théorie du Droit de l'Homme révolté* était adoptée. Le législateur, au sens large qui vise sans distinction toutes les instances normatives que comprend le pouvoir politique, est, de notre point de vue comme de celui de la théorie « classique » du droit, l'unique source de la loi définie elle aussi le plus largement possible par sa permanence, sa généralité et le fait qu'elle puisse être appliquée au besoin sous la contrainte, y compris physique. Le Juge, quoi que *révolté*, ne dispose pas d'un tel pouvoir. Il ne peut édicter aucune norme. Sa fonction est double : il doit « dire la loi » et « Dire le Droit ». Dire la loi, c'est-à-dire l'appliquer le plus fidèlement possible. Il peut être obligé de l'interpréter à défaut de sens clair, voire à la limite l'adapter en l'absence d'une loi topique, mais sans jamais se détourner (alors à des fins politiques) de la volonté du législateur. Il ne saurait être question — ce qui ne s'est

jamais produit depuis la Révolution de 1789 — d'un retour aux « arrêts de règlement » ou plus généralement, d'une quelconque confusion plus ou moins subreptice des pouvoirs. Mais il doit aussi « Dire le Droit » et pour cela, d'abord, interpréter l'éthique qui le caractérise, et ensuite voir si la loi applicable ne la contredit pas gravement, son applicabilité à l'espèce étant suspendue à cette condition.

554. Son pouvoir s'arrête là. Il ne peut, ni modifier la loi ni décréter qu'elle est en général inapplicable. Il ne peut que refuser de l'appliquer au cas d'espèce qui lui est soumis, dans le strict cadre de sa saisine. Son refus ne peut qu'être fondé sur sa légitimité propre à le faire en tant que Juge (et non sur le fondement d'une quelconque loi, fût-elle « suprême ») lorsque la loi contrevient au Droit. Mais d'autres juges saisis d'affaires semblables peuvent, quant à eux, estimer que la loi est applicable et en tirer toutes les conséquences ou, saisis dans le cadre d'une voie de recours, annuler, réformer ou casser selon les cas, les jugements ou arrêts rendus par un *Juge révolté*. Étant entendu que ces autres juges peuvent être des *Juges révoltés* qui estiment que la loi ne contrevient pas suffisamment gravement à l'éthique du Droit pour en refuser l'application, ou des *juges classiques* pour qui tout refus d'application de la loi (qui n'est pas, notons-le, en l'occurrence, constitutif d'un déni de justice) est exclu. Quoi que son pouvoir soit précisément circonscrit, il va de soi qu'outre la censure de ses jugements, le *Juge révolté* qui peut apparaître comme factieux aux politiques et à la hiérarchie judiciaire orthodoxe, risque fort d'avoir à faire face à divers désagréments personnels (une possible « mise au ban » de ses collègues) et professionnels de la part de sa hiérarchie (avertissements plus ou moins informels, notation, avancement...) et s'il persiste, possiblement, à d'éventuelles poursuites disciplinaires avec au final une révocation ; voire pire en présence d'un pouvoir autoritaire, liberticide, répressif, qui serait parvenu à s'imposer.

555. Comme on vient de le voir, le pouvoir reconnu au *Juge révolté* est clairement circonscrit et conditionné à sa saisine, soit par des justiciables, soit par une autorité telle que le ministère public en matière pénale, et il ne porte atteinte, ni à la hiérarchie judiciaire, ni à l'effet relatif du jugement. Mais une fois saisi, que le moyen tiré de la violation de l'éthique du droit par la loi applicable soit soulevé par l'une des parties, ou qu'il le soit d'office par le Juge puisqu'il est fondé sur le pouvoir propre attaché à son office, il crée dans les deux cas un précédent que d'autres parties dans d'autres procès pourront invoquer. Un précédent qui, s'il en appelle d'autres et surtout s'il est repris et adopté par des juridictions supérieures, peut conduire à l'émergence d'une véritable jurisprudence et même d'un ordre public, relatifs,

spécifiquement, à la dimension éthique du Droit. Ce qui veut dire que le pouvoir d'un *Juge révolté*, vraisemblablement faible au départ, pourrait à terme évoluer vers un pouvoir significatif à l'échelle de l'État dans l'hypothèse où se développerait, au sein même de la magistrature, un mouvement d'ampleur favorable. Et c'est alors surtout, que se poserait la question de l'équilibre à trouver entre le respect de la loi et le respect du Droit. Avec la difficulté, majeure, du tracé de la frontière entre les exigences de la dimension politique et celles de la dimension éthique du Droit ¹⁰⁷⁵

Commentaire. Le *Juge révolté*, en refusant d'appliquer une loi au cas qui lui est soumis ne commet pas un déni de justice (article 4 du code civil), puisqu'il le tranche ; mais il le fait sur un autre fondement que celui de la loi : sur le fondement du Droit. D'un Droit distingué de la loi qu'il considère applicable au même titre que cette dernière en vertu d'une conception de la juridicité qui ne fait pas du pouvoir politique son unique source. Le *Juge révolté* n'enfreint pas non plus l'interdiction de disposer par voie générale (article 5 du code civil) puisque son refus d'application de la loi ne concerne que l'affaire dont il a à connaître. Par contre, sa décision correspond à l'une des hypothèses de « violation de la loi » qui ouvre la voie de la cassation. Il est donc certain qu'un *Juge révolté* qui de façon parfaitement explicite refuserait d'appliquer une loi au cas qui lui est soumis au motif qu'elle enfreint gravement l'éthique du Droit, serait cassé ; sauf bien entendu si le juge de cassation lui-même, partage sa conception du Droit. Pour se faire une idée de la plus que probable réaction négative des politiques à cet égard, on peut évoquer une question posée il n'y a pas si longtemps par un parlementaire au garde des sceaux et la réponse de ce dernier. « QUESTION : M. Hubert Haenel appelle l'attention de M. le garde des sceaux, ministre de la justice, sur le problème que pose le refus de certains magistrats d'appliquer la loi (...). Il lui demande de veiller à ce que les magistrats ne se servent pas de la loi et du pouvoir qu'elle leur confère pour faire valoir des points de vue idéologiques ou politiques, pour décrédibiliser le politique ou encore pour occulter des dysfonctionnements au sein des juridictions. Il souhaiterait obtenir son sentiment sur la pertinence, dans les cas flagrants, d'une saisine du Conseil supérieur de la magistrature. RÉPONSE : (...) Le Conseil supérieur de la magistrature siégeant en formation disciplinaire a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises en la matière. Sa jurisprudence est constante : le Conseil supérieur de la magistrature ne peut porter une quelconque appréciation sur les actes juridictionnels des juges,

¹⁰⁷⁵ Ce qui suppose, et c'est la première des difficultés, de parvenir à une interprétation claire de la dimension éthique du Droit par le Juge — une interprétation qui lui appartient en propre — en tenant compte de l'évolution de la société. Une définition qui, si la conception alternative du Droit proposée prospérait au sein de la magistrature, pourrait être l'objet de réflexion d'un collectif de *Juges révoltés*.

lesquels relèvent du seul pouvoir de ceux-ci et ne peuvent être critiqués que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi. Il en serait toutefois différemment s'il devait être établi qu'un juge avait délibérément outrepassé sa compétence ou méconnu le cadre de sa saisine. Des poursuites devant le Conseil supérieur de la magistrature seraient alors envisageables, un tel comportement pouvant être qualifié de faute disciplinaire. L'institution judiciaire est loin d'être dépourvue de tout contrôle ; les juges et la justice doivent rendre des comptes lorsqu'ils manquent à leurs devoirs ou ne remplissent pas leur mission. Les responsabilités professionnelle et disciplinaire des magistrats peuvent être engagées. L'activité des magistrats donne lieu en outre à une évaluation par leurs supérieurs hiérarchiques. Cette évaluation, dont dépend dans une large mesure l'évolution de leur carrière, rend compte de la qualité de leur travail (...). »¹⁰⁷⁶ Les termes du débat que susciterait sans doute l'émergence dans le paysage judiciaire d'un *Juge révolté*, ne seraient sans doute pas très différents.

Paragraphe 2. Un difficile placement du curseur en dessous de la ligne rouge absolue

556. Notre propos est limité à la reconnaissance de principe de la dimension éthique du Droit et partant de l'office du Juge, fondée sur la solidarité (fait et valeur), mais on peut néanmoins, sans s'aventurer imprudemment dans l'élaboration d'une casuistique de la censure juridictionnelle, fixer la « ligne rouge » que ne saurait franchir la loi sans s'exposer à cette censure. Une ligne rouge dont le tracé s'impose au regard des exemples pris au soutien de la démonstration par l'absurde de la nécessité d'abandonner le principe positiviste de la neutralité axiologique. Une ligne rouge qui est franchie avec l'exclusion pure et simple d'un homme ou d'un groupe plus ou moins étendu, de la communauté humaine ou, en termes plus juridiques, auquel il est dénié la qualité de sujet de droit. Comme ce fût le cas pour les juifs sous Vichy et comme c'est encore aujourd'hui le cas dans certaines régions du monde.¹⁰⁷⁷ En effet « Le "droit" antijuif n'est pas conçu comme un droit d'exception mais comme une "modification particulière" du droit commun (Xavier Vallat) qui trouvera ses spécialistes (...). En fait, cette "spécialité" nie les fondements historiques du droit rationnel en faisant littéralement exploser la notion de personnalité juridique. Il en découle que tous les domaines du droit furent

¹⁰⁷⁶ Question publiée dans le JO Sénat du 07/11/2002 - page 2594, Réponse publiée dans le JO Sénat du 27/02/2003 - page 730

¹⁰⁷⁷ Par exemple avec les Rohingyas du Myanmar, une minorité apatride de Birmanie à qui l'on refuse tout statut juridique et que l'on soumet aux pires traitements, jusqu'à les massacrer et les contraindre à l'exil.

contaminés par la distinction entre "juif" et "membre de la communauté française", dès le premier statut du 3 octobre 1940 (...). Face à l'avalanche de textes, l'ex-citoyen Juif n'est même plus un sujet de droit : il est l'objet de mesures qui l'effacent comme sujet. Cela contient évidemment en germe la Solution Finale »¹⁰⁷⁸ décidée et organisée par le troisième Reich. Il est intéressant de noter, avant de poser une seconde ligne de front en deçà de la première et au tracé sans doute moins évident (une ligne rouge d'un rouge moins intense), que dans le processus qui a conduit à ce crime légal que constitue la négation pure et simple de la personnalité juridique d'êtres humains, préparatoire à leur élimination physique, il y avait eu l'étape décisive de la création d'une « communauté du peuple » définie « comme une unité « raciale » » (des Aryens) assortie d'une « chasse aux minorités car seule cette chasse [fait] naître le sentiment d'être du bon côté au sein de la communauté. »¹⁰⁷⁹ Des minorités qui peuvent être constituées aussi bien de nationaux que d'étrangers, qui sont l'objet de discriminations, de persécutions ou de rejets, hier comme aujourd'hui, un peu partout dans le monde.

557. En dessous de l'exemple nazi (sans doute indépassable, mais dont l'histoire postérieure montre qu'il a été suivi de près avec des massacres systématiques tels que ceux perpétrés au Rwanda et au Cambodge) qui est celui de la rupture absolue de la chaîne humaine, il y a des situations légales qui ne peuvent que poser question à un *jugé révolté* par hypothèse soucieux de maintenir un équilibre entre les dimensions politique et éthique du Droit ; et ce, même en France et même s'il peut paraître scabreux d'établir un lien, aussi ténu soit-il, avec un droit qui a, plus que permis, organisé l'holocauste. En effet, sauf à se voiler la face et à se payer de mots, ce lien existe et existera toujours entre la loi qui organise expressément un crime légal et des situations où elle le rend « seulement » possible. Une loi indirectement criminelle que le juge éthiquement irresponsable appliquera en toute « conscience » professionnelle ; le fait qu'il puisse avoir à le regretter dans son for intérieur en raison de sa morale personnelle étant pour lui une toute autre question. Que penser ainsi de lois au sens large, quelles qu'en soient les sources (nationales, européennes ou autres) qui, directement ou indirectement, entravent, voire

¹⁰⁷⁸ Dominique Gros, « *Le "statut des juifs" et les manuels en usage dans les facultés de Droit (1940-1944) : de la description à la légitimation (Partie 1)* », Cultures & Conflits [En ligne], 09-10 | printemps-été 1993, mis en ligne le 27 janvier 2003. URL : <http://journals.openedition.org/conflits/415> ; DOI : 10.4000/conflits.415.

¹⁰⁷⁹ Michael Stolleis, *Le droit à l'ombre de la croix gammée, Etudes sur l'histoire du droit du national-socialisme*, trad. De Christian E. Roues et Marie Ange Roy, ENS Edit., 2016, p. 346. Une « chasse aux minorités » dont un exemple parmi d'autres est donné avec les neuf personnes de nationalité allemande mais d'origine turque, assassinées le 19 février 2020 à Hanau en Allemagne de l'ouest à quelques kilomètres de Francfort.

même interdisent, le secours en mer des migrants (hommes, femmes et enfants) et les exposent ainsi à un péril, sinon certain, en tout cas hautement probable ? Plus de 2260 personnes sont mortes en tentant de traverser la Méditerranée en 2018 selon les chiffres publiés par le Haut-commissariat de l'ONU aux réfugiés (HCR) et ils étaient près de 3140 l'année précédente. Il est inutile de rappeler ici les arguments politiques et économiques, plus ou moins francs, avancés pour justifier la fermeture des frontières et des ports. Ils sont bien connus et ne concernent pas le Juge : ni le juge *non-révolté* qui s'en tiendra à la loi et l'appliquera, ni le *Juge révolté* qui s'en tiendra à l'éthique du Droit pour refuser de l'appliquer.

558. Pour ce dernier, quels que soient les motifs de la loi, ce qui importe, c'est de savoir si son application a pour effet de rompre la solidarité humaine, si elle conduit à condamner ou à tout le moins à exposer gravement, directement ou indirectement, des êtres humains à la mort. Un exemple récent : le cas de la capitaine du navire humanitaire Sea-Watch 3, Carola Rackete qualifiée la « juste des mers », arrêtée le 29 juin 2019 pour être entrée sans autorisation dans le port de l'île de Lampedusa afin de débarquer les 42 personnes qui étaient encore à son bord, dont certaines dans un état plus que préoccupant, secourues le 12 juin précédent au large de la Lybie (où certaines avaient été torturées). Ce, après quatorze jours d'errance sans qu'aucune solution ne soit proposée. Selon le dernier décret pris à l'initiative du ministre de l'intérieur italien Matteo Salvini, l'ONG risquait 50.000 euros d'amende et la saisie du bateau. Quant à Carola Rackete, elle encourait jusqu'à dix ans de prison pour aide à l'immigration.¹⁰⁸⁰ Un juge révolté devant lequel comparaitrait une telle prévenue, devrait bien entendu commencer par examiner le dossier sur le terrain du droit politique, suivant deux hypothèses : ou bien il s'avère qu'elle n'est pas condamnable et elle doit être renvoyée des fins de la poursuite selon le schéma classique ; ou bien elle l'est et alors, sous réserve que les faits rapportés ci-dessus soient établis, c'est le refus d'appliquer la loi en contradiction avec la solidarité la plus élémentaire qui s'impose, avec pour conséquence, la relaxe. La relaxe non pas parce que les faits ne sont pas établis, non pas parce qu'ils n'entrent pas dans les prévisions de la loi, mais parce que la loi est contraire au Droit.¹⁰⁸¹

¹⁰⁸⁰ Marie Faggianelli, de l'ONG Sea-Watch, dénonce cette situation qui a suscité de multiples réactions de soutien dans le monde : « Nous prenons en charge ce problème qui n'est pas géré par l'Europe et qui a pour conséquence de laisser mourir des gens. » La porte-parole ajoute que la communauté européenne reconnaît que la Libye n'est pas sûre, « mais ne nous propose pas d'autres endroits pour débarquer les personnes secourues. L'Europe fait le mort. Aucun pays ne prend ses responsabilités sur ce problème qui lui incombe. Sinon, on n'en serait pas là. On a attendu 14 jours. Ce sont des personnes faibles, qui ont été torturées, qui sont dans un état psychologique et physique catastrophique. C'est inhumain de faire ça ». Source articles de Mediapart des 28 et 29 juin 2019.

¹⁰⁸¹ On raisonne ici bien entendu indépendamment des décisions qui pourront être prises par la justice itali

559. Bien d'autres exemples du même ordre peuvent être donnés, l'actualité mondiale en fournit en effet chaque jour de nouveaux, parmi lesquels, en France même, celui de Cédric Herrou. Un exemple d'autant plus intéressant pour un *Juge révolté*, qu'il soulève des questions qui peuvent être posées, tant sur le terrain de la loi (dimension politique) que sur celui du Droit (dimension éthique), à propos de faits qui, s'ils devaient être qualifiés de délictueux, ne pourraient qu'être considérés comme des faits de désobéissance civile. Un exemple qui met en scène un *homme révolté* au nom d'un Droit qu'il ne qualifie pas lui-même de *Droit de l'homme révolté*, mais qui, de fait, s'en approche singulièrement puisque ce droit est fondé sur la solidarité qu'il considère, manifestement lui aussi, comme la première valeur dans ses deux premières déclinaisons que sont le secours et l'hospitalité que l'on doit à tout homme en péril. Cedric Herrou est un producteur d'olives à Breil-sur-Roya (Vallée de la Roya) dans les Alpes Maritimes, dont l'exploitation est située à moins de 10 kms de la frontière italienne et proche de Vintimille. Il milite, après avoir pris des initiatives humanitaires solitaires, au sein d'une association d'aide aux migrants. On lui a d'abord reproché d'avoir transporté et hébergé à son domicile des étrangers dépourvus de titres de séjour, une inculpation qui avait été précédée d'une procédure classée sans suite sur le fondement de « l'immunité humanitaire » prévue par la loi, l'action de l'intéressé s'étant avérée totalement altruiste, comme ce sera toujours le cas par la suite ; mais sans que cela n'empêche, dans un second temps, l'engagement de poursuites. On lui a également reproché d'avoir installé des étrangers dans une propriété appartenant à la SNCF. Le « squat », constitué d'un bâtiment laissé à l'abandon depuis plus de 20 ans, avait été trouvé et organisé par un collectif d'associations dont *Médecins du Monde* et *Amnesty international*. Leurs revendications étaient essentiellement relatives à la prise en charge des mineurs isolés par la *Protection de l'enfance* dans les conditions légales prévues dans ce cas, et à l'accès des demandeurs d'asile à leurs droits, injustement entravé par les autorités.

560. L'affaire a été appelée devant le tribunal correctionnel de Nice (6^{ème} chambre) à son audience du 4 janvier 2017 et le jugement a été rendu le 10 février suivant (n° minute 534/17). La position, invariable, de Cédric Herrou est bien résumée dans un communiqué paru à la suite de sa condamnation par la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence dont il sera question plus loin : « A aucun moment il ne s'agissait de « cacher » ou de « dissimuler » ces personnes, mais bien au contraire de les montrer pour tirer la sonnette d'alarme. Force est de constater qu'un an plus tard, la situation n'a pas changé et a même empiré. J'ai actuellement chez moi de nombreux mineurs isolés qui attendent en vain d'être pris en charge par l'État français, et des demandeurs d'asile coincés sur mon terrain, qu'on empêche systématiquement d'accéder à leurs droits. S'ils

sortent de chez moi, ils sont sûrs d'être arrêtés et d'être reconduits directement en Italie, sans autre forme de procès. Il est grave que le département des Alpes Maritimes, pourtant frontalier à l'Italie, ne dispose d'aucune infrastructure destinée à l'accueil des migrants. Tous ceux qui veulent me faire passer pour un militant d'extrême gauche, un activiste *no border*, n'ont rien compris à la situation ici. Il ne s'agit pas d'être pro ou anti-migrants. Les empêcher de passer la frontière est utopique, et tout simplement impossible : tous passent. C'est justement pour cela que nous demandons un contrôle de ces flux, d'éviter la clandestinité des demandeurs d'asile. Notre combat juridique est respectueux des lois de la République française. C'est une lutte légale et juste, à l'image de la France, nation des droits de l'Homme. Mais ma condamnation ce matin montre bien les limites de l'indépendance de la justice française, et la manipulation politique qui se joue dans les tribunaux. »¹⁰⁸² C'est une lutte légale et de notre point de vue, en tout état de cause, conforme à l'éthique du Droit.

561. Les témoignages apportés à la barre ont unanimement confirmé le caractère purement humanitaire de son action et la situation de détresse des personnes secourues. C'est ainsi, entre autres exemples, qu'une infirmière du réseau *Médecins du Monde* expliquait s'être rendue plusieurs fois à son domicile « afin d'apporter des soins, parfois à un public très jeune, âgé de 13 ou 14 ans. Elle avait noté chez les migrants ainsi rencontrés une grande fatigue musculaire, des difficultés à la marche, des blessures aux pieds certains étant chaussés avec des tongs, des plaies cutanées importantes dues au contact pendant les traversées en bateau à un mélange d'eau salée et de mazout. Elle insistait sur la détresse massive des migrants, qu'elle imputait à des mois de voyage, dans l'errance, sans aucune perspective ». On note dans le réquisitoire du procureur tel qu'il est rapporté dans le jugement, qui tendait à la condamnation de Cédric Herrou à une peine principale de 8 mois d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve, l'évocation « des conditions d'hébergement indignes tant au domicile du prévenu que dans le bâtiment du Belvédère », ce qui compte tenu du sort des migrants en l'absence d'aide extérieure de la part des autorités, parfois fatal comme l'ont rappelé certains témoins, est pour le moins « surprenant ». Le tribunal dans le jugement dont il sera rendu compte plus loin, a d'ailleurs à cet égard observé que « Cet hébergement, certes de fortune, a permis de faire bénéficier les étrangers pris en charge d'un toit, de soins, de nourriture (...), permettant ainsi de les maintenir dans une sécurité dont ils n'auraient pas bénéficié à l'extérieur du fait de leur isolement sur le territoire français ».

¹⁰⁸² Communiqué de Cédric Herrou du 8 août 2017 reproduit par le GISTI sur son site.

562. Rappelons qu'en droit positif au sens courant, deux textes du *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) sont concernés : l'article L. 622-1 (article 11 de la loi 2012-1560 du 31 décembre 2012) qui dispose que « Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 € », et l'article L.622-4 (article 12 de la même loi) selon lequel « ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L.622-1 (...) l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait : (...) 3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci ».

563. En ce qui concerne l'infraction d'aide à l'entrée, la circulation et le séjour irréguliers d'étrangers dépourvus de titres de séjour sur le territoire national, le tribunal correctionnel de Nice dans son jugement du 10 février 2017, a fait une analyse qui apparaît rigoureuse et convaincante pour tout juriste, « classique » ou non. Il a en effet relevé que « La question de l'absence de contrepartie directe ou indirecte ne saurait faire débat tant elle est évidente » ; que le dossier n'établit « pas la preuve d'une quelconque contrepartie qu'elle soit directe ou indirecte » ; que rien ne permet de soutenir comme a cru devoir le faire le parquet « que l'aide apportée sert une cause militante désormais fortement médiatisée et peut dès lors être considérée comme une contrepartie au sens de l'article L.622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile » ; que cela relève « d'une construction intellectuelle qui ne saurait emporter la conviction du tribunal » auquel « il n'appartient d'ailleurs pas de s'interroger sur le cadre d'action du prévenu, humanitaire comme ce dernier le revendique, ou militant s'inscrivant dans une contestation globale de la loi sur les étrangers ». Cependant — et là un *juge révolté* aurait pu ne pas être d'accord —, le tribunal a distingué entre la prise en charge des migrants sur le sol français et leur prise en charge sur le sol italien, estimant que si, dans le premier cas, « la preuve de la situation globale d'indignité et de détresse dans laquelle se trouvent nécessairement les migrants, isolés sur le sol français » ne saurait faire difficulté, il en va différemment dans le second cas, le prévenu devant « rapporter la preuve au cas par cas du fait justificatif qu'il invoque et notamment que chaque passage de la frontière a été organisé

et mis en œuvre pour secourir des personnes déterminées se trouvant dans une situation de danger réelle et constatée ».

564. Cédric Herrou qui a notamment fait valoir à cet égard « avoir ciblé [des] personnes présentant un caractère de particulière vulnérabilité du fait de leur sexe, leur minorité, leur état de fatigue ou leur isolement mais également du fait de leur détermination à passer la frontière franco-italienne et à pénétrer sur le territoire français, par des moyens les mettant clairement en danger », s'est prévalu « des dispositions de l'article L.122-7 du code pénal dont il résulte que n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent, qui menace elle-même ou autrui ou un bien accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Le tribunal a estimé que la preuve requise par ce texte n'était pas rapportée (la preuve d'une « action de sauvegarde personnalisée pour chaque migrant ») et a rejeté l'application des exemptions prévues à l'article L.622-4 du CESEDA. Et ce, alors qu'il avait reconnu expressément qu'on ne pouvait mettre en doute, ni les propos de l'intéressé et des témoins, ni le fait « que les modes de passage de [la] frontière franco-italienne se sont diversifiés et se font désormais à pieds, les migrants empruntant les voies ferrées, l'autoroute ou les chemins de montagne, en période hivernale sans être équipés de vêtements et chaussures adaptés » et que « force est de constater que les trajets ainsi réalisés sont sources de risques multiples ». Des risques majeurs avérés puisque plusieurs décès non contestés ont été à cet égard évoqués au cours des débats : celui d'une jeune migrante prénommée Milet dont les obsèques ont été célébrées le 15 octobre 2016, d'un jeune homme percuté par un véhicule alors qu'il tentait de traverser l'autoroute, d'un de ses compatriotes qui a chuté d'un viaduc et d'un autre « happé par les vagues alors qu'il cherchait à longer la frontière par le bord de mer ».

565. En ce qui concerne le « squat », le tribunal a estimé que « si les conditions d'accueil sur le site de la SNCF n'étaient pas idéales, force est de constater que les personnes présentes (...) se sont organisées pour rendre le site le moins hostile possible et permettre ainsi aux jeunes gens et aux femmes dont les photographies figurent en procédure de trouver un toit » et donc qu'« il ne saurait être allégué que l'investissement de ce site était disproportionné au regard de la gravité de la menace encourue par les migrants dans l'hypothèse où ils se seraient trouvés à la rue, alors que le site en question était totalement abandonné depuis près de 25 ans ». En conséquence, le tribunal a relaxé Cédric Hérou « pour les faits d'installation en réunion sur le terrain d'autrui, sans autorisation, en vue d'y habiter », mais l'a déclaré coupable en ce qui

concerne « [l'] aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France » en ce qui concerne la prise en charge des migrants sur le sol italien, et l'a condamné au paiement d'une amende de 3000 euros avec sursis, la SNCF étant déboutée de sa demande de dommages et intérêts. On peut sans doute soutenir de bonne foi que ce jugement est à la fois justifié en droit et équitable, ou y voir une sorte de « cote mal taillée », un compromis entre l'injustice majeure requise par le parquet et une relaxe générale qui aurait constitué un véritable camouflet pour les autorités administratives et politiques. La seconde interprétation relèverait nécessairement, pour un juriste « classique », d'un jugement moral et/ou politique et non d'un jugement juridique, mais non pour un *juriste révolté* qui aurait à se poser la question de la conformité de la condamnation à l'éthique du Droit.

566. Le procureur de la République a fait appel de ce jugement et la condamnation de Cédric Hérou a été portée par la Cour d'Aix-en-Provence le 8 août 2017 (13^{ème} chambre arrêt n° 2017/568) à quatre mois de prison avec sursis, l'arrêt le condamnant en outre à payer 1000 euros de dommages et intérêts à la SNCF, aux motifs qu'il « ne fournit aucun élément concret sur la nature du péril (...) menaçant les personnes présentes [dans les locaux de la SNCF], leur simple nombre ne pouvant être constitutif d'un péril imminent ou actuel », qu' « Il n'établit pas non plus en quoi l'occupation d'un bâtiment considéré comme impropre à l'accueil des personnes pouvait constituer un acte nécessaire à leur sauvegarde », que ses actions « s'inscrivaient de manière générale, comme il l'a lui-même revendiqué et affirmé clairement à plusieurs reprises, dans une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités » et qu'il « ne peut en conséquence pas bénéficier des dispositions protectrices du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ». Autrement dit, dès lors que « l'aide s'inscrit dans une contestation globale de la loi, elle n'entre pas dans les exemptions prévues mais sert une cause militante qui ne répond pas à une situation de détresse. Cette contestation constitue une contrepartie » à l'aide apportée. L'avocat général avait requis 8 mois de prison avec sursis, la peine prononcée par le tribunal de Nice étant, selon lui, « non proportionnée à l'aide apportée à plus de deux cents personnes, incohérente et de nature à encourager la récidive ». ¹⁰⁸³ Si le jugement du tribunal correctionnel

¹⁰⁸³ Site de la Plateforme de Services aux Migrants, Article du 9 août 2017 *Condamnation de Cédric Herrou*//Communiqué Cimade + Article du monde. L'arrêt de la Cour d'appel a suscité de nombreuses et vives réactions d'indignation comme on le voit au travers d'un échantillon de réactions sur les médias consultable sur le site du Gisti : « le respect des droits fondamentaux de chaque être humain peut être combattu au motif qu'il sert une cause militante ! » (déclaration de solidarité de la part d'Attac France du 8 août 2017). « La condamnation de ce citoyen exemplaire fait de la solidarité un délit » (déclaration de solidarité de EELV du 8 août 2017). « En condamnant Cédric Herrou, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence montre qu'elle a parfaitement intégré la volonté

pouvait mettre un *juge révolté* dans l'embarras, il n'en va de même de l'arrêt de la Cour d'appel qui s'avère manifestement contraire à l'éthique du Droit en ce qu'il consacre une insolidarité manifeste à l'égard des femmes, des enfants et des hommes que sont les migrants.

567. L'intéressé s'est pourvu devant la Cour de cassation, laquelle, le 12 décembre 2018 (arrêt n° 2923 de la chambre criminelle), a partiellement, mais sur l'essentiel, annulé la décision entreprise (en ce qui concerne ses dispositions relatives à la déclaration de culpabilité du chef d'infractions au CESEDA et à la peine) et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Lyon. L'audience a eu lieu de 11 Mars 2020. L'avocat général a repris, sans sourciller, l'argumentaire de son collègue d'Aix, estimant inapplicable au cas de Cédric Herrou l'immunité humanitaire en raison de ce « [qu']il n'avait pas un but exclusivement humanitaire mais une revendication idéologique, militante », et a requis huit à dix mois de prison avec sursis. L'arrêt devait être rendu le mercredi 15 avril 2020, mais le délibéré a été prolongé, du fait du confinement dû au coronavirus, jusqu'au 13 mai 2020. Durant l'audience, Cédric Herrou avait déclaré de son côté : « Que je sois condamné ce n'est pas grave. Ce qui est grave c'est le message qu'on fait passer aux gens : avant d'aider quelqu'un tu dois connaître la situation administrative des gens. Mais ce n'est pas le rôle du citoyen, les papiers ça regarde les préfets, la police ». ¹⁰⁸⁴

568. Il doit être précisé qu'avant l'arrêt de la Cour cassation, comme on le voit à la lecture de ses attendus ¹⁰⁸⁵, il s'était produit deux événements importants : d'abord la prise en

politique du gouvernement d'interdire l'aide aux réfugiés en faisant de la solidarité un instrument de la répression. Alors que dans le même temps, le préfet de région interdit, impunément, aux réfugiés de déposer leurs demandes d'asile, un homme, soucieux du sort des personnes dans le plus grand dénuement, est poursuivi et condamné » (déclaration de solidarité de la LDH du 8 août 2017) ; « Condamner, celles et ceux, qui se substituent aux carences de l'État et au mépris des règles édictées par ce même État est révélateur de ce que devient la démocratie en France » (déclaration de solidarité de la CGT du 10 août 2017) ; Cet arrêt « ouvre la voie à la condamnation de multiples personnes dont la seule motivation est de porter assistance aux personnes migrantes et réfugiées sans autre contrepartie que de voir les droits humains respectés. Cette motivation ne fera jamais d'eux, ni de nous, des trafiquants de migrants. Que l'on ne se méprenne pas : selon le droit international, le trafic de migrants implique d'en retirer un bénéfice matériel ou financier, pas moral. Et selon ces mêmes règles internationales, qui lient les autorités françaises, l'État doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les personnes ou associations qui œuvrent à la protection des droits humains et qui en dénoncent les violations. Ni trafiquantes, ni délinquantes, ces personnes, inquiétées, intimidées, poursuivies et désormais condamnées, sont avant tout des défenseurs des droits humains. Car il s'agit bien de protéger les droits violés des personnes migrantes et réfugiées, qui sont confrontées à l'inaction, aux défaillances et même aux atteintes à ces droits portées par les autorités françaises » (déclaration commune de solidarité de Amnesty International France, La Cimade, Médecins du Monde, Médecins sans frontières, Secours catholique Caritas France, du 10 août 2017), *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ Lyon Mag, communiqué sur internet du 11 mars 2020.

¹⁰⁸⁵ « Mais attendu que l'article 38 de la loi susvisée du 10 septembre 2018 a élargi le champ d'application de l'article L.622-4 du CESEDA en faisant obstacle aux poursuites pénales dans le cas où l'aide à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger n'a donné lieu, de la part d'une personne physique ou morale, à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir une aide quelconque dans un but exclusivement humanitaire ; Que cette

compte le 6 juillet de la même année par le Conseil constitutionnel (Décision n° 2018-717/718 QPC) du *principe de fraternité* dont il sera question plus loin, et consécutivement la *Loi asile et immigration* du 10 septembre 2018 expressément visée dans l'arrêt, qui avait modifié, dans un sens plus favorable aux personnes poursuivies pour un « délit de solidarité », la rédaction de l'article 622-4 du CESEDA qui a trait à l'exemption des poursuites pénales lorsqu'il est avéré (ce qui est sans conteste le cas avec Cédric Herrou) que l'aide a été apportée dans un but humanitaire. Il était alors difficile de prédire avec certitude dans une telle affaire, quelles conséquences tirerait la Cour de renvoi du réexamen des faits au regard des nouvelles dispositions de l'article L. 622-4 du CESEDA.¹⁰⁸⁶ Seul était certain, de notre point de vue, qu'elle ne pouvait qu'intéresser un *Juge révolté*, lequel *a priori* à ce stade de la procédure, soit considérerait que le texte applicable permet la relaxe de l'intéressé et la prononcerait sur son fondement, soit considérerait qu'elle l'interdit, et alors devrait s'interroger sur son éventuel refus d'application du texte au nom du Droit ; avec, en ce qui concerne le premier temps « positiviste » de l'examen du dossier, sans doute moins « d'aléa subjectif », puisque pour le *Juge révolté* le jugement porté sur la loi est réservé au second temps et en fonction, non de quelconques préférences personnelles, mais d'une éthique du Droit aussi objectivement déterminée que possible.

569. On voyait, en effet, d'ores et déjà qu'entre le tribunal correctionnel de Nice et la Cour d'appel d'Aix, on avait affaire à des magistrats qui n'avaient probablement pas la même conception de l'humanisme et de « l'humanitaire », l'un estimant, par exemple, que pour le jeu de l'immunité, il importait peu que celui qui porte secours à son prochain soit un « militant du secours », l'autre estimant, au contraire, qu'en quelque sorte son militantisme disqualifiait son aide ; autrement dit, pour ce dernier, qu'on ne peut bénéficier de l'immunité que si on ne porte pas habituellement secours aux personnes en détresse, cette « fâcheuse habitude » étant évidemment le fait des militants, généralement membres d'associations caritatives. Seul autrement dit l'acte ponctuel, isolé, fortuit, mérite l'immunité. Ce, selon une logique générale et particulièrement éthique, assez étonnante et éloignée de la notion commune

disposition, d'application immédiate en vertu de l'article 71 de ladite loi, entre dans le champ d'application de l'article 112-1 du code pénal, dès lors qu'elle élargit les immunités prévues par l'article L.622-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; Que, dans la mesure où, dès son interpellation, M. X... a invoqué le caractère humanitaire de son action, il convient que le juge du fond réexamine les faits au regard des nouvelles dispositions de l'article L.622-4 précité » : Arrêt n° 2923, du 12 déc. 2018 de la Cour de cass. chambre criminelle.

¹⁰⁸⁶ Désormais, l'article L 622-4 du CESEDA exonère des poursuites pénales « lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire. »

de solidarité ou *a minima* de fraternité¹⁰⁸⁷, que devait retenir le Conseil constitutionnel. Étant entendu que le désintéressement du prévenu, financier et matériel, était constant, et que même il allait de soi que ses actions répétées d'entraide ne pouvaient que l'appauvrir. Une logique qui était celle du parquet, d'autant plus choquante que l'attitude rigoriste de ce dernier dont le lien au pouvoir via la chancellerie est organique, ne pouvait que contraster avec celle du représentant local de ce pouvoir en la personne de son préfet, censuré à plusieurs reprises par le tribunal administratif pour violation du droit d'asile. Mais en tout état de cause, de notre point de vue, si l'action de Cédric Herrou devait être jugée contraire à la loi mais conforme au Droit (à sa dimension éthique), l'infraction juridique changerait de camp : elle passerait du prévenu au législateur.

570. Si la loi est contraire à l'éthique du Droit, celui qui enfreint la loi dans la conformité à cette éthique n'est un désobéissant civil que du point de vue du pouvoir politique qui en est l'auteur, non du point de vue du *Juge révolté* et de la démocratie qui ne peut que s'en trouver renforcée. La désobéissance civile de Cédric Herrou, note à cet égard le philosophe Manuel Cervera-Marzal, « incarne la conception vivante de la démocratie »¹⁰⁸⁸ Elle est nécessaire à son progrès.¹⁰⁸⁹ Dans le même sens, comme on l'a vu précédemment, pour Albert Ogien et Sandra Laugier « L'idée de la résistance en démocratie n'est pas un refus de la démocratie, au contraire. Elle est liée à la définition même d'une démocratie »¹⁰⁹⁰, elle en est

¹⁰⁸⁷ *A minima* car la solidarité telle en tout cas qu'elle est conçue dans le cadre de notre théorie, est à la fois plus objective (elle est un fait avant que d'être une valeur) plus essentielle (elle est la valeur matricielle, celle qui détermine toutes les autres) et plus extensible que la fraternité dont la notion empruntée à la sphère familiale et à la tradition chrétienne, laïcisée par la République pour fédérer le peuple, est plus aléatoire, circonstancielle et décroissante dès lors qu'on s'éloigne de son centre affectif. Mais en tout état de cause, que ce soit sous l'espèce de la solidarité ou de la fraternité, il est impossible de demeurer indifférent au malheur des plus vulnérables, de ceux qui fuient des situations terribles, qu'elles qu'en soient les causes souvent cumulées (guerre, tyrannie, extrême pauvreté, catastrophes plus ou moins naturelles), de ne pas considérer que par exemple la photo du petit garçon syrien retrouvé noyé sur une des plages de la station balnéaire de Bodrum en Turquie ou plus récemment celle de la petite fille de deux ans également retrouvée noyée avec son père, enlacés, au bord du Rio Grande à la frontière américaine, témoignent de faits qu'aucun argument, aucune raison d'état, aucune loi, ne sauraient justifier. Penser la nécessité de poser une limite éthique à la loi procède d'une même intolérance à l'inhumanité et à l'hypocrisie et d'une même exigence démocratique.

¹⁰⁸⁸ Article en ligne sur le site de Télérama de Romain Jeanticou du 16 août 2017 qui rend compte d'un entretien avec Manuel Cervera-Marzal, intitulé « *La désobéissance civile de Cédric Herrou « incarne la conception vivante de la démocratie »* ».

¹⁰⁸⁹ « Le progrès, les exemples historiques nous le montrent, passe par des mouvements qui sortent du cadre de la loi car celle-ci est parfois sclérosée, avec des tendances mortifères. Pour lui redonner du souffle, il faut sortir en apparence de la démocratie pour l'approfondir : c'est tout le paradoxe de la désobéissance civile. Elle n'exerce pas des actions contre la loi ou illégales, mais des actions extra légales qui sortent de la loi pour la réaffirmer. » *ibid.*

¹⁰⁹⁰ « d'un gouvernement du peuple c'est-à-dire par le peuple, comme le disait très clairement la déclaration d'indépendance américaine : un bon gouvernement démocratique est le gouvernement qui est le nôtre, le mien — qui m'exprime. La question de la démocratie (...) est celle de la voix. Je dois avoir une voix dans mon histoire, et me reconnaître dans ce qui est dit ou montré dans ma société, et ainsi, en quelque sorte, lui donner ma voix,

inséparable, du moins dans sa forme radicale. Une « démocratie radicale »¹⁰⁹¹ qui est en quelque sorte pour eux l'antithèse de la démocratie « illibérale » dont la Hongrie offre un exemple, une démocratie autoritaire qui ne fait aucune place à l'expression de la société civile, réduite à un passage périodique dans les urnes des citoyens qui vaut consentement de leur part à tout ce qui sera ultérieurement décidé par l'élu. Mais une « démocratie radicale » qui, pour être dite « radicale », dans cette perspective, n'implique pas de remettre en cause la conception dominante du droit ; une perspective qui, pour intéressante et progressiste qu'elle soit, n'est donc pas la nôtre.

571. Il ne saurait en effet être question pour nous que dans tous les cas de désobéissance civile, la résistance à la loi soit sanctionnée par la loi. Que tout au plus les désobéissants civils, quelles que soient leurs raisons, soient mieux entendus, mieux traités par un pouvoir et des juges qui distingueraient en quelque sorte la désobéissance civile de la délinquance de « droit commun », sans pour autant jamais aller jusqu'à admettre la possibilité d'une impunité de principe des désobéissants ; ou alors en ce qui concerne les juges non révoltés qui ne peuvent qu'appliquer la loi pour ce qu'elle est en l'absence de pouvoir propre, au prix d'une certaine confusion des genres : au prix d'un jugement politique. Il est vrai que « Ce qui fait la grandeur de la désobéissance civile — une voix qui ose s'élever pour dire non et refuser d'appliquer les prescriptions d'une autorité légale au nom des principes supérieurs de l'humanité ou de la démocratie et au mépris des sanctions —, en fait aussi la faiblesse ».¹⁰⁹² Une faiblesse à laquelle il peut être plus ou moins remédié par le recours à divers relais politiques, syndicaux, associatifs, etc., mais mieux encore sur le terrain du Droit distingué de

accepter qu'elle parle en mon nom. C'est cette possibilité de l'harmonie des voix (...) qui définit l'accord social. La désobéissance est la solution qui s'impose lorsqu'il y a dissonance : je ne m'entends plus, dans un discours qui sonne faux. (...) La notion de désobéissance civile est née en contexte démocratique, et même particulièrement démocratique : dans les écrits du philosophe américain Henri David Thoreau (1817-1862), et dans le petit cercle de penseurs réunis autour de lui », Albert Ogien et Sandra Laugier, *op. cit.*, p. 24. Pour Thoreau et Emerson son maître : « on a non seulement le droit mais le devoir de résister, et donc de désobéir, lorsque le gouvernement agit contre ses propres principes », *Ibid.*, p. 25

¹⁰⁹¹ *Ibid.* p. 167.

¹⁰⁹² Albert Ogien et Sandra Laugier, *op. cit.*, p. 18. « les actes de désobéissance atteignent rarement le but qu'ils se donnent. Ils peuvent entraver la mise en œuvre de dispositions légales contestées, donner lieu à des aménagements du texte incriminé ou imposer une certaine tolérance concernant leur non-application. Mais on ne sache pas (...) que les lois aggravant la traque et l'expulsion des étrangers en situation irrégulière et de leurs enfants » par exemple « aient été retirées du seul fait des actes de désobéissance que ces textes et dispositions réglementaires ont suscités. Et aussi longtemps qu'elles ne sont pas abrogées, ces lois continuent, même si elles ne sont pas appliquées ou sont temporairement modifiées, à imposer des obligations légales aux personnels qui doivent les mettre en œuvre. » *Ibid.*, p. 18-19. Lesquels parfois appliquent les lois répressives mais non les lois qui obligent l'Etat comme n'a pas manqué de le faire valoir Cédric Herrou : « on incrimine un paysan qui se substitue à la carence de l'État. » Communiqué de Cédric Herrou du 8 août 2017 reproduit sur le site du Gisti. Un État par ailleurs condamné au travers de son Préfet, pour ses manquements à la légalité.

la loi dans le cadre de notre théorie, pourvu que la preuve soit rapportée de l'infraction de la loi incriminée à l'éthique du Droit.

572. Il faut, pour pallier la faiblesse conjointe de la désobéissance civile et de la démocratie, mettre fin au déséquilibre qu'entraîne l'indistinction de la loi et du Droit. Il faut que le « dissensus qui peut aller jusqu'au retrait du consentement [et] se trouve au fondement même de la démocratie »¹⁰⁹³, ne soit un dissensus que du point de vue de la loi, non du Droit qu'il revient au Juge et à lui seul, de Dire. Il faut que le désobéissant puisse exciper devant lui de la légitimité de sa résistance au regard de l'éthique du Droit. Il faut autrement dit reconnaître au Droit et au Juge leur indissociable autonomie. Il n'y a en fait aucune autre issue possible, aucune autre possibilité d'accéder à une véritable démocratie radicale, à un véritable État de Droit et à une véritable mise en œuvre de la solidarité. Et ce en rupture avec la conception dominante pour qui il n'y a de progrès possible de la démocratie que directement par la loi ou indirectement par la jurisprudence au sens classique, notamment constitutionnelle. « Dans un pays comme la France, jacobin, centralisé, « légicentrique », note à cet égard Denis Salas, le droit est raconté par la loi. La loi est le tout du droit ». ¹⁰⁹⁴ Mais il voit une véritable remise en question de cette conception « avec la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui, selon lui, est pour les citoyens « le moyen de mettre directement en mouvement le pouvoir de juger qui leur appartient dès lors qu'il est rendu en leur nom »¹⁰⁹⁵, une « réforme [qui] fait émerger le « peuple fondateur » — auteur de la Déclaration des droits de l'homme — par-delà « le peuple actuel qui élit ses représentants. »¹⁰⁹⁶

573. Or, sans méconnaître l'importance réelle de ce droit nouveau issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, on ne peut que constater que l'on demeure dans un même schéma : celui qui fait de la loi l'unique source du droit ou, autrement dit, qui maintient au pouvoir politique son monopole normatif. Le sort des avancées démocratiques jurisprudentielles éventuelles, qu'elles soient l'œuvre du Conseil constitutionnel ou de toute autre instance juridictionnelle nationale, européenne ou internationale, est et demeure

¹⁰⁹³ Albert Ogien et Sandra Laugier, *op. cit.*, p. 167.

¹⁰⁹⁴ Denis Salas, *Le courage de juger*, entretien avec Frédéric Niel, édit. Bayard, 2014, p. 51.

¹⁰⁹⁵ Ce sur quoi notre théorie est en accord.

¹⁰⁹⁶ Denis Salas, *op. cit.*, p. 207.

uniquement une affaire politique : si le pouvoir en place en a la volonté et les moyens politiques, ces avancées tourneront court, c'est lui qui aura le dernier mot. La mise en œuvre directe par les citoyens du « pouvoir de juger qui leur appartient » est une fiction comme l'est tout autant l'émergence du « peuple fondateur auteur de la Déclaration des droits de l'homme ». Seule est possible une délégation qui, pour ne pas faire double emploi avec la représentation politique et entériner une confusion entre la loi et le Droit, ne peut qu'être faite au Juge en tant que Juge et non en tant que fonctionnaire qui tient ses prérogatives de son seul statut légal. En tant que Juge garant ultime d'une conception du Droit dont l'assise est à la fois historique, anthropologique et logique comme on l'a vu précédemment.¹⁰⁹⁷ Sa délégation ou, en d'autres termes, sa légitimité propre, n'est pas, elle, une fiction, pour correspondre à ce que voient ou plus exactement regrettent de ne pas voir, dans le Juge, l'immense majorité des citoyens : non un agent aux ordres du pouvoir, mais celui qui Dit le Droit, éventuellement contre la loi injuste. Une vision du Droit et du Juge en démocratie qui, loin d'être utopique, « colle » au contraire à la réalité de ce qu'ils sont. Une réalité délibérément ignorée par la conception dominante du droit.

574. De cette réalité, le juge qui n'est pas un *Juge révolté*, peut bien entendu se rapprocher sans quitter le périmètre de la loi. C'est ainsi que, rappelons-le, dans le contexte des affaires relatives aux migrants, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles L. 622-1 et L. 622-4 du CESEDA, le Conseil constitutionnel a rendu le 6 juillet 2018 une décision (n° 2018-717/718) aux termes de laquelle, au visa de l'article 2 de la Constitution qui intègre la devise de la République et de la référence dans son préambule et son article 72-3 à l'« idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité », il reconnaît que « la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle ». Avec pour conséquence « [qu'] aider autrui dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national », doit être considéré comme licite ; en rappelant cependant que « l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle », le législateur devant « assurer la conciliation entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public ». Deux principes en tension comme le sont les dimensions éthique et politique dans notre théorie.

575. Le Conseil constitutionnel a considéré qu'en « réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide

¹⁰⁹⁷ Et comme cela est repris au IV de l'annexe 2.

au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ». Le principe de fraternité a donc conduit le Conseil constitutionnel à élargir le champ matériel des exemptions au délit de l'article L.622-1 s'agissant de l'aide au séjour, seul visé par l'article L. 622-4 jusque- là, à tout acte d'aide au séjour, s'il est accompli sans contrepartie directe ou indirecte, dans un but purement humanitaire. Mais il demeure que la question de l'aide à l'entrée de migrants en France, lorsqu'elle consiste en leur transport comme c'est aussi le cas avec Cédric Herrou, depuis Vintimille en Italie où ils se trouvaient jusqu'à Breil-Sur-Roya en France, n'est toujours pas tranchée.

576. Dans son arrêt du 13 mai 2020, la cour d'appel de renvoi de Lyon a infirmé le jugement déféré, mais en se plaçant sur le terrain de la preuve des faits reprochés à Cédric Herrou. En ce qui concerne les faits d'aide à l'entrée irrégulière d'étrangers en France, la cour a renvoyé l'intéressé des fins de la poursuite en considérant que « la matérialité des faits et leur intentionnalité [n'étaient] pas établies », après avoir relevé qu'aucun procès-verbal de constatation ou d'interpellation, aucun témoignage direct des faits reprochés n'a été produit aux débats et que les poursuites ont été exercées sur la base d'articles de presse et des déclarations du prévenu qui ne permettent pas « de caractériser les dates, nombre, lieux et statuts des personnes transportées d'Italie vers la France par ses soins » alors de surcroît qu'« il a évoqué la possibilité pour les personnes de faire une demande d'asile ce qui exclut un séjour irrégulier et a précisé qu'un mineur ne peut être considéré en situation irrégulière. » La cour, autrement dit, a considéré « qu'il n'est pas établi à la procédure que Cédric Herrou ait sciemment, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée irrégulière d'étrangers en France. » En ce qui concerne les faits d'aide au séjour et à la circulation irréguliers d'étrangers en France, la cour a également renvoyé le prévenu des fins de la poursuite pour le même motif d'indigence du dossier : l'absence « d'audition, d'identification, de vérification du statut des personnes » concernées, ce qui a rendu impossible à la cour « de vérifier et de s'assurer qu'il s'agissait bien d'étrangers en situation irrégulière tels que visés à l'article L 622-1 du CESEDA. » Sur l'occupation irrégulière de l'immeuble appartenant à la SNCF, seule prévention retenue, pour dispenser de peine Cédric Herrou, la cour a relevé que les faits n'ont duré que trois jours et ont « consisté en l'occupation au profit de personnes en grande détresse d'un local de la SNCF désaffecté depuis 1991 sans aucune dégradation constatée ».

577. Il est intéressant enfin de noter, à propos des faits d'aide au séjour et à la circulation irréguliers d'étrangers en France, que la cour a « précisé que le devoir de fraternité s'est exercé ici en première et toute urgence sans recherche de bénéfices secondaires quelconques et que le but exclusivement humanitaire prévu à l'article L 622-4 du CESEDA ne prive pas ses auteurs de la liberté constitutionnelle de penser et exprimer ses opinions. » Ce qui, en quelque sorte « au passage », répond à « l'argument » du ministère public selon lequel l'action de l'intéressé en tant qu'elle serait celle militante et idéologique (ce que ne serait pas l'argument dudit ministère public) d'un « leader » en quête d'un bénéfice médiatique, ne saurait être couverte par l'immunité humanitaire.

578. Le cas de Cédric Herrou est intéressant au moins à deux titres. Il l'est d'abord en raison de l'actualité durable de la « crise migratoire » — crise en partie due à l'incapacité de l'Union Européenne d'y faire face solidairement —, une « crise » qui risque fort de croître du fait de sa combinaison avec la « crise écologique », en l'absence d'une action en profondeur, plus qu'hypothétique, menée à l'échelle planétaire pour en atténuer et à terme en faire disparaître les causes imbriquées économiques (sous-développement, pauvreté), politiques et sociales (confiscation de l'État par des pouvoirs plus ou moins mafieux, instabilité, guerres). Il l'est ensuite, paradoxalement, parce qu'il se situe dans un contexte historique très éloigné de celui dont il a été question dans la première partie de cette thèse : on est en France, dans une période où l'équilibre démocratique entre dissensus et consensus est tant bien que mal maintenu, même si le premier semble l'emporter de plus en plus sur le second, et où les normes qui consacrent cet équilibre assurent encore aux citoyens une certaine protection contre l'arbitraire du pouvoir. Une protection dont le sort dépend bien entendu de l'évolution politique, favorable ou défavorable aux libertés, un sort, dans le contexte des différentes urgences sécuritaires et sanitaires actuelles, qui demeure incertain. Mais il va de soi que la situation est en France incomparable à celle de pays tels que la Chine, la Russie ou la Corée du Nord, par exemple, où l'on ne peut guère parler de droit, même avec un « d » minuscule, où à quelques nuances près, les lois et les juges ne font qu'exprimer la volonté du pouvoir politique. Mais on a vu que, même en France, après et malgré Vichy qui n'était pas si loin, malgré le retour de la République et des libertés fondamentales, malgré leur réaffirmation solennelle, dans le contexte de la guerre d'Algérie, les juges n'ont pas mieux résisté que leurs prédécesseurs aux pressions du pouvoir et pas mieux assuré la défense desdites libertés.

579. Ce qui devrait inciter des juges, instruits par l'histoire et conscients de ce qu'ils peuvent, un jour ou l'autre, à leur tour, être confrontés à une semblable situation, des juges révoltés à l'idée qu'ils pourraient alors, eux-aussi, être conduits à s'incliner docilement devant l'arbitraire le plus grave de la loi, des juges qui considèrent comme indigne de leur mission d'être ravalés au rang de fonctionnaires subalternes, à réfléchir, avant qu'il ne soit trop tard, avant que la crise majeure ne soit là, à une réponse juridique, à une objection à apporter à la toute-puissance de la loi : à une objection de Juge, une objection juridique, une objection fondée sur l'éthique qui est conjointement au fondement du Droit et de son office. Une objection qui ne vise pas au discrédit de la loi, mais à son équilibration en tant que dimension politique du Droit à la dimension éthique du Droit dont le Juge est l'interprète, le gardien et le garant. Un Juge sorti de « son sommeil dogmatique » de neutraliste, débarrassé de ses réflexes de soumission en période de crise où se révèle, malgré l'apparat qui entoure sa fonction et les initiatives que le pouvoir politique lui laisse prendre en dehors de ces périodes, le fait, alors patent, de son impuissance.

580. Dans le cas de Cédric Herrou, les juges concernés n'étaient pas placés dans la situation extrême de devoir envoyer à la mort par leurs décisions un homme dont il est établi qu'il a toujours agi par pur altruisme (ce qui renforce le caractère exemplaire de son cas), mais des juges qui néanmoins pouvaient (et l'ont fait de façon variable) condamner un tel homme à des amendes plus ou moins élevées (alors que l'on sait qu'il a des ressources très modestes), voire à des peines de prison avec ou sans sursis. Ce qui n'est pas rien pour un honnête homme. Autrement dit, le cas de Cédric Herrou permet de voir que si la réflexion à laquelle invite la présente thèse s'impose avec le plus d'évidence dans les situations extrêmes, elle n'est pas pour autant inopportune dans des contextes historiques, socio-politiques, qui en paraissent fort éloignés, où les droits fondamentaux sont globalement respectés, au moins à l'égard des nationaux, mais où le risque d'un glissement, qui peut être progressif, vers l'humainement inacceptable, n'est jamais exclu. C'est un exemple parmi bien d'autres de ce que le juge ne peut, dans certaines affaires, éviter de prendre en considération son enjeu éthique indépendamment de son aspect technique. Ce qui est, en ces termes, inavouable dans le cadre de la conception neutraliste dominante et oblige les juges *non révoltés* qui veulent néanmoins apparaître plus comme des partenaires que des agents du pouvoir politique, à trouver des moyens de complexifier leurs rapports à ce pouvoir et de brouiller ainsi la frontière entre

l'exercice d'un véritable pouvoir et l'exercice d'une simple autorité.¹⁰⁹⁸ Un brouillage qui, en cas de conflit, disparaît au profit du seul véritable pouvoir — le pouvoir politique — auquel la simple autorité révélée en tant que telle, n'aura guère opposé de résistance. Dans la réalité, en dehors des colloques, conférences et essais sur le sujet de la « montée en puissance des juges », il s'agit essentiellement pour ces derniers de « s'arranger » avec leur conscience dans les situations humainement délicates, dès lors bien entendu qu'ils ne prétendent pas devoir et pouvoir se comporter en toutes circonstances en purs techniciens.

581. On voit bien en effet, au travers de notre exemple, que la préoccupation des différentes juridictions saisies a d'abord été éthique et non juridique, sans cependant qu'aucune ne soit foncièrement critiquable du point de vue de l'interprétation d'un droit positif qui a évolué par la volonté du législateur et, sous couvert d'interprétation, par celle du Conseil constitutionnel ; sans qu'au final (si tant est que l'affaire s'arrête là) l'arrêt de la cour de Lyon sur renvoi de cassation n'apporte une solution originale par rapport à l'état antérieur du droit positif ou nouvelle par rapport à son état modifié, puisque c'est pour un motif on ne peut plus classique que Cédric Herrou, en ce qui concerne son inculpation principale, a échappé à une condamnation. Un motif qui aurait pu être retenu par le premier juge saisi. Mais il semble que derrière ce motif procédural qui permet d'esquiver la discussion sur l'étendue de l'immunité humanitaire de l'intéressé (la prise en charge de migrants à Vintimille), se profile une exigence de Justice (qui n'était certainement pas partagée par la cour d'Aix) qui ne pourrait qu'être approuvée par un *Juge révolté*. Comme cela semble avoir été le cas, en l'espèce, pour le Conseil constitutionnel qui est allé puiser dans l'inépuisable réservoir à principes des textes qui enveloppent d'une sorte d'aura sacrée la Constitution, le moyen de répondre à cette même exigence.

582. Mais qu'advierait-il de tout cela, si le pouvoir politique reprenait la main, par exemple à la suite d'une conquête du pouvoir par un parti xénophobe ? La loi incriminant alors sans aucune restriction, sans aucune ambiguïté, sans aucune lacune exploitable dans le texte et sans échappatoire procédurale possible ni censure par un Conseil constitutionnel supprimé ou rendu inopérant en la matière par une réforme constitutionnelle préalable, un comportement tel que celui de Cédric Herrou. La réponse s'impose : il ne saurait être question pour les juges qui

¹⁰⁹⁸ De ce brouillage, il est donné un exemple dans la conclusion générale de cette thèse, avec l'émergence de la notion de *politique jurisprudentielle* qui « veut être le souffle qui guide la jurisprudence »¹⁰⁹⁸ sur la voie de l'adaptation aux « nécessités sociales nouvelles », distinguée de la « politique judiciaire » gouvernementale, n° 616 et suivants.

seraient alors saisis, d'aller frontalement à l'encontre d'une telle loi, même si, pour éviter toute interférence d'une éventuelle éthique humaniste du juge, elle était assortie de peines privatives de liberté fixes ou à tout le moins « plancher ». Une réponse dont la certitude ne peut qu'alerter, qu'inquiéter un juge humaniste d'aujourd'hui capable de se projeter dans un tel avenir, de s'imaginer en situation de ne pouvoir techniquement faire autrement que de condamner à la prison ferme un homme dont l'unique préoccupation, l'unique « crime », aura été la sauvegarde inconditionnelle de ses semblables. Une réponse dont la certitude devrait, de notre point de vue, si son humanisme est réel et profond, conduire ce juge à repenser le Droit et, avec lui, son office.

583. Un *Juge révolté* aurait pu, sans déchoir, rendre la même décision que la cour d'appel de Lyon puisque, avant de se poser la question de la compatibilité de la solution légale au cas qui lui est soumis avec la dimension éthique du Droit, il aurait dû d'abord dégager cette solution avec la plus grande rigueur technique possible sur la forme et sur le fond. Et il est probable qu'à défaut d'argument technique légal, il aurait considéré contraire à l'éthique du Droit l'incrimination des transports effectués par l'intéressé d'Italie en France, alors que l'aide qu'il a apportée aux migrants, d'un côté comme de l'autre de la frontière, était exclusivement fondée sur la solidarité et qu'il ne semblait pas douteux qu'en agissant comme il l'avait fait, il avait sauvé des migrants d'un réel péril. Et ce, en contradiction avec le principe constitutionnel de fraternité si sa portée doit être limitée à l'hexagone. Le *Juge révolté* estimerait sans doute que la recherche de l'équilibre entre la dimension politique et la dimension éthique de la loi ¹⁰⁹⁹ ne saurait justifier qu'on se désintéresse du sort de personnes en danger de mort pour quelque motif que ce soit. Un Juge pour qui le principe de solidarité doit primer sur tout autre principe. Un principe auquel certes, il est fait explicitement référence à l'alinéa 12 du préambule de la Constitution de 1946 qui fait aujourd'hui partie du bloc de constitutionnalité, mais qui demeure conçu et interprété de façon restrictive, puisque ses applications gravitent toujours autour de la notion de « solidarité nationale ». La solidarité qui fonde le Droit (sa dimension éthique) et interdit d'exclure quiconque de son champ d'application, pointe, avec Camus, un certain renouveau de l'humanisme.

¹⁰⁹⁹ Une recherche de conciliation inhérente à la *Théorie du Droit de l'Homme révolté*, qui, en quelque sorte, redouble celle du Conseil constitutionnel, comme on l'a vu à propos de l'affirmation du principe de fraternité mis en balance avec la sauvegarde de l'ordre public.

Commentaire. Il serait contradictoire de prétendre établir d’ores et déjà un catalogue des hypothèses dans lesquelles un *Juge révolté* pourrait être conduit à refuser d’appliquer une loi gravement contraire à l’éthique du Droit, alors qu’il lui appartient en propre de lui donner un contenu précis. Il ne saurait autrement dit être question dans le cadre de cette thèse limitée à la reconnaissance de principe de la nécessité de la dimension éthique du Droit, de définir précisément les domaines d’exercice de son droit de véto ¹¹⁰⁰, de jeter les bases d’une casuistique comme l’ont fait jadis les jésuites en ajoutant l’examen de « cas de conscience » à leurs cours de théologie morale. On peut seulement ouvrir quelques pistes. On a vu, au travers de quelques exemples, qu’un domaine apparaît aujourd’hui particulièrement d’actualité et sensible : celui du droit des étrangers. Un autre domaine d’actualité et sensible est celui de l’écologie, qui sera d’ailleurs sans doute de plus en plus lié au premier avec les réfugiés climatiques (et sans doute économiques) attendus. Le non-respect par les gouvernements de leurs obligations dans ce domaine avec la pollution croissante des terres, des eaux et de l’air qui met en péril la santé collective et l’avenir même de l’humanité, est bien entendu constitutif d’une atteinte majeure à la solidarité. Le domaine plus classique du droit social au sens large, mais qui est toujours et plus encore aujourd’hui d’actualité dans le contexte de son affaiblissement néolibéral (en droit du travail avec notamment la « loi El Khomri » de 2016 et la « loi Pénicaud » de 2017), a évidemment et très directement à voir avec la solidarité. Comment justifier par exemple la mise au chômage sans dédommagement, de salariés victimes d’un « licenciement boursier » ? On peut supposer par exemple qu’un *Juge révolté* refuserait de rendre un jugement sur le fondement de quelque texte que ce soit qui aurait pour effet de priver qui que ce soit des ressources nécessaires à sa sauvegarde physique, morale et/ou mentale (par exemple de condamner une personne et *a fortiori* une famille, à la rue). Le domaine des libertés — on a vu que la liberté est indissociable de la solidarité — est bien entendu lui aussi un domaine permanent de préoccupation ; un regain de préoccupation dans le contexte du terrorisme et de l’état d’urgence permanent afférent, conjoint désormais à l’état d’urgence sanitaire lié à la pandémie du coronavirus.

¹¹⁰⁰ Le mot *véto* qui signifie en latin *je m’oppose*, vise ici strictement le droit que se reconnaît tout *Juge révolté* de ne pas appliquer une loi (au sens large) manifestement et gravement contraire à l’éthique du Droit. Un véto motivé, dont la portée ne saurait dépasser les limites de l’affaire qu’il a à juger. Un véto qui ne saurait autrement dit lier un autre *Juge révolté*, mais dont cet autre *Juge* pourrait parfaitement s’inspirer de la motivation pour opposer le sien dans le cadre d’une voie de recours ou dans une autre espèce.

Paragraphe 3. Une pensée du Droit à inscrire au crédit d'un renouveau de l'humanisme

584. L'humanisme de Camus est ancré dans une conception de l'absurde qui n'est pas une conclusion mais un point de départ.¹¹⁰¹ C'est un humanisme qui, malgré cet ancrage, n'est pas un « humanisme désespéré »¹¹⁰², un humanisme qui serait l'aboutissement d'une réflexion pessimiste sur l'existence humaine et qui déboucherait sur le constat de l'impossibilité de lui donner un sens positif et logiquement, conduirait au suicide celui qui l'a entreprise s'il est conséquent. La conclusion du Mythe de Sisyphe est en effet, au contraire, qu'« il faut imaginer Sisyphe heureux »¹¹⁰³, et, avec *L'Homme révolté*, un Sisyphe solidaire, qui roule son rocher avec les autres. Ce qui est rejeté, c'est la croyance en un sens assigné à l'existence de l'homme par une quelconque transcendance, un sens auquel il devrait se plier, au besoin en interprétant les signes qu'elle voudrait bien lui adresser directement ou indirectement par quelque prophète. Camus qui savait qu'aucune démonstration de l'existence ou de l'inexistence de Dieu, ce qui revient au même, n'est tenable, était sans doute plutôt agnostique qu'athée. Mais la profondeur de son expérience de l'absurde l'avait néanmoins convaincu intimement de l'inexistence de tout arrière-monde et de toute forme d'immortalité. En d'autres termes, l'absurde est, dans sa vision tragique (au sens philosophique) de l'existence humaine, « l'horizon ultime et indépassable de la condition humaine ».¹¹⁰⁴ Mais aussi « La condition d'une existence assumée de manière authentique : l'homme congédiant tout espoir, se doit de faire face lucidement à l'absurde, sans aucune échappatoire »¹¹⁰⁵, sans espoir d'éternité, mais non sans espoir et sans raison de vivre, ici et maintenant avec ses semblables, une vie digne d'intérêt et possiblement heureuse. L'absurde qui est le nom de la fin de non-recevoir opposée à l'appel à l'unité de l'esprit humain, signe le drame d'un être conscient de son irrémédiable finitude, mais capable de comprendre que, de ce constat, découle l'incalculable prix de son existence éphémère.

¹¹⁰¹ « Il est utile de noter (...) que l'absurde, pris jusqu'ici comme conclusion, est considéré dans cet essai comme un point de départ », OC/MS, T.I, p. 219.

¹¹⁰² Selon la formule de Paul Magnette employée à propos de Machiavel, lors d'une conférence diffusée par *lacademie.tv* le 28/11/2019, en partenariat avec le Collège de Belgique et l'Académie royale de Belgique.

¹¹⁰³ OC/MS, T. I, p. 304.

¹¹⁰⁴ Arnaud Corbic, *Camus, L'absurde, la révolte, l'amour*, Les éditions de l'Atelier, 2003, p. 44.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

585. L'homme absurde est en fait placé devant une bifurcation : d'un côté le nihilisme, de l'autre l'humanisme. Le nihilisme chez Camus « viendra au premier plan [avec] L'homme révolté [qui] est essentiellement une tentative pour arriver, comme le dit la dernière section de l'essai, à « [l']au-delà du nihilisme »¹¹⁰⁶ dont son époque particulièrement meurtrière aura été l'expression. Son humanisme est un humanisme contre toute forme de nihilisme. Une conception concordante avec la révolte que Paul Ricœur a qualifiée de « révolte au second degré », une « révolte de la révolte contre sa trahison historique, le nihilisme. »¹¹⁰⁷ Contre le nihilisme auquel risque de conduire la révolte provoquée par « le silence déraisonnable du monde » devant l'appel à l'unité de l'esprit humain¹¹⁰⁸, dans la considération de ce que, puisqu'il n'y a pas de dieu pour dicter une morale accordée à une promesse d'éternité, tout est permis — c'est le nihilisme des *nihili homines* (les hommes du néant) condamnés par Saint Augustin — ; mais aussi contre le nihilisme auquel conduit l'acceptation sans limite et sans correction de la vie telle qu'elle est. Ainsi que l'observe Jean-François Mattéi, « Camus est fasciné, d'un point de vue ontologique et éthique, par le mot terrible d'Ivan Karamazov dans *Les Démons*, le roman de Dostoïevsky qu'il a adapté au théâtre en 1959 sous le titre *Les possédés* : « si Dieu n'existe pas, « tout est permis ». »¹¹⁰⁹ Mais, on le sait, à cette fascination du premier temps de la révolte, succèdera la révélation du « nous sommes », et avec elle, d'une éthique de la solidarité qui a vocation à déterminer tous les aspects de l'existence humaine, dont, de notre point de vue, dans sa dimension sociale, le Droit. Une révélation qui le fera rejeter le nihilisme auquel l'exaltation de la vie (à laquelle Camus lui-même s'est abandonné dans *Noces*) peut conduire dans l'oubli, précisément, de la solidarité.

¹¹⁰⁶ DAC, p. 608.

¹¹⁰⁷ Arnaud Corbic, *op. cit.*, p.112.

¹¹⁰⁸ « Comprendre c'est avant tout unifier. Le désir profond de l'esprit, même dans ses démarches les plus évoluées, rejoint le sentiment inconscient de l'homme devant son univers : il est exigence de familiarité, appétit de clarté. Comprendre le monde pour un homme, c'est le réduire à l'humain, le marquer de son sceau. (...) Si l'homme reconnaissait que l'univers lui aussi peut aimer et souffrir, il serait réconcilié. Si la pensée découvrait dans les miroirs changeants des phénomènes, des relations éternelles qui les puissent résumer et se résumer elles-mêmes en un principe unique, on pourrait parler d'un bonheur de l'esprit (...). Cette nostalgie d'unité, cet appétit d'absolu illustre le mouvement essentiel du drame humain. », OC/MS, T.I, p. 231. Camus, pour son mémoire de DES de philosophie intitulé « *Métaphysique chrétienne et néoplatonisme, Plotin et Saint Augustin* », a choisi un « sujet universitaire dont les tenants et les aboutissants ont (...) de profondes ramifications personnelles et rejoignent un questionnement sourd sur le sens même du monde, de son unité, l'Un (« cette union que souhaitait Plotin », dans *Noces*), DAC, p. 688.

¹¹⁰⁹ Jean-François Mattéi/Aseyn, *op. cit.*, p. 36. Le « tout est permis » est « La conclusion du syllogisme implicite — Dieu interdit les actes mauvais ; or, Dieu n'existe pas ; donc tous les actes, y compris les actes mauvais, sont permis — est irréfutable. » *Ibid.*

586. Ce rejet de Camus, c'est celui des conséquences extrêmes d'une philosophie qui aura été pourtant l'une de ses principales sources d'inspiration : Celle de Nietzsche qui voit dans « le philosophe (...) la conscience la plus haute du nihilisme et son clinicien »¹¹¹⁰, pour qui le nihiliste n'est plus celui qui ne croît pas ou plus en Dieu, mais celui qui, croyant ou non en Dieu, ne croit pas en la vie, sa primauté et sa puissance créatrice. Celui qui la rabaisse, la dévalorise, la « dévitalise », au besoin en l'idéalisant, en lui substituant « des valeurs posées comme infiniment supérieures (...) — Dieu, le Bien, le Vrai, la Pitié, ou même... la Science ». ¹¹¹¹ Celui qui considère que « la vie doit être justifiée par l'idée »¹¹¹², et non l'inverse. Son synonyme, le décadent, étant ainsi « l'être de la raison pure, de la foi dogmatique dans la logique, l'homme de l'impératif moral »¹¹¹³, le contempteur de l'instinct. Il s'agit alors pour le philosophe médecin de renverser la situation, de refaire de la vie, et non plus de l'idée, la force active, et de l'homme, un « surhomme » — celui qui, au-delà du bien et du mal, « exploite la pluralité des instincts (..) la hiérarchise dans une intégration à l'esprit » et, créateur de nouvelles valeurs affirmatives, « impose par sa transfiguration apollinienne la domination de la volonté de puissance ». ¹¹¹⁴

587. Camus qui n'a jamais dissimulé sa dette à l'égard de Nietzsche (dont *le Gai savoir* a été retrouvé dans la Facel Vega disloquée de Michel Gallimard lors de l'accident qui lui a coûté la vie le 4 janvier 1960), avec qui il a en partage d'être un philosophe écrivain au goût « classique », un amoureux de la Grèce présocratique, de préférer l'essai et l'aphorisme à l'exposé systématique et d'être soucieux de rendre justice à la vie, n'est pas pour autant son disciple. S'il s'en inspire, c'est dans les limites qu'impose son exigence propre de mesure. La condamnation de la démesure ne concerne pas en effet que les philosophies de l'Histoire, elle vise aussi la philosophie de Nietzsche. « Il est vrai que la démesure peut être une sainteté, lorsqu'elle se paye de la folie de Nietzsche », note-t-il dans *L'Homme révolté*¹¹¹⁵, mais de cette « sainteté » là, il ne veut en aucun cas pour lui si elle doit conduire — et elle ne peut que conduire —, à « dire oui à ce qui est » inconditionnellement, quand Marx de son côté disait oui

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 609.

¹¹¹¹ Entrée *Nihilisme*, Encyclopédie philosophique universelle, PUF, 1990, T.2, p. 1749.

¹¹¹² *Ibid.*

¹¹¹³ *Ibid.*

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p. 2509.

¹¹¹⁵ DAC, p. 605

« à ce qui devient ». ¹¹¹⁶ Pour Camus, ceci n'est pas plus acceptable que cela. Son humanisme n'est pas un « humanisme dévergondé ». ¹¹¹⁷ Si avec les idéologies des « lendemains qui chantent », aujourd'hui peut-être sacrifié, avec Nietzsche le sacrifice est de principe et donc possiblement de tous les jours puisqu' « Il faut accepter l'inacceptable et se tenir à l'intenable. A partir du moment où l'on reconnaît que le monde ne poursuit aucune fin », il faut « admettre son innocence » et « affirmer qu'il ne relève pas du jugement puisqu'on ne peut le juger sur aucune intention, et de remplacer par conséquent tous les jugements de valeur par un seul oui, une adhésion entière et exaltée à ce monde ». ¹¹¹⁸ Avec toutes les conséquences humaines terrifiantes que la mise en œuvre d'une telle proposition peut engendrer.

588. C'est qu'en effet, « Dire oui à tout suppose qu'on dise oui au meurtre ». (...) Si l'esclave dit oui à tout, il dit oui à l'existence du maître et à sa propre douleur ». ¹¹¹⁹ Il n'y a plus de révolte. L'homme qui « revendiquait son être propre disparaît dans la soumission absolue de l'individu au devenir. *L'amor fati* remplace ce qui était un *odium fati* ». ¹¹²⁰ Et la démesure nietzschéenne peut, elle-aussi, conduire au pire, même si pour lui il n'était question que « du fier consentement de l'âme devant ce qu'elle ne peut éviter. (...) La vie dont il parlait avec crainte et tremblement a été dégradée en une biologie à l'usage domestique » ¹¹²¹ et son « surhomme » qui alliait courage et intelligence, a été dégradé en « Une race de seigneurs incultes ânonnant la volonté de puissance et brandissant la « difformité antisémite » qu'il n'a cessé de mépriser. ¹¹²² À partir du moment où l'assentiment était donné à la totalité de l'expérience humaine, d'autres en effet pouvaient, au prix d'un terrible abâtardissement de sa pensée, s'emparer de sa célébrité et de la « sonorité » guerrière de ses concepts pour en faire des bannières ; ainsi qu'il en a été dans les faits avec l'autre épouvantable totalitarisme que fût le nazisme. Camus pense, comme Nietzsche, que le seul monde en lequel il faut croire est celui où l'on naît et meurt, qu'il n'y a rien à espérer au-delà. Mais il n'adhère pas plus à sa doctrine

¹¹¹⁶ OC/HR, T. III, p. 128

¹¹¹⁷ Une formule employée par C. Lévi-Strauss lors d'un entretien avec Jean-Marie Benoist, pour signifier son rejet d'un humanisme qui conçoit l'homme comme le maître absolu de la création, in *Le Monde* des 21 et 22 janvier 1979, mais cela vaut pour toute conception démesurée de l'humanisme.

¹¹¹⁸ OC/HR, T. III, p. 122.

¹¹¹⁹ OC/HR, T. III, p. 126.

¹¹²⁰ *Ibid.*, p. 123.

¹¹²¹ *Ibid.* p. 124-125.

¹¹²² *Ibid.*

de « l'éternel retour », qu'au nihilisme de « substitution » auquel conduit l'inclusion, dans la dénonciation du nihilisme de celui qui ne croit pas à ce qui est (à la vie), d'un autre nihilisme : le nihilisme de celui qui ne croit pas aux valeurs attachées à la nature humaine. L'humanisme de Camus est un humanisme qui n'est pas au-delà du bien et du mal, c'est un humanisme où le mal n'est pas dépassé, mais affronté pour le bien commun.

589. De ce qui précède, se profile un humanisme pour notre temps. Un humanisme radical puisque « l'homme est sa propre fin (...), sa seule fin », « sans autre avenir que lui-même », « réduit à ses propres moyens »¹¹²³ mais lucide puisqu'il est acquis que l'homme est et demeurera toujours, au moins en partie, « obscur à soi-même »¹¹²⁴, et que s'il peut y avoir « au sein de nos sociétés, accroissement dans l'homme de la notion d'homme »¹¹²⁵, ce progrès ne peut qu'être indéfini et toujours fragile ; un humanisme sans illusion de ce fait même, mais non sans espoir de bonheur, modeste mais sans renoncement ni compromission sur la solidarité comme exigence toujours actuelle, jamais reportable ; un humanisme à hauteur d'homme, mais d'un homme aussi exigeant avec lui-même qu'avec les autres. Arnaud Corbic voit même dans l'œuvre de Camus les « prolégomènes à tout humanisme futur »¹¹²⁶, ce que semble en effet confirmer l'attrait mondial que suscite son œuvre chez tous ceux qui pensent que depuis sa disparition prématurée au milieu du siècle passé, l'histoire lui a donné raison et que cette œuvre peut être mobilisée utilement pour faire face aux menaces qui, au début du siècle suivant, pèsent toujours et encore sur une humanité dont la survie même est désormais compromise. De cet engouement et de l'utilité de cette mobilisation, Jeanyves Guérin fournit dans son dernier livre une très convaincante démonstration¹¹²⁷ ; une démonstration de cet humanisme en rupture avec

¹¹²³ Arnaud Corbic, *op. cit.*, p. 48.

¹¹²⁴ OC/PH, T. IV, p. 910.

¹¹²⁵ OC/HR, T. III, p. 77.

¹¹²⁶ Arnaud Corbic, *op. cit.*, p. 44.

¹¹²⁷ Jeanyves Guérin *Voies et voix de la révolte chez Albert Camus*, édit. Honoré Champion, Paris, 2020. Il suffit de se reporter à sa *Bibliographie camusienne générale* (p. 361 à 377) pour constater que l'œuvre de Camus est l'objet d'études partout dans le monde. Et il est sans doute l'un des auteurs français les plus cités. « les plus grands, Alexandre Soljénitsyne, Octavio Paz, Imre Kertesz, Mario Vargas, Llosa, Nadine Gordimer, Günter Grass, Odysseas Elytis, pour ne citer que ces lauréats du prix Nobel, lui ont rendu raison et hommage. Les lycéens et étudiants du monde entier, de Tokyo à Sao Paulo, apprennent la langue française dans *L'Étranger*. Les écrivains un peu partout, de la Hongrie au Bengale, réécrivent ce roman ou s'en inspirent » Et l'on ne compte plus les colloques, conférences et débats qui lui sont consacrés. Mais son attrait est aussi populaire et il est toujours en France, l'un des auteurs les plus lus. Sur le plan politique « on ne peut qu'être impressionné par la fermeté des analyses, qu'il s'agisse de la distinction entre révolte et révolution, de la critique de l'idéologie allemande, de l'échec de la prophétie marxiste, de l'accapement de l'idée socialiste par des doctrinaires et des bureaucrates » (p. 20), ou encore de la condamnation d'un capitalisme débridé et de la confiscation des richesses par une oligarchie qui échappe à tout contrôle (voir à cet égard p. 29).

une Europe qui, tout en prétendant en avoir été le terreau avec les *Lumières*, « est devenue par son histoire récente le lieu du meurtre et des massacres »¹¹²⁸, mais une Europe qui, avec l'Union Européenne, est cependant au moins parvenue à instaurer sur une grande partie du continent, la paix durable à laquelle tous les hommes de paix, avec lui, aspiraient depuis si longtemps.¹¹²⁹

590. Un humanisme, avec Camus, pour qui rien de ce qui est humain ne doit être ignoré, ni érigé en absolu, et en particulier la liberté qui est au cœur de tout humanisme. Camus pensait, avec Malraux, que « La tragédie de la mort est en ceci qu'elle transforme la vie en destin, qu'à partir d'elle rien ne peut plus être compensé »¹¹³⁰, mais non comme Sartre que l'homme n'est d'abord rien et qu'au terme de son parcours il sera exclusivement « tel qu'il se sera fait »¹¹³¹, exclusivement tel qu'il se sera fait parce que sa liberté est totale. Sans être essentialiste, il croyait, raisonnablement, puisqu'il y a une espèce humaine, en l'existence d'une certaine essence commune, que l'existence ne précède pas l'essence mais qu'elles adviennent ensemble ; que la liberté authentique s'entend de la possibilité ouverte à chaque homme, comme individu et comme socius, de composer avec cette essence sa propre partition. Il pensait que l'homme ne doit jamais oublier les contraintes qui le définissent en tant qu'homme parmi les hommes, Des contraintes qui sont, comme en art, ce qui lui permet de créer, qu'on ne crée pas autrement dit à partir de rien et sans les autres, qu'il ne faut surtout pas céder à l'illusion de « la colombe légère » de Kant qui, « dans son libre vol (...) fend l'air dont elle sent la résistance » mais « pourrait s'imaginer qu'elle réussirait bien mieux encore dans le vide. »¹¹³² L'humanisme de Camus, qui ne peut être dit « classique »¹¹³³ si l'on attache au terme une

¹¹²⁸ DAC, p. 402. Cet humanisme dévoyé qui lui faisait parfois contester d'être un humaniste, mais en s'empressant d'ajouter « Du moins au sens où on l'entend » *Ibid.*

¹¹²⁹ De la construction européenne, Camus n'a connu que le Traité de Rome signé en 1957, mais ses écrits sur la nécessité pour les européens de s'unir sont nombreux et précoces puisque, dès décembre 1944 il l'évoque dans un éditorial de *Combat* et qu'en octobre 1947 il est l'un des rédacteurs et signataires d'un Appel à l'opinion internationale en ce sens. « Au cours de ces années 1947-1948, alors qu'il réfléchit à un nouvel ordre international, Camus comprend, écrit JeanYves Guérin, que la question européenne est désormais centrale. Entre le monde et la nation, se place l'Europe. La France ou l'Europe : le dilemme n'a pas de sens. Le mondialiste déçu devient un pionnier de la construction européenne. À la condition qu'elle soit un processus volontaire et que les peuples y soient partie prenante, elle est une de ces utopies modestes qu'il appelle de ses vœux et une nécessité historique », DAC, p. 297.

¹¹³⁰ André Malraux, *L'Espoir*, édit. Gallimard, colle. NRF, 1937, p. 225.

¹¹³¹ Jean-Paul Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, Gallimard, Folio/essais, 1996, p. 28-29.

¹¹³² E. Kant, *Critique de la raison pure*, intro. 1^{ère} éd., Trad. Tremesaygues et Pacaud, P.U.F., 1950, p. 36.

¹¹³³ Sartre oppose son humanisme existentialiste à un humanisme qu'il qualifie de « « classique (...) qui prend l'homme comme fin et comme valeur supérieure », celui des existentialistes (c'est à dire le sien) se gardant bien

connotation religieuse, que cette religiosité soit assise sur une croyance en Dieu ou sur une divinisation de l'homme à la manière d'Auguste Comte, n'est pas moins que celui de Sartre fondé sur la liberté de l'homme, mais une liberté qui n'est pas érigée en un absolu qui, chez lui, étrangement pour un athée, fait de l'homme un être qui est la cause de lui-même (*causa sui*, cause première, comme Dieu). Une liberté qui, pensée dans la solidarité et donc dans la responsabilité et la réciprocité, ne saurait conduire dans son exercice l'homme authentiquement libre, à nuire à la liberté des autres. Une liberté à défendre contre toutes les formes d'asservissement, de domination. Une liberté dont la défense peut, à la limite, justifier le recours à la violence et même, à l'extrême limite, à l'homicide. La fixation de la limite à la non-violence est, chez Camus, sans doute la plus difficile, la plus douloureuse qu'un homme puisse être amené à se poser, une question qui ne comporte jamais une réponse absolument convaincante et susceptible de lui éviter toute culpabilité.

591. Avec le « passage du singulier au pluriel qui fait l'objet de *L'Homme révolté* »¹¹³⁴, on va ainsi d'une interrogation sur le suicide à une interrogation sur le meurtre, « Non le meurtre passionnel mais le meurtre concerté, réfléchi, le meurtre rationnel, « logique », du tyran, de l'anarchiste, du révolutionnaire, qui soulève la question de sa légitimité politique sans doute, mais au plus profond, éthique. Autrement dit, à la question « Puis-je me tuer ? » succède désormais la question « Puis-je tuer les autres ? »¹¹³⁵ Deux questions auxquelles Camus répond en rejetant avec la même force de conviction le principe du meurtre de soi-même comme du meurtre de l'autre/des autres. Mais il reconnaît qu'il y a des situations où tuer volontairement peut être inévitable pour arrêter le meurtre d'innocents — d'où son engagement dans la résistance — mais, hormis une telle situation qui ne dispense pas celui qui tue d'une certaine culpabilité, une « culpabilité raisonnable » en l'absence de toute prétention sérieuse « à une impossible innocence »¹¹³⁶, il oppose une fin de non-recevoir à toute tentative de justification au crime, à toute légalisation du crime, comme on le voit avec son plaidoyer vibrant contre la

de prendre « jamais l'homme comme fin, car il est toujours à faire » et considérant qu'il n'a « d'autre législateur que lui-même. », Jean-Paul Sartre, *op. cit.*, p. 74 à 76.

¹¹³⁴ Arnaud Corbic, *op. cit.*, p. 81-82. L'Homme révolté s'ouvre sur la distinction entre les « crimes de passion et [les] crimes de logique [que] Le Code pénal (...) distingue, assez commodément, par la préméditation ». OC/HR, T. III, p. 63.

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ OC/HR, T. III, p. 70.

peine de mort.¹¹³⁷ La solidarité humaine est, avec Camus, sans faille. Ce qui justifie sans doute qu'avec Denis Salas on puisse qualifier son humanisme d'intransigeant.¹¹³⁸

592. Un humanisme que l'on peut qualifier aussi de solidaire, avant tout même de solidaire, puisque la solidarité, dans le passage du *je* au *nous* dans le processus de la révolte, se révèle être la première des valeurs, celle que l'on a pu précédemment qualifier de matricielle en ce qu'elle détermine toutes les autres, en ce que sa découverte et sa reconnaissance en tant que telle, est la condition *sine qua non* d'une véritable libération du potentiel humain de chacun et de tous dans tous les domaines. Une véritable libération versus la fausse libération de celui qui fait de sa volonté inconditionnée et illimitée l'alpha et l'oméga de son action. « Si l'homme « sacrifie à cette fausse libération, note Camus, il rompra les liens qui le relie au monde et aux hommes. Et il mourra finalement dans le désespoir. »¹¹³⁹ Au premier acte, Caligula répond à Hélicon qui lui demande quelle est la vérité qu'il a découverte : « Les hommes meurent et ils ne sont pas heureux. »¹¹⁴⁰ Mais sans que cette découverte ne le conduise à réfléchir sur sa propre condition en tant qu'homme, sans que cela ne le détourne de l'exercice sans limites du pouvoir qu'il tient de son statut d'empereur — « Je vis, je tue, j'exerce le pouvoir délirant du destructeur, auprès de quoi celui du créateur paraît une singerie ».¹¹⁴¹ Mais pour, au final, faire ce constat : « Je n'ai pas pris la voie qu'il fallait, je n'aboutis à rien. Ma liberté n'est pas la bonne ».¹¹⁴² Et si elle ne l'est pas, c'est qu'elle s'est exercée, non pas avec les autres, mais contre les autres hommes.¹¹⁴³ « Son erreur est de nier les hommes. Aussi la scène se dépeuple-t-elle rapidement autour du jeune empereur, jusqu'à sa propre destruction ».¹¹⁴⁴ Son erreur est

¹¹³⁷ Albert Camus et Arthur Koestler, *Réflexions sur la peine capitale*, édit. Calman-Lévy, 1957.

¹¹³⁸ C'est Denis Salas qui n'a jamais caché l'admiration qu'il lui porte, qui parle à son propos d'« un humanisme intransigeant », in *Le courage de juger*, édit. Bayard, 2014, p. 114.

¹¹³⁹ Jean-François Mattéi/Aseyn, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁴⁰ OC/CG, T. I, p. 332.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, p. 387.

¹¹⁴² OC/CG, p. 388.

¹¹⁴³ Dans une interview donnée au « Figaro » le 25 septembre 1945, à la question « Selon vous quel est son cas », Camus répond en effet très clairement : « Celui d'un homme que la passion de vivre conduit à la rage de destruction, d'un homme qui par sa fidélité à lui-même, est infidèle à l'homme. Il récuse toutes les valeurs. Mais si sa vérité est de nier les dieux, son erreur est de nier les hommes. Il n'a pas compris qu'on ne peut tout détruire sans se détruire soi-même. Son histoire est celle d'un suicide supérieur. C'est l'histoire de la plus humaine et de la plus tragique des erreurs. Caligula consent à mourir pour avoir compris qu'aucun être ne peut se sauver tout seul et qu'il ne peut être libre contre les autres hommes. » OC/CA, T. I, Appendices, p. 443.

¹¹⁴⁴ Roger Grenier, *Albert Camus, soleil et ombre*, édit. Gallimard folio, 1987, p. 139.

d'avoir tourné la révolte éprouvée à la mort de sa sœur et maîtresse Drusilla que tout empereur qu'il était il n'avait pu empêcher, contre ses semblables, ses sujets ni plus ni moins impuissants que lui devant l'injustice de la condition. Alors qu'il lui fallait tourner cette révolte commune contre les injustices faites aux hommes par les hommes sur lesquelles, seules, ils ont prise, il s'est évertué à faire l'exact contraire. Son erreur, massive, est de ne pas avoir compris qu'il n'y a de salut possible pour l'homme que dans et par l'homme ; un salut qui, à l'instar de celui de Spinoza, ne consiste évidemment pas en une quelconque immortalité, mais dans la possibilité que l'existence humaine ait un sens et qu'elle puisse être heureuse. « La révolte, qui procède de l'absurde, sera à la fois refus de l'injustice et consentement à l'humanité ».¹¹⁴⁵ Une humanité qui ne dépend que d'elle-même et qui, si elle doit être vouée au malheur, ne peut l'être, absurdement, que par elle-même.

593. L'humanisme de Camus n'est pas un humanisme désespéré, c'est un humanisme qui postule un certain bonheur-de-vivre-ensemble, mais un bonheur qui ne saurait être béat, établi, définitif, ignorant du mal qui l'entoure. Un bonheur qui avait été reconnu à Sisyphe qui subissait son sort qui devient, avec *L'Homme révolté*, un bonheur conquis au prix d'un constant effort, d'une constante reconduction de la révolte qui l'a fait naître : la révolte contre l'absurde malheur de ceux qui ne voient pas ou qui ne veulent pas voir la beauté des choses (chantée par le jeune Camus dans *Noces à Tipasa*) et l'amour¹¹⁴⁶ dans toutes ses déclinaisons dont les hommes sont capables ; la révolte contre ce mal sur lequel elle « butte inlassablement (...), à partir duquel il ne lui reste qu'à prendre un nouvel élan »¹¹⁴⁷ car il serait naïf de croire qu'il puisse jamais totalement disparaître.¹¹⁴⁸ L'humanisme de Camus est un humanisme de l'effort et de la persévérance. L'homme doit s'efforcer, inlassablement, de « maîtriser en lui tout ce qui

¹¹⁴⁵ Jean-François Mattéi/Aseyn, *op. cit.*, p. 44. « Comme l'absurde, dont elle est issue, la révolte possède une double nature. Elle dit « non » aux actes d'injustice qui lui sont intolérables, mais elle dit « oui » aux gestes d'amour qui l'attachent aux hommes. », *ibid.*

¹¹⁴⁶ « Ainsi, parti de l'absurde, il n'est pas possible de vivre la révolte sans aboutir en quelque point que ce soit à une expérience de l'amour qui reste à définir. » OC/CA, T. II, p. 1068. Dans *La peste*, Camus écrit : « Rieux savait [...] que ce monde sans amour était comme un monde mort et qu'il vient toujours une heure où on se lasse des prisons, du travail et du courage pour réclamer le visage d'un être et le cœur émerveillé de la tendresse. », DAC, p. 43.

¹¹⁴⁷ OC/HR, T. III, p. 321.

¹¹⁴⁸ « Dans son plus grand effort, l'homme ne peut que se proposer de diminuer arithmétiquement la douleur du monde. (...) l'injustice et la souffrance demeureront et, si limitées soient-elles, elles ne cesseront pas d'être le scandale. (...) ; l'art et la révolte ne mourront qu'avec le dernier homme. » *Ibid.* « Le révolté ne peut donc trouver le repos », *Ibid.*

doit l'être »¹¹⁴⁹ et de « réparer dans la création tout ce qui peut l'être »¹¹⁵⁰, et particulièrement les dégâts humains causés par un défaut récurrent de solidarité. Si l'humanisme de Camus n'est pas désespéré, il n'en est pas moins tragique (au sens philosophique) puisqu'il refuse de faire le « saut dans la foi » qui consiste à tirer argument de l'absurde, à « diviniser l'incompréhensible »¹¹⁵¹ pour, en définitive, l'assortir d'un espoir qui dépasse les limites de l'existence terrestre.¹¹⁵² Pour lui, c'est l'absence de tout espoir en un quelconque « arrière-monde » qui confère au bonheur terrestre tout son prix — un prix inestimable — et qui en interdit tout report, que ce soit dans la perspective d'un paradis céleste ou terrestre.

594. En particulier Camus récuse toutes les philosophies de l'histoire qui justifient le pire aujourd'hui au nom du meilleur pour demain, qui passent en pertes et profits les souffrances des individus subies en chemin, des individus auxquels il est dénié d'être porteurs de valeurs opposables à ceux qui prétendent connaître le sens de l'histoire et ce qu'il faut penser et faire pour que s'accomplisse au plus vite son dessein, mais un dessein que personne jusqu'à ce jour n'a vu s'accomplir. L'histoire se poursuit et valide la sagesse de Camus qui consiste à ne jamais délier les moyens employés de la fin assignée à l'action, et à ne jamais suspendre le cours de la révolte contre l'injustice dans l'attente de la justice promise par la révolution.¹¹⁵³ Camus s'oppose ainsi à des penseurs tels que Maurice Merleau-Ponty qui écrit « [qu'i]l n'y a que des

¹¹⁴⁹ *Ibid.*

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ DAC, p. 216.

¹¹⁵² « Il est singulier (...) que des œuvres d'inspiration parente comme celles de Kafka, Kierkegaard ou Chestov, celles, pour parler bref, des romanciers et philosophes existentiels, tout entières tournées vers l'absurde et ses conséquences, aboutissent en fin de compte à cet immense cri d'espoir. Ils embrassent le Dieu qui les dévore. C'est par l'humilité que l'espoir s'introduit. Car l'absurde de cette existence les assure un peu plus de la réalité surnaturelle. Si le chemin de cette vie aboutit à Dieu, il y a donc une issue. Et la persévérance, l'entêtement avec lesquels Kierkegaard, Chestov et les héros de Kafka répètent leurs itinéraires sont un garant singulier du pouvoir exaltant de cette certitude. » OC/MS, T. III, p. 312-313.

¹¹⁵³ « Par-delà les faillites de l'histoire et malgré les apparences, c'est cette possibilité [« de découvrir dans la révolte même la possibilité d'une sagesse » (p. 106)] qu'il [Camus] va réaffirmer à la fin de *L'Homme révolté*, en revenant à la « noblesse première de la révolte ». Pour Paul Ricoeur trois principes résument cette sagesse chez Camus : le refus de toute philosophie de l'histoire ; le sens modeste des limites ; l'intransigeance quant aux moyens. (...) Il ne s'agit pas (...) de nier l'histoire mais plutôt de s'opposer à ce qu'on l'érige en absolu. Une pensée purement historique se limite à l'apologie du fait. Elle est finalement nihiliste, puisqu'elle accepte le mal de l'histoire et abandonne la protestation de la révolte. Preuve en est pour Camus, le retournement du crime politique contre les révoltés eux-mêmes « dont l'insurrection conteste une histoire désormais divinisée. » Camus récuse les « lois de l'histoire comme guide de l'action et comme justification de la terreur. Camus accepte la contingence radicale de l'histoire, où seul le respect *actuel* de l'individu est porteur de valeurs et a un avenir d'humanisme. Il y a une fin de l'histoire toujours postulée mais toujours repoussée dans l'avenir, et une *fin interne* à l'histoire comme finalité actuelle constamment à rappeler, qui est l'homme ou « la nature humaine » entendue comme valeur. » Arnaud Corbic, *Camus, L'absurde, la révolte, l'amour*, Les édit. de l'Atelier, 2003, p. 107-108.

violences, et la violence révolutionnaire doit être préférée parce qu'elle a un avenir d'humanisme (...) Nous n'avons pas le choix entre la pureté et la violence, mais entre différentes sortes de violences ». ¹¹⁵⁴ Pour lui, la violence révolutionnaire se prive de tout avenir d'humanisme dès lors qu'elle s'affranchit, au présent, au nom d'une vérité prétendument supérieure, du plus élémentaire respect de l'intégrité physique et morale de ceux qui sont censés la contredire.

595. Dans un article de *Combat* de novembre 1948, il écrit à cet égard : « Nous avons vu mentir, avilir, tuer, déporter, torturer, et à chaque fois il n'était pas possible de persuader ceux qui le faisaient de ne pas le faire, parce qu'ils étaient sûrs d'eux et parce qu'on ne persuade pas une abstraction, c'est-à-dire le représentant d'une idéologie ». ¹¹⁵⁵ Pour Camus, il est exclu de faire d'une manière ou d'une autre l'apologie de la violence. A Emmanuel d'Astier de la Vigerie qu'il vise lorsqu'il parle « de ces « grands esprits » qui ont de la violence une conception « confortable » » ¹¹⁵⁶, il écrit : « Même si la violence que vous préconisez était plus progressiste comme disent nos philosophes-spectateurs, je dirais encore qu'il faut la limiter » ¹¹⁵⁷, lui donnant un peu plus tard pour « exemple de la violence légitimée », les goulags soviétiques. L'humanisme de Camus, instruit de l'histoire de son siècle, est un humanisme qui n'est pas promis, qui n'est pas à venir, mais qui est à prouver ici et maintenant.

596. Cet humanisme au présent qui est celui de *L'Homme révolté* — un *humanisme révolté* —, est aussi un humanisme de la mesure. « Pour Camus, la révolte implique d'emblée l'idée de limite. Limite posée à l'oppression par la révolte de l'esclave, mais posée aussi à cette révolte même quand l'esclave, en découvrant que tous les hommes ont part à la même dignité, trouve dans le droit des autres à la révolte les limites de son propre droit. Ainsi, ce n'est pas la liberté totale pour elle-même que revendique la révolte quand elle fait le procès de la liberté totale du maître. Elle est le sens et l'invention de la juste limite. » ¹¹⁵⁸ Camus sait pour l'avoir

¹¹⁵⁴ Maurice Merleau-Ponty, *Humanisme et terreur, Essai sur le problème communiste*, édit. Gallimard, 1^{ère} parution en 1947, seconde en 1980, p. 116-118.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 437.

¹¹⁵⁶ DAC, p. 924.

¹¹⁵⁷ DAC, p. 924.

¹¹⁵⁸ Arnaud Corbic, *op. cit.*, p. 109.

expérimenté et réfléchi, que « La pensée approximative est seule génératrice de réel ». ¹¹⁵⁹, que « La vertu ne peut se séparer du réel sans devenir principe de mal » ¹¹⁶⁰, « qu'il faut une part de réalisme à toute morale : la vertu toute pure est meurtrière ; et qu'il faut une part de morale à tout réalisme : le cynisme est meurtrier. » ¹¹⁶¹ Ce qu'il faut comprendre, c'est que « La mesure n'est pas le contraire de la révolte » mais que « C'est la révolte qui est la mesure, qui l'ordonne, la défend et la recrée à travers l'histoire et ses désordres. » ¹¹⁶² C'est en cela que la révolte, non seulement n'est pas antinomique au Droit, mais lui est au contraire nécessaire.

597. La révolte lui est nécessaire puisqu'elle recèle cette limite sans laquelle le droit déchoit en un pur et simple moyen de domination et donc d'arbitraire ; l'arbitraire qui, lui, est antinomique au Droit. « L'action révoltée authentique, écrit Camus, ne consentira à s'armer que pour des institutions qui limitent la violence, non pour celles qui la codifient » ¹¹⁶³, et la révolte, avec lui, rappelons-le, s'est armée contre la codification de la violence d'État la plus archaïque, contre la pire des atteintes à la solidarité par la loi qui est censée la garantir, puisqu'elle consiste à éliminer purement et simplement de la communauté humaine l'un de ses membres, contre la peine de mort inscrite dans le code pénal jusqu'à la loi du 9 octobre 1981. ¹¹⁶⁴ ¹¹⁶⁵ Une loi dont le bref et dense en humanité article 1 — « La peine de mort est abolie » — marque un considérable progrès de la civilisation. La fin d'un crime légal en tant que tel le plus odieux et le plus élevé dans la hiérarchie des crimes, avatar de la loi du talion qui « est de l'ordre de la nature et de l'instinct » et non « de l'ordre de la loi » qui, « par définition, ne peut obéir aux mêmes règles que la nature ». ¹¹⁶⁶ Le crime d'une société qui « usurpe de surcroît un privilège exorbitant, en prétendant punir une culpabilité toujours relative par un châtement

¹¹⁵⁹ OC/HR, T.III, p. 314.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 315.

¹¹⁶¹ *Ibid.*

¹¹⁶² *Ibid.*, p. 319-320

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 312.

¹¹⁶⁴ Une révolte qui aurait conduit *l'Homme révolté* Juge — le *Juge révolté* —, avant l'abolition de la peine de mort en France, à refuser d'appliquer la loi qui la prévoyait et qui conduirait le même à refuser de l'appliquer si, d'aventure, elle devait être réintroduite à l'occasion de quelque régression, toujours possible, de la civilisation.

¹¹⁶⁵ « Ce procès [celui de la peine de mort] sera, dès l'après-guerre, l'œuvre d'intellectuels au premier rang desquels se place la figure marquante d'Arthur Koestler. Auteur sur cette question de nombreux essais dont l'un, cosigné avec Albert Camus en 1957, connut dans toute l'Europe un grand retentissement, il fut aussi l'âme de la campagne qui amena la Grande-Bretagne à l'abolition définitive en 1969. » Site de l'Assemblée Nationale. L'ouvrage commun visé est *Réflexions sur la peine capitale*, paru en 1957 aux éditions Calman-Lévy.

¹¹⁶⁶ OC/RG, T. IV, p. 143.

définitif et irréparable ». ¹¹⁶⁷ Si un meurtre peut être légal au sens de « prévu par une loi positive », une loi édictée ou maintenue par un pouvoir politique qui dispose de la force nécessaire pour en imposer l'application, il ne saurait pour autant être « juridique » au sens de conforme au Droit, puisque que la loi meurtrière contredit frontalement sa dimension éthique. Ce qui, avec un tel Droit, dessine la conception d'un humanisme en tension.

Commentaire. Avec Camus on peut évoquer un « humanisme non dogmatique, (...) un humanisme critique, conscient de ses limites et par conséquent de la fragilité de ceux qu'il voudrait orienter ». ¹¹⁶⁸ Celui d'un humaniste « Pour qui (...) il n'est sans doute rien de plus inconfortable que l'humanisme » ¹¹⁶⁹, rien de plus difficile à saisir, rien de plus difficile à tenir, mais pour qui aussi il ne fait aucun doute que « la perfectibilité caractérise la nature humaine ». ¹¹⁷⁰ Et donc la perfectibilité de l'humanisme qui en quelque sorte désigne le « mode d'emploi » de cette nature humaine. Un humaniste pour qui il est faux de prétendre que « Le but dernier des sciences humaines n'est pas de constituer l'homme mais de le dissoudre. » ¹¹⁷¹ Toute « science de l'homme » doit au contraire s'efforcer de le révéler à la fois dans toute sa complexité et dans son unité. Un humaniste qui partage, certes, avec tous les « philosophes du soupçon » le constat de « la part d'irréparable obscurité » dans l'homme, mais qui n'en tire nullement pour conséquence qu'il n'y aurait pas de sujet, de liberté et de vérité possibles ; ce que, non sans contradiction, ils affirment en se posant eux-mêmes en sujets libres et énonciateurs de vérités. Camus a disparu, mais son humanisme n'a rien perdu de son actualité. Bien au contraire si l'on en juge par la fréquence des références à son éthique de la solidarité qui en constitue la colonne vertébrale. Un humanisme en résistance féconde aussi bien aux anathèmes plus ou moins datés des antihumanistes qu'aux spéculations des post-humanistes qui postulent le dépassement d'un homme qui en fait n'a pas encore donné toute sa mesure. Des post-humanistes qui ne sont « post » qu'en fonction de la conception médiocre qu'ils ont de l'homme ; de sa méconnaissance. Un humanisme à « hauteur d'homme », qui à la fois vise à son meilleur développement possible et veille à ne jamais dépasser les limites du raisonnable. Un humanisme contre toutes les formes d'hybris, dont l'idéologie quelle qu'elle soit (religieuse,

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 151.

¹¹⁶⁸ Jean-Michel Besnier, *L'Humanisme déchiré*, édit. Descartes & Cie, 1993, p 11.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹¹⁷⁰ *Ibid.* p. 73.

¹¹⁷¹ Claude Lévi-Strauss, *La Pensée sauvage*, édit. Plon, 1983, p. 326.

philosophique, politique, économique, juridique...) est l'une des manifestations majeures.¹¹⁷² Un humanisme contre toutes les réductions, toutes les assignations à une quelconque modernité, anti modernité ou postmodernité, négatrices de la condition et de la nature humaines. Un humanisme qui, avec la révolte solidaire, est en perpétuel mouvement contre toutes les formes de nihilisme, de fatalisme, contre toutes les entraves au progrès de l'Homme en l'homme au sein de la communauté humaine. Un humanisme contre le nihilisme inhérent à la théorie neutraliste/positiviste du Droit.

Conclusion du chapitre et de la seconde partie

598. Penser le Droit avec Camus, c'est penser un Droit équilibré, un Droit inscrit dans la « pensée de midi » abordée à la fin de *L'Homme révolté* ; un Droit qui prend en compte la nécessité de réguler la cité, de lui imprimer un ordre sans lequel elle est vouée à la dissolution, mais aussi de veiller à ce que cette régulation ait pour fondement et pour fin la solidarité. Et non la domination d'un homme ou d'un clan, auquel cas, en fait de Droit, il n'y a sous les discours pour légitimer le pouvoir, rien d'autre que la loi primitive du plus fort. Un Droit dont la conception, pour tenir compte de ces deux impératifs, est duale et nécessite la recherche constante par le Juge à qui il revient de le Dire, d'un équilibre entre sa dimension politique et sa dimension éthique, c'est-à-dire entre un pouvoir politique qui a le monopole de la loi et avec elle l'exclusivité de disposer par voie générale, et un pouvoir judiciaire qui a le monopole, dans le cadre strict de sa saisine, de l'interprétation de l'éthique du droit et de la censure de la loi lorsqu'elle la contredit gravement. Ce dispositif théorico-pratique bidimensionnel et bipoisitif conduit à la conception d'un *Juge révolté* qui ne saurait se substituer au politique sans perdre son identité de Juge, mais qui, avec l'autonomie reconnue au Droit et à son office, se présente comme l'ultime rempart effectif pour les citoyens et justiciables contre les lois qui rompent la solidarité. Ce que font par exemple, comme autant d'abus de pouvoir, les lois qui portent atteinte à la dignité humaine ou entravent injustement la liberté.

¹¹⁷² Dans son essai *L'envers de l'humanisme*, Claude Jannoud écrit : « Qu'est-ce qu'une aberration ? C'est une pensée ou un acte qui contredit ce que l'on croit vrai et juste (...). A ce titre, les guerres mondiales et les autres conflits, les camps de la mort, les génocides, le ralliement des intellectuels humanistes au totalitarisme politique comptent parmi les aberrations les plus voyantes du siècle. », Édit. Seuil, 1997 p. 9. Une aberration que Camus n'a pas commise, lui qui, à la fois, a combattu l'idéologie nazie et fasciste, puis l'idéologie communiste/staliniste après la guerre à un moment où les « compagnons de route » de l'URSS (tels Sartre, par exemple) en étaient encore à nier la nature totalitaire et criminelle. L'humanisme de Camus, peut-être par exception, n'est pas « le cache-misère, le complément et la condition du nihilisme moderne » évoqué par l'auteur précité (p.7).

599. C'est un dispositif alternatif au dispositif neutraliste unidimensionnel et en cela déséquilibré de la conception positiviste dominante, qui reconduit en un certain sens à l'antique représentation de la balance de Thémis dont les plateaux (les deux dimensions) doivent être remplis de telle façon qu'ils s'équilibrent. Un équilibre nécessairement instable et précaire dont la recherche indéfinie n'est autre que celle de la Justice. « Il y a (...) pour l'homme, écrit Camus, une action et une pensée possible au niveau moyen qui est le sien. Toute entreprise plus ambitieuse se révèle contradictoire. L'absolu ne s'atteint ni surtout ne se crée à travers l'histoire. La politique n'est pas la religion, ou alors elle est inquisition. »¹¹⁷³ *Le Juge révolté* qui n'est pas un justicier doit modestement, mais sans compromission, s'efforcer à la mesure qui « n'est pas le contraire de la révolte », mais au contraire ce qui l'ordonne et la défend.¹¹⁷⁴ S'efforcer de trouver la mesure optimale qui n'est pas, qui ne peut donc pas être la justice parfaite. Prétendre qu'avec la possibilité de demander au Juge d'écarter l'application d'une loi inique ou pour le Juge de le décider d'office, préserverait de toute injustice, serait évidemment faire preuve d'une grande naïveté et d'une parfaite incompréhension du propos. Il va de soi en effet que si l'on peut craindre l'arbitraire des politiques, on peut craindre tout autant l'arbitraire des juges. L'adage célèbre « Dieu nous préserve de l'équité des Parlements » peut toujours être légitimement invoqué pour exprimer la crainte d'un abus de pouvoir de leur part puisque leur rigueur éthique est nécessairement tout aussi variable que celle des politiques. Il s'agit seulement de tirer les conséquences du point de vue de l'office du Juge, d'une conception du Droit déliée des entraves d'une théorie qui le confond avec la loi, et ainsi de permettre d'apporter une limite aux abus éventuels des uns ou aux abus éventuels des autres.

600. Ce qui fait évidemment écho à Montesquieu lorsqu'il pose en principe dans *L'Esprit des Lois*, d'une part, que « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites » et, d'autre part, que « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir ». La complète bonne « disposition des choses », de notre point de vue, ne doit pas seulement dépendre d'une décision de constituants, c'est-à-dire d'une décision politique, ou autrement dit du seul droit constitutionnel, mais doit aussi pour ce qui est de la justice, se déduire de l'être même du Droit et de l'office du Juge qui lui correspond. Du Droit tel que le

¹¹⁷³ OC/HR, T. III, p. 320.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 319-320.

conçoivent ceux-là mêmes qui sont la source et l'unique source de la souveraineté, les citoyens d'hier et d'aujourd'hui qui forment le peuple ou la nation et dont le Juge pour le Dire, baptisé *Juge révolté* pour bien marquer son opposition à la soumission intégrale de son office à un statut octroyé par le pouvoir politique, doit sa légitimité propre. Une légitimité qui n'est pas concurrente mais complémentaire à celle du pouvoir politique. Un complément sans lequel l'État de Droit est incomplet pour n'être en fait qu'un « Etat de loi ».

601. Mais il faut le noter, même doté d'une légitimité propre, le *Juge révolté* n'est pas un Juge tout puissant, loin s'en faut. Seul en effet le pouvoir politique détient la force matérielle, physique, nécessaire en dernier ressort pour imposer le respect de ses décisions aux effets, au demeurant, relatifs. Il est en fait un Juge bien plus exposé que son collègue « classique ». Certes, même un « juge non révolté » peut être conduit, parfois avec un certain courage en termes de carrière, à prendre des décisions qui, pour être légales, vont gravement à l'encontre des intérêts d'hommes de pouvoir ou globalement du pouvoir en place lui-même. Mais s'il ne sort pas de la légalité et des interprétations que techniquement elle autorise, il n'encourt aucune responsabilité. Et si ledit pouvoir change la loi à la faveur de circonstances politiques qui lui sont favorables, le même juge s'inclinera. Ce qui ne peut être le cas du *Juge révolté* qui refusera d'appliquer la nouvelle loi si elle contredit frontalement l'éthique du Droit et s'exposera à d'éventuelles mesures de rétorsion, plus ou moins graves selon les circonstances et le régime en place.

602. La figure du *Juge révolté*, à l'image de *L'Homme révolté* de l'essai de 1951, superposable à celle que suggère la biographie de son auteur qui en cela a mené une authentique « vie philosophique », est celle d'un homme indivisible, qui ne saurait penser et agir, tantôt en homme et tantôt en Juge, qui ne saurait laisser son humanité accrochée au vestiaire à la place de la robe qu'il endosse pour se rendre à l'audience. Un Juge opposé aussi bien à la compromission qu'à l'intransigeance idéologique, qui voit dans l'exercice du Droit, l'exercice d'un art comme peut l'être *mutatis mutandis* l'exercice de la médecine. Un art social, en l'occurrence du vivre-ensemble, de la solidarité. Un art de la vie inséparable d'une éthique de la vie dont il est étonnant de constater que la nécessité est si peu éprouvée. Michel Foucault en séjour à l'Université de Berkeley en Californie, à la question abruptement posée par des étudiants : « quel genre de morale pouvons-nous élaborer aujourd'hui ? », avait répondu : « Ce qui m'étonne, c'est le fait que dans notre société l'art est devenu quelque chose qui n'est en rapport qu'avec les objets et non pas avec les individus ou avec la vie (...). Mais la vie de tout

individu ne pourrait-elle pas être une œuvre d'art ? Pourquoi une lampe ou une maison sont-ils des objets d'art et non pas notre vie ? » Autrement dit, « Foucault plaide pour une esthétique de l'existence qui se caractérise par « l'idée selon laquelle la principale œuvre d'art dont il faut se soucier, la zone majeure où l'on doit appliquer des valeurs esthétiques, c'est soi-même, sa propre vie, son existence ». ¹¹⁷⁵

603. Mais l'engagement à faire de sa vie une œuvre d'art ne peut qu'être un engagement total. Il ne peut concerner les seuls rapports à soi-même, intimes, familiaux, privés. Il concerne également les rapports extérieurs, professionnels et politiques. Puisque l'existence humaine est sociale de part en part, que la sociabilité est un fait et non un choix, que la société est présente jusque dans les pensées les plus secrètes au travers d'un langage qui est lui-même d'essence sociale, que l'isolement est autrement dit illusoire, on peut dire que faire de sa vie une œuvre d'art revient à faire de sa vie une œuvre d'art de vivre ensemble. Ce que celui qui s'engage à faire de sa vie une œuvre d'art écrit sur sa « toile », c'est, pour reprendre la métaphore finale de la nouvelle *Jonas ou l'artiste au travail, solidaire et non solitaire* ¹¹⁷⁶ L'engagement est aussi éthique. On est là, s'agissant du juriste, plus loin qu'on ne l'était avec l'intérêt, en termes de connaissance du droit, que présente la fréquentation des œuvres d'art et notamment littéraires, au stade de sa formation initiale comme de sa formation continue. On est dans l'hypothèse d'un juriste et spécialement d'un juge pour qui le Droit et son office — Dire le Droit — ne sont pas neutres pour être des moyens au service d'un art de vivre ensemble aussi solidairement ou autrement dit harmonieusement, que possible.

604. Cette finalité n'est pas complètement ignorée de certains ouvrages de théorie générale du droit, mais sans que cela ne porte jamais, en réalité, à conséquences. Ainsi le professeur Jean-Louis Bergel écrit-il « [qu'e]n dépit des divergences relatives à la définition du droit, on peut admettre que le droit tend à établir un ordre social harmonieux et à régler les rapports sociaux avec le souci d'y promouvoir, à des degrés différents selon les cas, un certain ordre moral, la sécurité juridique ou le progrès social ». ¹¹⁷⁷ Et que « lorsqu'on pose la question

¹¹⁷⁵ M. Foucault, Quarto Gallimard (1994/2001), *À propos de la généalogie de l'éthique : aperçu du travail en cours, Dits et écrits*, n° 326, p. 392 et 402.

¹¹⁷⁶ « Rateau (l'ami de Jonas) regardait la toile, entièrement blanche, au centre de laquelle Jonas avait seulement écrit, en très petits caractères, un mot qu'on pouvait déchiffrer, mais dont on ne savait s'il fallait y lire solitaire ou solidaire ». OC/ER, T. IV, p. 83

¹¹⁷⁷ Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édit., 2012, p. 6.

habituelle de savoir si le droit est une science ou un art, tout le monde finit par convenir que c'est un art consistant à améliorer les rapports sociaux en formulant des règles justes et en les appliquant de manière équitable ». ¹¹⁷⁸ Autrement dit, « Qu'il ne s'agit (...) ni de réduire le droit à un modèle purement scientifique indifférent aux valeurs morales, politiques et sociales, ni de se borner à n'y voir que des jugements de valeur qui se substitueraient à toute autre forme d'explication. » ¹¹⁷⁹ Il s'agit pour le juriste « [d'] envisager les diverses solutions possibles, avec leurs enjeux et leurs conséquences probables » ¹¹⁸⁰, de « faire un choix entre elles et, pour ce faire, en définitive, [de] prendre parti. » ¹¹⁸¹ Étant entendu « [qu'u]n problème peut se poser à des juristes en termes convergents et les conduire à des solutions divergentes car face à des arguments sérieux qui militent en des sens différents mais s'équilibrent à peu près, ils ne peuvent s'abstraire de présupposés idéologiques, voire métaphysiques. Il s'ensuit que la théorie générale du droit doit ouvrir des perspectives globales qui n'ignorent ni les considérations objectives, ni les alternatives idéologiques et embrasser tout un éventail de démarches et d'options possibles, sans exclusive a priori, mais sans s'interdire des choix ». ¹¹⁸²

605 De telles assertions semblent congruentes à notre propre conception du Droit. Mais il ne faut pas se tromper sur leur portée. Elles ne tendent en effet nullement vers la reconnaissance au profit du juge d'un Droit à refuser, même dans des conditions et limites strictement définies, l'application de dispositions du droit positif au sens courant sur le fondement d'une axiologie propre au Droit qu'elles contrediraient gravement. Ce qui est reconnu au juge dans les théories générales du droit quelles qu'elles soient, ce n'est rien d'autre que l'évidence d'un certain investissement subjectif de sa fonction par le juge dans les hypothèses où le droit en vigueur ne fournit pas une réponse unique à la question posée par une affaire ou lui offre, par exemple dans une affaire pénale ¹¹⁸³ avec le principe de l'individualisation des peines (L.132-1 du code pénal) et le jeu des circonstances atténuantes, la possibilité de descendre, avec une certaine amplitude de choix, au-dessous de la peine

¹¹⁷⁸ Jean-Louis Bergel, *op. cit.*, p. 7.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

¹¹⁸¹ *Ibid.*

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ Sans qu'il soit utile ici de distinguer entre les peines correctionnelles et les peines criminelles.

maximale fixée par le législateur (L. 132-19). En ayant certes aujourd'hui l'obligation de motiver sa décision (L 132-19-1), mais il va de soi pour le praticien que si la personnalité du prévenu a son importance, la personnalité du juge n'est pas non plus négligeable et qu'il est toujours possible à ce dernier, de motiver dans les termes du droit une décision qui trouve au moins en partie son explication dans ses convictions personnelles, morales, politiques, religieuses ou philosophiques.

606. En réalité, penser le Droit avec Camus conduit à une conception plus rigoureuse de la fonction de juger que celle des juges neutralistes qui, au prétexte de s'interdire de porter un quelconque jugement de valeur sur les lois qu'ils ont à appliquer, s'approprient en fait, plus ou moins naïvement ou hypocritement, cet inévitable jugement de valeur dans les affaires qui présentent un important enjeu humain. Un jugement qui, dans notre perspective, n'est pas celui de l'individu sous le juge, mais du juge sur le fondement d'une axiologie qui est celle même du Droit : sa dimension éthique et en un certain sens esthétique comme art de vivre ensemble, tel que cela résulte de l'analyse de la normativité du Droit, phénomène et concept. Un Droit qu'il revient au juge, et à lui seul, de Dire. À tout juge, mais sans que cela n'interdise à la communauté des juges de rechercher à unifier leur interprétation de l'axiologie du Droit ou, autrement dit, à élaborer une jurisprudence axiologique du Droit juridictionnel. Ce qui conduit donc effectivement à une conception plus rigoureuse de la fonction de juger, puisque, aux lieu et place de la subjectivité du juge par nature aléatoire dissimulée sous une motivation pseudo juridique, se substitue une motivation articulée sur une interprétation explicite de l'axiologie du Droit. Le jugement comporte alors un premier raisonnement aussi objectif que possible en droit politique qui conduit à telle solution, et un second raisonnement, lui-même aussi objectif que possible, qui conduit éventuellement au refus de cette solution si elle s'avère en contradiction flagrante avec le Droit Juridictionnel.

607. Cette conception, malgré ses apparences révolutionnaires pour un positiviste, est bien plus mesurée et réaliste que la sienne. Une conception qui, loin de l'abstraction d'un impossible neutralisme qui en fait ignore la spécificité du Droit, prend en compte tout ce qui fait cette spécificité. Il est en effet entendu que l'homme est un animal politique, que ses intérêts sont multiples et souvent divergents de ceux des autres, que la société ne peut tenir debout sans un pouvoir politique détenteur d'une force suffisante pour imposer une certaine unité à la cité. On ne peut ni ne doit, en d'autres termes, ignorer que le droit est d'abord un instrument d'ordre au service d'un indispensable pouvoir politique. Pour libertaire qu'elle soit en son fond, la

pensée de Camus n'est pas une pensée de l'anarchie. Mais on ne peut non plus réduire le Droit à cette exigence d'ordre. De la même façon qu'il ne saurait y avoir pour Camus d'art pour l'art, il ne saurait y avoir de droit pour le droit. Comme s'il fallait obéir au droit exclusivement parce que c'est le droit, ce qui revient en fait, d'une part, à justifier l'obéissance inconditionnelle à n'importe quel pouvoir politique aussi inique et inhumain soit-il, parce que, détenant la force, il détient l'arme de la loi et, d'autre part, à prôner la servilité volontaire de laquelle La Boétie il y a bientôt cinq siècles, invitait déjà à se déprendre.

608. De la même façon que l'art ne saurait être séparé de la vie, le Droit ne saurait être séparé de ce qui donne sens à l'existence en tant qu'existence humaine sociale. De la même façon que l'art ne se sépare de personne et permet de vivre au niveau de tous, que sa vocation est de rassembler, de parler du et pour le plus grand nombre, de favoriser la communication totale entre les hommes, le Droit ne saurait avoir d'autre fin que d'assurer la solidarité de tous avec tous, sans par conséquent jamais installer, conforter et pérenniser au sein de la cité, des hiérarchies, des discriminations, des inégalités qui la rompt gravement. De la même façon que l'art ne saurait refuser et rejeter la liberté, le Droit ne saurait la réprimer, la brimer et la supprimer. Sa vocation étant au contraire de la protéger, de faire barrage à tout et à tous ceux qui prétendent l'entraver, d'en favoriser l'expression. Le *Juge révolté*, le Juge qui conçoit et met en œuvre un tel Droit, est aussi un Juge artiste. Un Juge dont l'engagement est total (on ne peut, répétons-le, faire de sa vie une œuvre d'art et en exclure tel ou tel aspect, par exemple professionnel). Un Juge qui reconnaît avec la dimension éthique du Droit fondée sur la valeur première, matricielle, de la solidarité, sa finalité esthétique au sens d'une forme de beauté dans les relations humaines. Le sentiment du beau n'est pas exclusivement éprouvé devant une œuvre d'art au sens traditionnel, il l'est aussi à propos d'actes humains et de relations humaines dans tous les registres possibles — celui de l'amitié et de l'amour évidemment, mais aussi social, politique et autres. Si la liberté pour Camus qui n'est pas existentialiste, n'est pas seulement contrainte par la situation au sens de Sartre, mais également par une nature humaine qui est à découvrir et approfondir, il n'en demeure pas moins que l'existence humaine, indissociablement individuelle et sociale, est pour une large part une création ; une création dans laquelle le Juge dont la fonction sociale consiste à Dire le Droit, a sa part.

609. Un Juge qui ne peut, comme l'artiste décrit par Camus, refuser la réalité, c'est-à-dire la loi telle qu'elle lui est livrée par le politique, mais qui doit veiller, sous l'espèce du Droit, à « lui donner une justification plus haute », à ce qu'elle « ne se sépare de personne », se

maintienne « au niveau de tous » et favorise « la communication entre les hommes ». Un Juge qui refuse donc de donner inconditionnellement son consentement à la loi, dans l'unique souci de maintenir autant qu'il est possible en équilibre les dimensions politique et éthique du Droit. Un équilibre au lieu et place de la domination par les passions à laquelle des lois sans limite éthique peuvent toujours mener. Des passions trop souvent « tristes » dont la haine, le rejet ou l'instrumentalisation de l'autre, le nihilisme, le cynisme, sont les plus courantes. Des passions laides qui conduisent inmanquablement à la catastrophe. Un équilibre en constante tension, sans vain espoir d'une résolution définitive ou autrement dit sans vain espoir de pouvoir jamais parvenir à une société parfaitement et définitivement solidaire, apaisée et harmonieuse. Une société que seuls peuvent concevoir de doux et moins doux rêveurs, des idéologues, des concepteurs et entrepreneurs de paradis sur terre, dont on sait quelles ont été jusqu'à présent les réalisations concrètes, comment de leurs utopies enthousiasmantes sont nées d'effrayantes dystopies.

Conclusion générale

610. La thèse développée ci-dessus repose, au fond, sur le constat que depuis la Révolution de 1789 il n'y a pas ou il n'y a plus de Droit. Que les politiques et les juristes à leur suite ont mis le Droit sous le boisseau.¹¹⁸⁴ Qu'il n'y a plus que de la politique. Que le « droit », tel qu'ils le conçoivent, n'est rien d'autre que la volonté politique mise en normes. Que « dire le droit », pour les juges, en l'absence de toute appréciation sur les valeurs dont cette volonté est l'expression, ce n'est rien d'autre que dire cette volonté avec une marge de manœuvre variable, mais toujours dépendante de la politique (cf. la métaphore du yo-yo). Et il s'est agi, à partir de ce constat, de proposer la conception alternative d'un Droit et d'un Juge pour le Dire, dotés de l'autonomie nécessaire pour apporter une limite juridique éthique à l'éventuelle indignité et dangerosité de la loi ; une limite que rendent urgente les nombreux périls aujourd'hui encourus par l'humanité.¹¹⁸⁵ Mais pour conclure plus modestement et sans revenir inutilement sur les tenants et aboutissants du dispositif proposé à cette fin, on se limitera à quelques observations relatives au climat politique et social tendu qui règne actuellement en France en raison de l'incapacité ou du refus (pour des raisons idéologiques) des élites politiques, de répondre à la demande populaire¹¹⁸⁶, de plus en plus pressante dans tous les domaines, de

¹¹⁸⁴ Il s'agit simplement ici de rappeler que les Parlements d'Ancien régime ne s'en tenaient pas à la loi du monarque ; qu'ils l'estimaient soumise à une éthique supérieure, en l'occurrence divine. Ce qui ne veut pas dire que c'était mieux avant qu'après la Révolution ce qui n'aurait à peu près aucun sens (de surcroît dans le cadre d'une réflexion sur le Droit menée à partir d'une philosophie de l'absurde). On sait de quels abus les Parlements se sont rendus coupables. Mais il demeure qu'en intégrant dans le droit applicable une dimension éthique propre au Droit et à l'office du Juge, on peut considérer qu'ils étaient, dans le principe et dans le principe seulement, plus proches de la réalité structurelle du Droit que ne l'ont été leurs successeurs.

¹¹⁸⁵ Ces différents périls déjà mentionnés, n'obéissent pas à des mécanismes nécessairement nouveaux, mais ils sont d'une ampleur inédite et croissante depuis la seconde moitié du siècle précédent et l'invention de la possibilité d'une destruction nucléaire planétaire : le péril climatique/écologique à l'heure de l'anthropocène ; le péril que fait encourir à la paix intérieure et internationale en lien avec un néolibéralisme sans limites, des inégalités de plus en plus insupportables ; le péril que fait encourir à l'essence même de l'homme une technoscience débridée (par exemple avec le transhumanisme) ; le péril que fait encourir à la justice comme valeur la digitalisation de la justice comme institution ; le péril pour la/les liberté(s) que fait encourir le développement du terrorisme et le développement corrélatif des politiques sécuritaires ; etc. Des périls qui concernent tous les hommes auxquels il est certain qu'aucune réponse ne sera donnée à la bonne hauteur spontanément par les politiques, sans une multitude d'aiguillons, venant de la société civile, mais aussi de différents acteurs de l'Etat. Dans un pays démocratique, l'administration jouit en principe d'une certaine indépendance des pouvoirs politiques qui se succèdent, pour assurer la continuité de l'Etat. Or il n'est pas nécessairement angélique de penser que dans cette administration se dessine un courant qui considère qu'il faut aujourd'hui viser à la préservation, non seulement de l'intégrité de l'Etat, mais avec elle, de l'intégrité et de la continuité de la vie et de l'humain sur la planète. Et comment ne pas penser au premier chef à cet égard à l'institution judiciaire, à la limite juridique qu'elle pourrait apporter à l'application de lois qui vont dans le sens d'une aggravation majeure des périls en question ?

¹¹⁸⁶ Il n'est pas indifférent de noter que les juges rendent la justice au nom du peuple français qui selon la Constitution de la cinquième République (article 3) est à la source de la souveraineté et au principe du gouvernement : le « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » (article 2). Ce qui devrait inciter ceux qui se réclament encore de la République à ne pas trop hâtivement dévaloriser en les taxant péjorativement

justice. Une demande de justice en tant que valeur à laquelle, dans notre perspective, ne saurait être indifférente la justice en tant qu'institution puisqu'il lui est accordé, avec la reconnaissance de l'autonomie du Droit et de l'office du Juge, une certaine forme de représentativité à côté de celle, de plus en plus contestée, du personnel politique.¹¹⁸⁷ Une situation qui appelle la refondation du Droit proposée dans la présente thèse (I) et avec elle, la conception d'une politique juridictionnelle distincte de toute autre forme de politique relative à l'office du Juge (II).

I. Refondation du Droit et crise de la représentation

611. Il est de bon ton pour les politiques de tous bords de proclamer *ubi et orbi* dans les cercles privés, les réunions publiques et sur les multiples antennes de radio ou plateaux de télévision, que la démocratie est en crise. Une crise le plus souvent identifiée comme « crise de la représentation ». De la représentation politique s'entend, car il ne vient à l'esprit de personne (ou presque) qu'il pourrait y avoir, à côté de la représentation politique, une représentation juridique. Sur le plan politique, les élites auxquelles il est reproché de plus se préoccuper entre deux mandats de leur réélection que de l'intérêt général, ne sont pas pour autant les derniers à s'en émouvoir, mais sans accorder leurs actes à leurs promesses réitérées de changement. Les recettes proposées pour combler les lacunes de la démocratie représentative sont devenues « classiques ». Il est ainsi souvent question sous le terme à géométrie variable de « démocratie participative », d'extension du droit de vote et de sa fréquence, de référendums d'initiative populaire via la signature de pétitions, de concertations sous forme de débats à différents niveaux, de consultations de toutes sortes d'associations, de comités, de conseils, d'autorités dites indépendantes, d'experts, de « think tanks », etc. Ce qui, malgré quelques réformes et initiatives telles que le *référendum d'initiative partagée* introduit par la réforme

de « populistes » des mouvements dits populaires parce qu'ils sont initiés et conduits spontanément par des gens majoritairement modestes quand ils ne sont pas en situation de grande précarité ; comme c'est le cas avec le mouvement dit des « gilets jaunes » qui, indéniablement, est le symptôme d'un malaise profond au sein de la population auquel il serait dangereux pour la démocratie de ne pas répondre positivement et en profondeur ; de répondre par la répression et/ou par des mesures qui donnent l'impression d'une certaine écoute, mais qui en réalité ne sont prises que pour favoriser « le retour au calme » et à situation antérieure.

¹¹⁸⁷ Parfois au sommet même, élu par une minorité. Ainsi lors de la dernière élection du président de la République, Emmanuel Macron a été élu par seulement 44% des inscrits, avec le taux d'abstentions le plus élevé depuis 1969 (25,4% des inscrits). Etant entendu de surcroît, d'une part, que 4 millions d'électeurs ont glissé un bulletin blanc ou nul dans l'urne ce qui constitue un record absolu sous la V^e République et, d'autre part, que selon un sondage Ipsos/Sopra Steria pour France Télévisions, 43% de ses électeurs disent avoir voté pour lui avant tout afin de barrer la route à Marine Le Pen. Où l'on voit déjà là, la relativité de la représentativité politique fondée sur l'élection : une représentativité dont la force est moins démocratique que juridique. Si la légitimité juridique du président est incontestable, il n'en va pas de même de sa légitimité démocratique/politique.

constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 ¹¹⁸⁸, ou encore la *Convention citoyenne pour le climat* ¹¹⁸⁹ n'a pas, jusqu'à présent, permis de renverser la défiance à l'égard d'une classe politique, toutes tendances confondues, soupçonnée de ne pas sincèrement vouloir, après les élections, rendre des comptes et écouter les doléances de ses mandants.

612. Pour qu'il en soit autrement, il conviendrait sans doute de s'atteler sincèrement et en prenant le temps nécessaire à une véritable refondation de la démocratie représentative et de l'État de Droit, dès lors qu'il est admis par tous que la démocratie directe n'est pas envisageable dans un grand pays, même à l'heure d'internet, eu égard à la multiplicité des questions posées à tout gouvernement dans une actualité galopante, à leur complexité croissante à l'heure de la globalisation et au raccourcissement constant des temps de réponse. Il s'agirait de redéfinir notamment les valeurs fondatrices de la société qu'il s'agit pour le personnel politique de représenter, les modalités de sélection des candidats aux élections, d'élaboration de leurs programmes, de financement des élections, et de scrutin. De telle façon que les électeurs puissent exercer un véritable choix et un véritable contrôle du respect, dans toute la mesure du possible (les écarts devant être justifiés), des engagements. Ce qui ne pourrait se faire sans aborder la question institutionnelle de la distribution des pouvoirs au sein de l'Etat afin d'éviter leur concentration, aujourd'hui pratiquement entre les mains d'un seul ¹¹⁹⁰; ce qui n'est évidemment pas pour rien dans les difficultés rencontrées. Il faudrait engager une réflexion sur

¹¹⁸⁸ La modification de l'article 11 de la Constitution a consisté en l'introduction d'un référendum d'initiative parlementaire soutenu par des citoyens. Sa mise en œuvre est très difficile et sa portée est limitée. Notamment : une proposition de loi signée par un cinquième des parlementaires (185 députés et/ou sénateurs), relative exclusivement aux domaines mentionnés à l'article 11, qui ne doit pas avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an, dont la conformité est vérifiée par le Conseil constitutionnel, signée à la suite par 10% du corps électoral (soit 4, 7 millions de citoyens). Aucune tentative d'application (ainsi sur le rétablissement de l'impôt de solidarité ou sur la privatisation des aéroports de Paris) n'a pu aboutir.

¹¹⁸⁹ Décidée par le président de la République, composée de 150 citoyens tirés au sort et assistés par des experts, dans le but officiel de formuler des propositions concrètes en faveur de l'environnement et de la transition écologique. Elle a œuvré d'octobre 2019 à Juin 2020 et fait 149 propositions, dont un nombre de plus en plus important ont été écartées et dont aucune pour l'heure n'a été concrétisée. Avec le risque en fait, d'un accroissement de la défiance (comme on l'a vu à propos de la réutilisation très récente des néonicotinoïdes sous l'impulsion des producteurs de la filière de betteraves après son interdiction en 2018).

¹¹⁹⁰ Il y a bien eu quelques propositions allant jusqu'à un pur et simple changement de Constitution afin de réintroduire un peu d'horizontalité et de partage du pouvoir. Mais sans succès. D'une part, en raison de ce que ceux qui le prônaient ont échoué aux élections bien que cela allait dans le sens de la recherche d'une meilleure représentativité du peuple — les intéressés étant d'ailleurs volontiers taxés de « populistes » par leurs adversaires dont certains se disaient pourtant favorables à une meilleure représentativité, mais qui néanmoins sont toujours prompts à agiter le spectre du régime des partis de la IV^{ème} république. D'autre part, en raison de ce que la plupart des aspirants au pouvoir suprême n'ont pas véritablement envie de voir ce pouvoir amoindri et même lorsqu'ils ont pu en critiquer la concentration, s'en accommodent sans difficulté.

la répartition et l'équilibre des pouvoirs au nombre desquels devrait être comptée l'institution judiciaire, même si son affirmation en tant que pouvoir ne dépend pas fondamentalement, selon nous, de sa prise en compte dans le dispositif constitutionnel, mais des juges eux-mêmes.

613. On peut fortement douter de l'émergence dans l'establishment politique, d'une authentique volonté de combler le déficit démocratique criant actuel en ouvrant un véritable débat sur toutes ces questions, et que l'on puisse parvenir, en tout cas à court ou moyen terme, à leur apporter des solutions satisfaisantes.¹¹⁹¹ Autrement dit, il est probable qu'en l'absence d'un véritable bouleversement politique que l'on ne peut que souhaiter pacifique, l'éloignement du peuple des décisions qui engagent son avenir et la concentration verticale du pouvoir persisteront. Qu'aucune solution n'est à attendre d'une classe politique dont les membres professionnels, soit sont aux affaires et entendent bien s'y maintenir sans prendre le risque d'une remise en cause de leurs prérogatives, soit ne le sont pas mais aspirent à y accéder et s'ils y parviennent, se satisferont à leur tour de la situation, nonobstant leurs éventuelles critiques antérieures de la monarchie républicaine. Ce qui veut dire qu'il faut aller rechercher ailleurs que dans la « politosphère », une possible limitation à l'omnipotence d'un pouvoir détaché de sa base populaire. Un ailleurs du pouvoir politique qui ne soit pas pour autant un ailleurs de l'État et de la démocratie, mais au contraire l'un de ses éléments constitutifs. Ce qu'est l'institution judiciaire. Il n'y a pas d'État sans justice, mais la justice n'est pas, ne doit pas être, pour être une véritable justice, un faux nez du pouvoir politique comme le sont les appareils judiciaires des dictatures. Ce que n'est évidemment pas la justice dans les pays démocratiques comme la France, mais sans être non plus une justice aboutie dès lors qu'elle est mise au service exclusif de la loi. Passer de ce service unique de la loi au service d'un Droit qui comporte une limite éthique à son application, c'est ce qui est proposé ici avec une refondation du Droit indépendante de l'évolution politique et institutionnelle hypothétiquement envisagée ci-dessus.

¹¹⁹¹ On peut d'autant plus douter de la volonté des politiques de faire ce qu'il faut pour parvenir à l'établissement d'une démocratie qui respecte en son principe, même par l'intermédiaire de représentants, la volonté du peuple que, selon Francis Dupuis-Deri, professeur de science politique à l'Université du Québec, « Aux yeux de l'élite politique et intellectuelle, un tel régime est une aberration ou une catastrophe politique, économique et morale, puisque le peuple serait par nature irrationnel. S'il n'est pas contrôlé par une puissance supérieure, le peuple entraînera la société dans le chaos et la violence, pour finalement instaurer une tyrannie des pauvres ». Et l'auteur de démontrer que cette idée est présente chez les « pères fondateurs » de la démocratie moderne aux États-Unis et en France » (p. 9) lors de la Révolution, « que les élites ont toujours depuis cherché à détourner à leur avantage le sens de « démocratie » pour consolider leur légitimité aux yeux du peuple et accroître leur capacité de mobilisation et donc de pouvoir » (p. 12), sans pour autant penser autrement ; et que les hommes de pouvoir toutes tendances confondues, ont toujours estimé qu'ils faisaient partie d'une aristocratie, d'une « élite » seule capable de conduire censément les affaires du pays : Francis Dupuis-Deri, *Démocratie, histoire politique d'un mot aux États-Unis et en France*, édit. Lux, 2019.

Une refondation qui ferait du Juge, si elle avait lieu, un protecteur de la solidarité dont le manque est au cœur même de la protestation populaire en question. Un protecteur nécessairement contraint, puisque le dispositif du Droit envisagé intègre la loi avec laquelle il doit composer, mais dont l'existence ne serait pas pour autant négligeable.

614. Si l'on peut fortement douter de la volonté et de la capacité des politiques à refonder le pacte social, on peut tout autant douter, et peut-être plus encore, de la volonté et de la capacité des juges nourris au neutralisme et cependant entretenus depuis quelques décennies dans l'illusion d'un certain affranchissement du pouvoir politique, à franchir le pas décisif que constituerait le refus d'application d'une loi qui porterait atteinte gravement à la solidarité qui est au principe à la fois de l'aspiration populaire légitime à plus de justice et de la dimension éthique du Droit. On peut douter de leur capacité à affirmer par-là l'existence d'un pouvoir propre, purement juridique, inhérent conjointement au Droit et à leur office, sans lequel il ne peut y avoir d'État de Droit et de démocratie véritables. Et ce, il faut le rappeler car c'est essentiel, même si, par impossible le pouvoir politique décidait un jour d'aller au-delà de l'indépendance statutaire traditionnellement consentie à la magistrature (au siège et ce qui serait plus extraordinaire encore, au parquet) en l'érigeant, à l'occasion d'une réforme constitutionnelle, au rang d'un véritable pouvoir doté d'une réelle autonomie, aux côtés du président de la République, du gouvernement et du Parlement. Car cela ne changerait rien au fait que cet exhaussement serait le résultat d'une décision politique, réalisé au moyen d'un acte politique et dont la pérennité demeurerait une affaire politique. Alors qu'il s'agit pour les juges, avec la conception développée dans cette thèse, d'affirmer, avec leur autonomie, l'existence d'une autre source de légitimité normative que celle fondée sur l'élection ; et d'une limite à l'application de la loi lorsque, en rompant gravement la solidarité qui est aussi au principe de son pouvoir en démocratie, le législateur (au sens large) outre passe son mandat.

615. Mais si l'on a de bonnes raisons de douter de la possibilité d'une telle évolution, on peut aussi considérer qu'il n'y a pas moins dans la magistrature d'*hommes révoltés* par les injustices majeures dont ils sont les témoins, que dans n'importe quel autre corps professionnel, susceptibles de briser les « murs absurdes » dont parle Camus dans *Le mythe de Sisyphe*, et de reconsidérer leur place et donc leur rôle dans la société. Les magistrats ne peuvent qu'apporter une réponse partielle à l'impuissance éprouvée par les citoyens devant les injustices de la loi puisqu'ils ne peuvent ni l'annuler ni disposer par voie générale. Mais en refusant d'appliquer une loi manifestement inique et en atténuant ainsi ces injustices, en s'affirmant non comme les

représentants du pouvoir en place mais comme les représentants du peuple au nom duquel ils rendent leurs jugements, ils peuvent peser d'un poids pratique direct ou indirect (suppression ou infléchissement de la loi) qui peut être en effet non négligeable ; et d'un poids symbolique et de confiance qui peut être considérable. Sans que le pouvoir politique puisse supprimer leur pouvoir puisqu'ils ne le tiennent pas de lui. Un pouvoir qui pourrait bien entendu envisager des sanctions de toutes sortes, mais avec le risque de se mettre à dos une opinion favorable à des Juges qui apparaîtraient libérés de sa domination, en accord avec l'idée que se fait le peuple d'un véritable Juge. Et le risque aussi de se mettre à dos la magistrature elle-même si le processus d'autonomisation parvenait à gagner l'ensemble du corps. Un corps qui, alors, disposerait d'une véritable stratégie de résistance et d'une véritable politique juridictionnelle.

II. Refondation du Droit et politique juridictionnelle

616. Pour que la limite éthique posée à l'application de la loi ne soit pas elle-même une source de désordre, il faut que sa définition soit l'objet d'une réflexion corporative (et non corporatiste). Ce qui suppose bien entendu que se développe au sein de la magistrature un courant favorable à notre conception alternative, suffisamment significatif, et partant, une véritable jurisprudence juridictionnelle, distincte de la jurisprudence légale, composée de l'ensemble des différentes décisions de refus d'application de la loi au nom du Droit. Un ensemble qui, pour ne pas être anarchique, appelle la définition d'une politique juridictionnelle qui n'est pas, qui ne serait pas si elle voyait le jour, sans rapport avec le « moyen de régulation de la réalisation judiciaire du droit »¹¹⁹² évoqué sous l'appellation de « politique jurisprudentielle » par Guy Canivet et Nicolas Molfessis. Laquelle trouve son origine, selon eux, dans le constat de l'importance du rôle de la jurisprudence et particulièrement de celle de la Haute cour qui conduit à envisager qu'elle définisse elle-même « une ligne directrice et donc inspiratrice du juge »¹¹⁹³ à partir d'une prise en compte des « effets sociaux que ses décisions pourraient provoquer ».¹¹⁹⁴ Une ligne en fait « politique » et non une simple analyse de la jurisprudence rendue ou ce que l'on désigne par la « doctrine » de la Cour de cassation, c'est-à-dire ce qu'elle a décidé sur un premier pourvoi ; une « ligne politique » propre, distincte de

¹¹⁹² Guy Canivet ancien Premier président de la Cour de cassation et Nicolas Molfessis, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), *La politique jurisprudentielle*, texte en ligne sur le site de la Cour de cassation (en format PDF), Citation de Bruno Oppetit, p. 1.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 1.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*,

la « politique judiciaire » du gouvernement, de ses orientations en matière de justice, sans cependant exclure tout lien entre ces différents aspects de la « vie » du Droit. Une politique jurisprudentielle qui « veut être le souffle qui guide la jurisprudence »¹¹⁹⁵ sur la voie de l'adaptation aux « nécessités sociales nouvelles »¹¹⁹⁶, l'instituteur « [d']un principe de réalisme social »¹¹⁹⁷, un moyen donc, de lutte contre une certaine déconnexion des tribunaux de la société comme elle va. Ce qui « implique le plus souvent une création prétorienne »¹¹⁹⁸ et revient ainsi à « poser en postulat l'aptitude du juge à agir sur des situations sociales comme l'entend normalement le législateur ». ¹¹⁹⁹

617. Ce qui n'est évidemment pas sans soulever d'importantes questions en ce qui concerne l'articulation entre le judiciaire et le politique avec, en toile de fond historique mais toujours présent dans l'esprit des politiques, le spectre du « gouvernement des juges ». Les auteurs de l'article s'efforcent de démontrer que le conflit n'est pas inéluctable puisque « La politique jurisprudentielle peut conforter, prolonger, suppléer harmonieusement à la politique législative »¹²⁰⁰, et qu'en son absence on est confronté au risque, bien souvent avéré, d'une jurisprudence « décousue »¹²⁰¹, « en dents de scie »¹²⁰², ou « d'espèce »¹²⁰³, c'est –à-dire « sans dogme ni préjugé (...) à l'opposé de la politique jurisprudentielle, qui appelle le contrôle et donc la position de droit ». ¹²⁰⁴ Les mêmes appellent de leurs vœux, pour remédier efficacement et rationnellement à cette situation, une véritable « construction des politiques jurisprudentielles »¹²⁰⁵, en distinguant une phase « [d'] élaboration »¹²⁰⁶ puis de « diffusion »¹²⁰⁷. Le propos est « d'en comprendre les ressorts, les facteurs comme les obstacles »¹²⁰⁸ avant

¹¹⁹⁵ Guy Canivet et Nicolas Molfessis, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 4.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 4.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ *Ibid.*, p. 6.

¹²⁰² *Ibid.*, p. 7.

¹²⁰³ *Ibid.*

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ *Ibid.* p. 10.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 10 à 13.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, p. 13 à 14.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, p.10.

de se tourner vers ses destinataires dans l'idée qu'« Une politique jurisprudentielle n'existe que si elle est reçue et admise ». ¹²⁰⁹ Toutes choses qui, relatives à la politique jurisprudentielle, ne sont pas en effet sans rapport avec la notion de politique juridictionnelle puisqu'il s'agit, dans l'un et l'autre cas, d'une « politique » émanant de juges, mais qui cependant s'en distinguent profondément.

618. Alors que la politique jurisprudentielle, malgré les efforts intellectuels de ses concepteurs pour démontrer le contraire, est et demeure ambiguë, qu'elle flirte avec la/le politique, qu'elle ne sort pas franchement du « système du yoyo », la politique juridictionnelle, elle, tranche en faveur d'une séparation claire du politique et du juridique. Si la proposition d'un Droit qui comporte deux dimensions — l'une politique à laquelle correspond l'expression normative de la volonté politique et l'autre éthique à laquelle correspond l'interprétation par le Juge des valeurs inhérentes au Droit et à son office —, n'est pas révolutionnaire, elle n'en est pas moins en effet radicale. On l'a vu, elle rompt en ce qui concerne la dimension éthique du Droit, avec la subordination du Juge au pouvoir politique. Elle confère au Juge, sur ce plan, une légitimité propre ou en d'autres termes, un pouvoir propre. Elle implique l'existence de deux ordres de positivité clairement distingués — une positivité légale et une positivité juridictionnelle — qui correspondent à deux jurisprudences elles-mêmes clairement distinguées : une jurisprudence légale, correspondant à la jurisprudence au sens « classique » et une jurisprudence qui correspond à l'ensemble des cas de refus d'application de la loi au nom du Droit (bidimensionnel). Nombreux sont les juges (surtout situés au sommet de la pyramide) et les membres de la doctrine qui refusent de voir dans le juge qu'un applicateur de la loi et en cela un fonctionnaire parmi les autres et qui font valoir que sous couvert d'interprétation, il supplée à l'occasion ou régulièrement selon les plus enthousiastes, l'imprécision, le silence et l'inadaptation, de la loi ; qu'il est autrement dit une source de droit directe ou indirecte selon les opinions.

620. Mais sans entrer dans un débat aussi nourri que stérile à cet égard, il suffit de remarquer que le juge, dans la conception dominante que les auteurs précités ne semblent pas remettre en cause, tient tout son « pouvoir » de la loi, du statut qui lui est octroyé par le pouvoir politique qui peut à tout moment le modifier s'il en a les moyens politiques — la question

¹²⁰⁹ Guy Canivet et Nicolas Molfessis, *op. cit.*, p. 13.

n'étant que politique. Alors que dans la théorie dissidente proposée, le juge tient son pouvoir de sa fonction même, par délégation du corps politique source unique de la légitimité. Une légitimité et une représentation alors, doubles : politique et juridique, entre lesquelles un équilibre doit être recherché. Une théorie qui permet de sortir des embarras inhérents à toute tentative d'affranchissement du Juge de la tutelle du pouvoir politique sans lui reconnaître une légitimité distincte, chaque représentant du corps politique par délégation d'un des deux attributs de la légitimité, devant s'efforcer de maintenir un certain équilibre avec l'autre représentant de l'autre attribut de cette même légitimité. Un équilibre toujours précaire, toujours plus ou moins instable, en tension, qui appelle une réflexion de chaque représentant et, si possible, une concertation. Cette réflexion et cette concertation signent l'existence d'un complet État de Droit dans une démocratie aboutie, aussi solidaire que possible. Du côté des juges, la réflexion relative à l'harmonisation des critères du refus d'application de la loi au nom du Droit s'entend idéalement, du rassemblement de tous les juges en dehors de toute notion de hiérarchie, puisque le pouvoir juridictionnel est inhérent à la fonction juridictionnelle elle-même, au sein d'une organisation plus ou moins formelle à définir.

ANNEXES

Présentation des annexes

Annexe 1 : Une ébauche de modélisation du dispositif du DHR N° 621

Il s'agit dans cette première annexe de rendre visible, d'un simple coup d'œil, les principales conséquences au plan conceptuel de la reconnaissance au *Juge révolté* d'un véritable pouvoir. Avec le rappel en quinze points des idées directrices qui sous-tendent cette ébauche visuelle de modélisation de la *théorie du Droit de l'Homme révolté* (théorie du DHR) ; un rappel en forme de résumé de la thèse logiquement plus complet que celui fourni en introduction.

Annexe 2. Théorie du DHR, juspositivisme et jusnaturalisme N° 637

De notre point de vue la question première, fondamentale, que doit se poser un juriste, la question à laquelle est consacrée la thèse, est celle de la limite éthique que le Juge peut ou non opposer à l'application de la loi. Une question à laquelle il est répondu par la négative par l'immense majorité si ce n'est la totalité, des juristes, dont la conception du droit, au-delà de toutes sortes de divergences théoriques secondaires, peut être rattachée au courant juspositiviste. Une question à laquelle la pensée du Droit avec Camus conduit au contraire à répondre par l'affirmative. Mais sans pour autant rejeter totalement la conception neutraliste dominante, qui demeure pertinente dans le cadre limité de la dimension politique du Droit. Il est dès lors utile, en marge des développements de la thèse consacrés à sa dimension éthique, de fournir quelques explications complémentaires sur les rapports de la théorie du DHR avec le juspositivisme. De la même façon, si la thèse revendique d'être une thèse de droit positif (au sens courant) et non une thèse de philosophie du droit, il n'en demeure pas moins qu'elle introduit, contre le scientisme positiviste, une assise métaphysique qu'il est là aussi éclairant de situer dans le courant jusnaturaliste. Avec un second schéma pour représenter dans le système alternatif proposé, la double ascendance, juspositiviste et jusnaturaliste, de notre théorie.

Annexe 3. Théorie du DHR, normativité et force normative N° 669

Bien que le terme de *normativité* ne soit pas bien fixé, il est entré dans le champ lexical actuel du droit, et dans une certaine acception où il a trait à ce qui caractérise le droit au-delà de sa simple définition classique par la sanction, il a rapport avec notre thèse dont le propos est, précisément, de le caractériser, au-delà du critère de la sanction (critère cantonné dans notre théorie, à la dimension politique du droit) par sa dimension éthique. Le même intérêt à rapprocher notre théorie de la notion de normativité, existe avec la notion de *force normative*, elle aussi d'actualité. Un intérêt à la condition de ne pas y voir un simple synonyme de la force obligatoire liée à la sanction, même si cet aspect basique a évidemment son importance, et d'étendre sa signification à tout ce qui favorise une application volontaire efficace de la norme. Par exemple : le prestige, le capital de confiance dont jouissent ceux qui la produisent, la conviction chez les citoyens qu'elle est censée, qu'elle est légitime, qu'elle est juste, etc. Toutes choses qui y ont évidemment à voir avec la dimension éthique du Droit.

Annexe 4. Théorie du DHR et Théorie de la justice N° 685

Sans le lancer inutilement dans une recension des multiples conceptions de la justice, il peut être intéressant de situer celle que constitue à sa manière la théorie du Droit inspirée de Camus fondée sur la solidarité, par rapport, notamment, à la *théorie de la justice* de John Rawls, le penseur de *la justice comme équité*.

Annexe 5. La révolte au nom du Droit, versus la rébellion contre la loi N° 701

La théorie du DHR conteste, en l'absence d'autonomie réelle du droit et de l'office du juge, la réalité de l'émancipation des juges du pouvoir politique qui fait aujourd'hui l'objet d'une abondante littérature. Elle considère que la possibilité et la pérennité de leurs initiatives, de leurs créations, et *a fortiori* de leurs rébellions, dépendent toujours en réalité exclusivement des circonstances politiques. Que le pouvoir politique qui a voulu ou dû pour des raisons politiques « laisser faire » les juges peut toujours, s'il le veut et si la situation politique le permet, reprendre la bride. Il s'agit ici d'insister sur ce qui différencie profondément le Juge qui n'est pas simplement indépendant, mais autonome — le *Juge révolté* —, du *juge rebelle*.

ANNEXE 1 : Une ébauche de modélisation du dispositif du DHR

I. Rappel en quinze points des idées directrices qui la sous-tendent

621. La question « qu'est-ce que le Droit ? » ou « qu'est-ce qui fait qu'une norme est ou n'est pas du droit ? », ou encore « qu'est-ce qui caractérise le droit comme système normatif distinct de tout autre système normatif ? », n'appartient pas, en marge du droit positif au sens classique du droit applicable au besoin sous la contrainte de la force publique (L'État), à la philosophie du droit. Ou du moins n'appartient pas en propre à la philosophie du droit. Contrairement à ce que croient la plupart des juristes, il y a au fondement de la matière qu'ils mettent en œuvre au quotidien, un choix ontologique. Un choix qui pour être d'ordre métaphysique n'est pas pour autant sans conséquences pratiques. Bien au contraire. S'agissant du droit français, le choix ontologique qui a été fait depuis la Révolution de 1789, en allant à l'essentiel, est celui d'un droit comme pure et simple expression de la volonté politique. Une volonté à laquelle il est donné diverses justifications selon les circonstances et les régimes politiques parmi lesquelles mais le plus souvent aujourd'hui, l'élection. Mais quel que soit le mode de légitimation du pouvoir en place, ce qui importe du point de vue de la théorie du droit, c'est que le droit n'a pas d'autre source que politique, que le droit ne soit rien d'autre que la forme normative de l'action politique.

622. Un tel choix revient ainsi à refuser au droit toute existence singulière, propre. Ce qu'on désigne par « droit », c'est la règle (et l'ensemble des règles) que le pouvoir politique est en mesure de pouvoir imposer aux membres de la cité. Et c'est aussi refuser au juge tout pouvoir propre. Ce que « dit » le juge ce n'est rien d'autre que de la politique, mais sur laquelle il lui est interdit de porter un quelconque jugement de valeur. Les valeurs sont l'affaire des politiques et exclusivement des politiques. Le droit en est pétri, mais le juge n'a quant à lui rien à en dire. En aucun cas le juge n'a à juger la loi. Quoi qu'il en pense, il doit l'appliquer ; même si elle heurte ses valeurs morales ou éthiques les plus essentielles. Tout ce que peuvent faire le professeur, le savant, voire éventuellement le juge s'il participe à la doctrine, sauf à faire de la politique, c'est émettre des critiques techniques sur la rédaction de la loi, sa cohérence interne et par rapport au système global, ou sa capacité à remplir les objectifs que lui a fixés le législateur au sens large. Le juge doit veiller au respect du principe de la neutralité axiologique du droit qui est en fait bien plutôt celui de sa propre neutralité axiologique. Sa fonction est soumise de part en part à la loi.

623. C'est la loi ou autrement dit le pouvoir politique qui organise sa fonction, définit son statut et fixe les limites de son indépendance. Une indépendance qui n'est donc pas une autonomie (du Grec *autos* : soi-même et *nomos* : loi, règle) puisque le juge ne la tient pas du Droit et de son office même, mais du pouvoir politique. Une indépendance qui est donc hétéronomique et dépendante des circonstances politiques. Dans cette configuration, le juge n'est qu'un fonctionnaire parmi les autres. Il est aux ordres. L'apparat dont est entourée sa fonction ne doit pas faire illusion. Aucun pouvoir ne peut, sans « avouer » la subordination du droit et du juge à sa volonté sans autre limite que la sienne ou en tout cas sans autre limite que politique, se passer totalement d'un appareil judiciaire, avec bien entendu de grandes

différences entre les pays dirigés par des dictateurs et les démocraties quand elles ne sont pas que de façade et qu'elles ne se réduisent pas à des élections périodiques entre lesquelles les élus (souvent sans choix véritable) estiment avoir le champ libre (les « démocraties »).

624. Penser le Droit avec Camus conduit à faire un choix métaphysique dans une certaine mesure opposé à celui que font les théoriciens du droit qui reprennent à leur compte le principe de la neutralité axiologique du Droit, c'est-à-dire, sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les nuances de leurs doctrines, les positivistes ; lesquels dissimulent leur choix métaphysique derrière une conception pseudo-scientifique de l'objet « droit ». Dans leur désir d'être assimilés à des scientifiques des « sciences dures », ils ont conçu un objet sur mesure, pour les besoins de leur projet et/ou de leur croyance. Cette conception étant déclarée immaculée, exempte de tout présupposé métaphysique et cet objet étant garanti net de toute valeur. De surchargée en valeurs au moment politique de sa fabrication, la loi parvenue sur le bureau de justice n'est plus qu'un outil dont le juge doit se servir avec le plus grand professionnalisme possible, c'est-à-dire avec le moins d'interférences personnelles possible. Le juge doit être un technicien accompli auquel on ne demande pas pour prendre ses décisions dans les affaires qui lui sont soumises, d'adhérer ou non aux valeurs qui sous-tendent la loi. Il doit au contraire l'appliquer en refoulant au besoin ses scrupules dans l'arrière-cour de sa conscience. Or une telle conception est ruineuse pour le droit. Elle fait obstacle à sa compréhension et à l'instauration d'un véritable Etat de Droit au lieu et place de l'actuel « Etat de loi ». Elle repose sur une conception dépassée des sciences dites « dures » qui pour être telles, n'en sont pas moins des sciences par et pour des hommes (comportant elles-aussi une dimension métaphysique) ; et elle néglige le fait que, de surcroît, les objets de ces sciences ne sont pas comparables à ceux des sciences dites « humaines » et particulièrement au droit qui n'a d'existence qu'en pensée, d'autre consistance que langagière, qui est dépourvu de toute « extériorité » (non bien entendu du point de vue de ses effets).

625. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne puisse être un objet de science au sens d'un objet justiciable d'un discours rationnel et objectif. En effet, contrairement à ce que croient les positivistes, l'exclusion des valeurs n'est nullement la condition sine qua non d'une approche scientifique du droit. Il n'est pas vrai que toutes les valeurs se valent, qu'elles sont vouées à une stérile « guerre des dieux ». Il est certain qu'il serait vain d'espérer pouvoir jamais trouver un accord complet et définitif de tous sur les valeurs, mais cela ne fait pas pour autant obstacle à cet égard à la recherche d'un progrès. Un progrès auquel sont soumises toutes les sciences, qu'elles soient de la nature ou humaines. Il n'y a pas de point final à la connaissance, pas de connaissance absolue. Il y a par exemple la physique de Newton, puis la physique d'Einstein et celle de Planck, dans l'attente d'une théorie qui concilie et dépasse la physique de l'infiniment grand et celle de l'infiniment petit, avec inévitablement si l'évènement doit se produire, le surgissement immédiat de nouvelles questions. L'autre choix métaphysique auquel conduit la pensée du Droit avec Camus, c'est celui de relier la question du Droit à la question de l'existence.

626. Le neutralisme a pour effet de déconnecter le droit (et le juge pour le dire) de son sens existentiel. L'existence humaine qui est une existence sociale de bout en bout, est normée

par les hommes à défaut de l'être, en tout cas seulement, par des mécanismes inconscients, involontaires, attribuables en quelque manière à la génétique de l'espèce. Dès lors, à défaut de déterminations instinctuelles souveraines, la normativité sociale humaine à moins d'être chaotique — ce qui est contradictoire —, ne peut qu'être conçue en rapport avec le sens que les hommes attribuent ou reconnaissent à leur existence. Les « hommes » en question n'étant pas ceux qui sont à la poursuite de la satisfaction de leurs seuls désirs et intérêts personnels et qui, disposant momentanément de la force, y soumettent la cité entière, mais les hommes préoccupés de donner un sens commun et spécifiquement humain à leur existence sociale. Lequel ne peut que structurer le système normatif qui a pour fonction de l'organiser. Le fait que l'on se situe sur un strict plan d'immanence, étant bien entendu présupposé. Dans le cas contraire, le Droit étant l'apanage de la transcendance, recueilli et au besoin interprété par des prêtres, comme ce fût le cas selon la Bible avec les Tables de la Loi descendues du Mont Sinaï par Moïse, n'est pas en soi une question. La connexion de la question du Droit à la question du sens de l'existence humaine — la question du sens de l'existence humaine qui est la question posée dans toute sa radicalité dès l'incipit du Mythe de Sisyphe —, est la première décision métaphysique de celui qui éprouve la nécessité de rejeter le neutralisme positiviste, de rejeter avec lui la conception théorique et pratique dominante chez les politiques comme chez les juristes, qu'elle soit ou non philosophiquement étayée. Une nécessité qui trouve sa justification émotionnelle dans le rejet de tout l'être, de l'homme dont l'humanité n'a pas été totalement obérée par le fanatisme religieux, l'idéologie meurtrière, les perversions de toutes sortes qui sont à l'origine de tous les grands massacres de l'histoire, dont le crime contre l'humanité et le génocide sont les noms modernes les plus terrifiants.

627. Dès lors que l'on estime impossible, sans renoncer à son état, à sa qualité et à sa dignité d'homme, d'admettre que le droit qui est une création par des hommes pour des hommes, puisse organiser, commander, ou même simplement tolérer, de telles ignominies, on ne peut que considérer prouvée par l'absurde la nécessité du rejet du neutralisme. Et donc bien fondé d'introduire dans la compréhension du concept de Droit une dimension éthique. Un concept alors différencié de celui de loi. Avec pour conséquence directe d'anéantir l'argument du juge censé dire le Droit qui ayant appliqué (sans sourciller ou en tout cas sans se révolter) des lois ignobles, fait valoir que sa fonction est d'appliquer aussi scrupuleusement que possible les lois sans avoir jamais, professionnellement, à se préoccuper de leurs motifs et de leurs conséquences. Un argument humainement intolérable mais qui était et demeure parfaitement logique dans le cadre d'une conception du droit qui ne reconnaît aucune limite éthique à la loi.

628. Mais une telle perspective ne peut que susciter aujourd'hui comme hier, bien plus qu'une simple crainte, un rejet massif quasi-instinctif tant des politiques que des juristes. Celui des politiques, toujours prompts à voir dans le moindre frémissement d'affranchissement des juges de leur allégeance « naturelle », les prémises d'un prochain « gouvernement des juges » ou *a minima* l'émergence d'un troisième pouvoir selon le schéma tripartite classique qui n'a jamais en réalité été mis en application et auquel a plutôt lourdement tendance à se substituer actuellement une concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul, la présidentialisation du régime rendant sans doute encore plus difficile à concevoir l'autonomisation de la justice. Le rejet des juristes aussi et au premier chef des juges habitués

à l'obéissance nonobstant quelques protestations, quelques mouvements du corps judiciaire circonstanciels et plus ou moins velléitaires, à l'exception peut-être de ceux du Syndicat de la Magistrature dans l'après 68, trouve sans doute d'abord sa cause dans la conviction inculquée à l'université et confortée dans les écoles professionnelles qu'il n'y a pas d'alternative au neutralisme. Ou plutôt qu'il n'y a pas même de question. Qu'il va de soi que le droit ne peut avoir d'autre légitimité que politique, que seuls les élus représentent le peuple souverain, que les juges n'ont aucune légitimité propre et ne peuvent donc représenter ce dernier. Que penser que les juges pourraient avoir une légitimité propre à dire un droit qui ne serait pas exclusivement celui posé par le législateur (au sens large) selon les lois posées par lui-même, c'est ouvrir la porte à la subversion, l'arbitraire et le désordre, alors que la fonction première du droit est l'ordre ; c'est-à-dire celui défini par le pouvoir en place. C'est autrement dit se placer hors la loi et donc s'exposer aux sanctions de la loi.

629. Penser le Droit avec Camus, c'est penser que pour le Juge se placer hors la loi lorsque la loi est humainement inacceptable, c'est au contraire se placer dans le Droit, c'est faire œuvre de Droit. C'est affirmer simultanément l'existence propre du Droit et l'existence propre du Juge — d'un Droit qui ne peut pas, sans contradiction, être inhumain, et d'un Juge qui ne peut pas sans se perdre en tant qu'homme et en tant que juge, n'être qu'un simple exécutant d'un pouvoir politique inhumain. C'est restituer au Droit sa dignité et au Juge son honneur. L'honneur qui « est l'un des dix mots par lesquels Camus avait voulu définir son œuvre. »¹²¹⁰ Une notion qui n'a aucun rapport chez lui avec l'origine sociale, la lignée, comme c'est le cas par exemple avec un auteur comme Corneille, pour ne viser que la qualité, la dignité personnelle, d'un personnage fictif ou réel. Il considérait comme Bernanos qu'il admirait, que l'honneur est « une valeur qui fait corps avec la justice et la liberté ». ¹²¹¹ Une notion qui « est l'antonyme du réalisme politique »¹²¹² ou du « réalisme juridique » qui n'en est qu'un avatar. Un honneur qui s'exprime dans et par la révolte devant l'humainement inacceptable. Une révolte dans l'intérêt du Droit qui vise à la préservation, la protection, de la finalité humaine de l'ordre social. Une révolte qui en ce qu'elle est le fait du Juge est singulière, mais qui cependant rejoint celle de « l'esclave rebelle [qui] affirme qu'il y a quelque chose en lui qui n'accepte pas la manière dont son maître le traite. »¹²¹³ Il s'agit en effet pour le Juge qui ne cesse pas d'être un homme pendant qu'il exerce son office, d'affirmer qu'il ne saurait accepter la manière dont le traite le pouvoir politique lorsque ce dernier porte précisément atteinte avec ses lois à la dignité humaine. Dans les deux cas, c'est l'homme au-delà de l'individu, qui prend le dessus sur le statut d'esclave ou de juge.¹²¹⁴

¹²¹⁰ DAC, p. 395.

¹²¹¹ *Ibid.*

¹²¹² *Ibid.*

¹²¹³ OC/HR, T. III, p. 80.

¹²¹⁴ OC/HR, T. III, p. 80.

630. Une révolte en fait d'autant plus justifiée, d'autant plus impérative, de la part du Juge, qu'il est l'autorité vers laquelle tout homme nié dans sa dignité d'homme est enclin à se tourner pour demander que cette dignité lui soit reconnue. Le même homme ne pouvant que désespérer s'il constate qu'en réalité le juge dont il attend alors tout, n'est en fait qu'un simple agent parmi les autres, du pouvoir maltraitant. Ce désespoir, c'est celui d'un homme qui constate que s'il y a de la loi, il n'y a pas de Droit. Un constat qui, ainsi qu'on l'a noté précédemment, est à l'origine du développement historique, sous l'appellation de Droit en Occident et particulièrement en France, d'une conception de la normativité sociale en opposition à toute forme d'arbitraire, dont les grandes déclarations sont une expression, mais une expression par une voie — celle de la loi quel qu'en soit le niveau —, qui n'est pas nécessairement unique ; l'autre voie possible, dont la reconnaissance est de notre point de vue la condition *sine qua non* de l'accession de la cité au Droit, étant celle du Juge. L'histoire et, si l'on considère que la révolte spontanée de l'homme confronté à l'injustice est une donnée universelle, constitutive de l'être humain (de l'être-humain), l'anthropologie rejoint la démarche métaphysique qui conduit chez Camus de la révolte solitaire à la révolte solidaire.

631. La solidarité, avec Camus, est fondée sur le mouvement de révolte. L'homme qui dans la solitude de sa conscience fait l'expérience de l'absurdité de la condition humaine sans pour autant estimer que la vie ne vaut pas d'être vécue, peut être tenté de considérer que tout lui est permis puisqu'il n'y a aucune loi d'aucun dieu qui s'impose à lui, aucun jugement dernier à craindre susceptible de compromettre la poursuite de son existence au-delà de la mort. Et penser en particulier qu'aucune raison d'ordre moral ne saurait lui être opposée s'il lui faut, pour poursuivre la satisfaction sans limites de ses désirs et intérêts personnels, enfreindre les lois humaines qui y font obstacle ; ou s'il le peut, substituer ses propres lois à celles que ses semblables prétendaient lui imposer sans avoir, en tant que tels, un titre supérieur à lui à légiférer. Il peut vouloir autrement dit se faire dictateur. Mais si le même homme tenté par le cynisme ou le nihilisme, n'interrompt pas là le mouvement de révolte, s'il se laisse porter plus loin par lui, il ne tarde pas à réaliser plusieurs choses. En premier lieu, que l'absence de sens préétabli à sa présence dans l'univers, que l'indifférence de ce dernier à cette présence, ne signifient nullement que son existence soit vouée au non-sens, mais seulement qu'en tant qu'homme pour qui seul dans le monde connu l'existence est en soi une question, il est le seul à pouvoir lui donner une réponse. A pouvoir et devoir lui donner une réponse pour que son existence ne soit pas absurde dans un monde absurde, mais sensée dans un monde qui n'est insensé ou plutôt qui n'était insensé que parce qu'il était resté muet à son appel à l'unité. En second lieu, puisque sa révolte n'est pas celle d'une personne donnée mais potentiellement celle de tout homme, que c'est au niveau de la communauté humaine et donc de la nature humaine, que doit être posée la question du sens de son existence ; du sens de son existence en commun.¹²¹⁵ Avec pour conséquence s'agissant du Droit — d'un Droit accordé à ce sens commun —, que tout ne peut être permis à la loi. En troisième lieu, et comme en réaction au premier temps

¹²¹⁵ « Dans l'expérience absurde, la souffrance est individuelle. A partir du mouvement de révolte, elle a conscience d'être collective, elle est l'aventure de tous. Le premier progrès d'un esprit saisi d'étrangeté est donc de reconnaître qu'il partage cette étrangeté avec tous les hommes et que la réalité humaine, dans sa totalité, souffre de cette distance par rapport à soi et au monde. », OC/HR, T. III, p. 79.

autocentré et négatif du mouvement de révolte, c'est à un véritable renversement de situation que le conduit son second temps. Alors qu'il se croyait isolé par/dans sa révolte, il s'avère qu'en réalité elle le tire de sa solitude, elle devient le « lieu commun qui fonde sur tous les hommes la première valeur »¹²¹⁶ : la solidarité ; la valeur matricielle dont toutes les autres dépendent, en laquelle elles prennent sens, loin de laquelle elles se perdent.

632. Désormais, plus rien d'humain ne peut plus être étranger à *l'homme révolté*.¹²¹⁷ Il est engagé à l'égard de tous. Il ne peut plus être question dans sa relation à l'autre de domination, mais au contraire d'entraide, de responsabilité. Et s'il est juriste, et à plus forte raison juge, il ne peut plus admettre une conception du droit qui exclut de sa définition la prise en compte de la solidarité, avec des conséquences extrêmes comme on l'a vu dans la première partie, lorsque cela conduit à exclure une partie de l'humanité de la communauté humaine. Des conséquences qui le plus souvent sont heureusement moindres, mais qui n'en doivent pas moins conduire le Juge à refuser l'application d'une loi qui manque clairement à la solidarité et en cela s'inscrit, dans le principe, dans un même processus d'exclusion. Sans perdre cependant de vue l'exigence de mesure inhérente à la fonction de juger. La mesure requise dans l'application d'un principe de solidarité qu'une conception trop absolue ou à l'inverse trop laxiste, ou autrement dit sans limites d'un côté comme de l'autre, rendrait liberticide en contradiction avec son essence même.¹²¹⁸ Une mesure en quête d'équilibre. D'équilibre en tension.

633. La révolte est le révélateur de la solidarité mais elle n'est pas que cela. Sa fonction n'est pas épuisée par cette révélation. C'est sous l'aiguillon constant de la révolte que la solidarité peut se maintenir et se développer. En un certain sens, on peut dire que la solidarité est une création permanente de la révolte. Mais on peut dire aussi que la révolte et la solidarité sont interdépendantes. Que la révolte dévie de son objectif — la solidarité — et elle ne tarde pas à perdre son « âme » : « toute révolte qui s'autorise à nier ou à détruire cette solidarité perd du même coup le nom de révolte et coïncide en réalité avec un consentement meurtrier. »¹²¹⁹ Que la solidarité se coupe de sa source vive — la révolte — et elle ne tarde pas à s'effiloche, se désagrèger. *L'Homme révolté* doit donc se garder de céder à la tentation révolutionnaire¹²²⁰

¹²¹⁶ *Ibid.*

¹²¹⁷ « *Homo sum : humani nihil a me alienum puto* » : « Je suis homme, et rien de ce qui est humain ne m'est étranger ». Selon la pensée du poète latin Térence, esclave affranchi.

¹²¹⁸ « Les notions de limite et de mesure renvoient l'une à l'autre et se complètent (...). La limite indique l'existence d'une frontière, d'une borne qui sépare un en deçà et un au-delà — conçus comme des opposés —, le franchissement de la limite allant de pair avec la transgression de la limite (...). Avec la mesure, l'accent est mis sur les justes proportions qui prévalent entre l'en deçà et l'au-delà et sur le danger du non-respect de celles-ci : le terme implique que ce non-respect entraîne une démesure, l'existence d'une disproportion (...). Camus appartient à ce type d'esprit qui recherche les limites pour les transformer en mesures : il tend à délimiter le terrain, à le baliser pour s'orienter et à établir ainsi des mesures qui l'aideront à se conduire... », DAC, p. 486.

¹²¹⁹ OC/HR, T. III, p. 79.

¹²²⁰ « Si le révolté pose l'existence et la dignité des autres hommes en même temps que la sienne propre, une révolte qui gagne en fureur ce qu'elle perd en lucidité finit par se tourner contre cette solidarité découverte. Toute entreprise humaine rencontre ainsi une borne au-delà de laquelle elle se change en son contraire, comme le dégoût suit le plaisir prolongé. », OC/DH, T. III, p. 372.

comme à la tentation immobiliste en restant vigilant et lucide. « Pour un esprit aux prises avec la réalité, note Camus, la seule règle alors est de se tenir à l'endroit où les contraires s'affrontent, afin de ne rien éluder et de reconnaître le chemin qui mène plus loin. »¹²²¹ L'équilibre à cet endroit ne peut qu'être relatif, précaire, sujet à une constante oscillation dont il s'agit seulement, modestement, dans toute la mesure du possible, de contenir l'amplitude.¹²²²

634. Pour le Juge révolté, il s'agit de maintenir l'équilibre entre la dimension politique et la dimension éthique du Droit. Cet équilibre qu'il rompt aussi bien lorsqu'il refuse d'appliquer une loi qui ne contrevient pas gravement à l'éthique du Droit que lorsqu'il accepte d'appliquer une loi qui contrevient gravement à l'éthique du Droit. Dans le premier cas il détourne sa révolte en se substituant au législateur qui, lui, n'a pas rompu l'équilibre. De juge, il se fait politique. Dans le second cas, il manque à sa révolte en se faisant le complice du pouvoir politique. Une culpabilité de complice qui pour le juriste, équivaut à celle de l'auteur principal. On a vu plus haut à quelles difficultés tout homme révolté se trouve confronté, au point, pour reprendre les propres termes de Camus, qu'il faut reconnaître quelque chose d'héroïque à celui qui entend maintenir sa révolte en éveil et en acte. Mais, alors que l'habitus des juges ne les porte guère à l'héroïsme, il faut supposer par exception et différence au *Juge révolté*, sinon un certain héroïsme, au moins un certain courage, compte tenu de la marge étroite dont il dispose. Toute la question est pour lui de savoir quand et comment il doit agir. Quand il est en Droit d'estimer que le pouvoir politique est allé trop loin dans l'insolidarité¹²²³, qu'il a franchi la ligne au-delà de laquelle la loi n'est plus du Droit, n'est plus qu'un instrument de domination à son service ; et comment il doit manifester son refus.

635. Comment il doit exprimer son refus, alors qu'il est juge et doit se comporter en Juge et non en partisan ou justicier. Ce qui lui interdit toute manifestation de sympathie ou d'hostilité à l'égard d'une partie, du pouvoir politique et/ou de l'institution judiciaire elle-même. Sa révolte ne peut consister en rien d'autre qu'en un strict refus d'application de la loi au nom du Droit argumentée dans un jugement. Les seules modifications aux règles de forme et de fond applicables au procès sont celles directement impliquées par ce refus, un refus dûment motivé selon un raisonnement en deux temps. Un premier temps qui correspond à la

¹²²¹ *Ibid.*

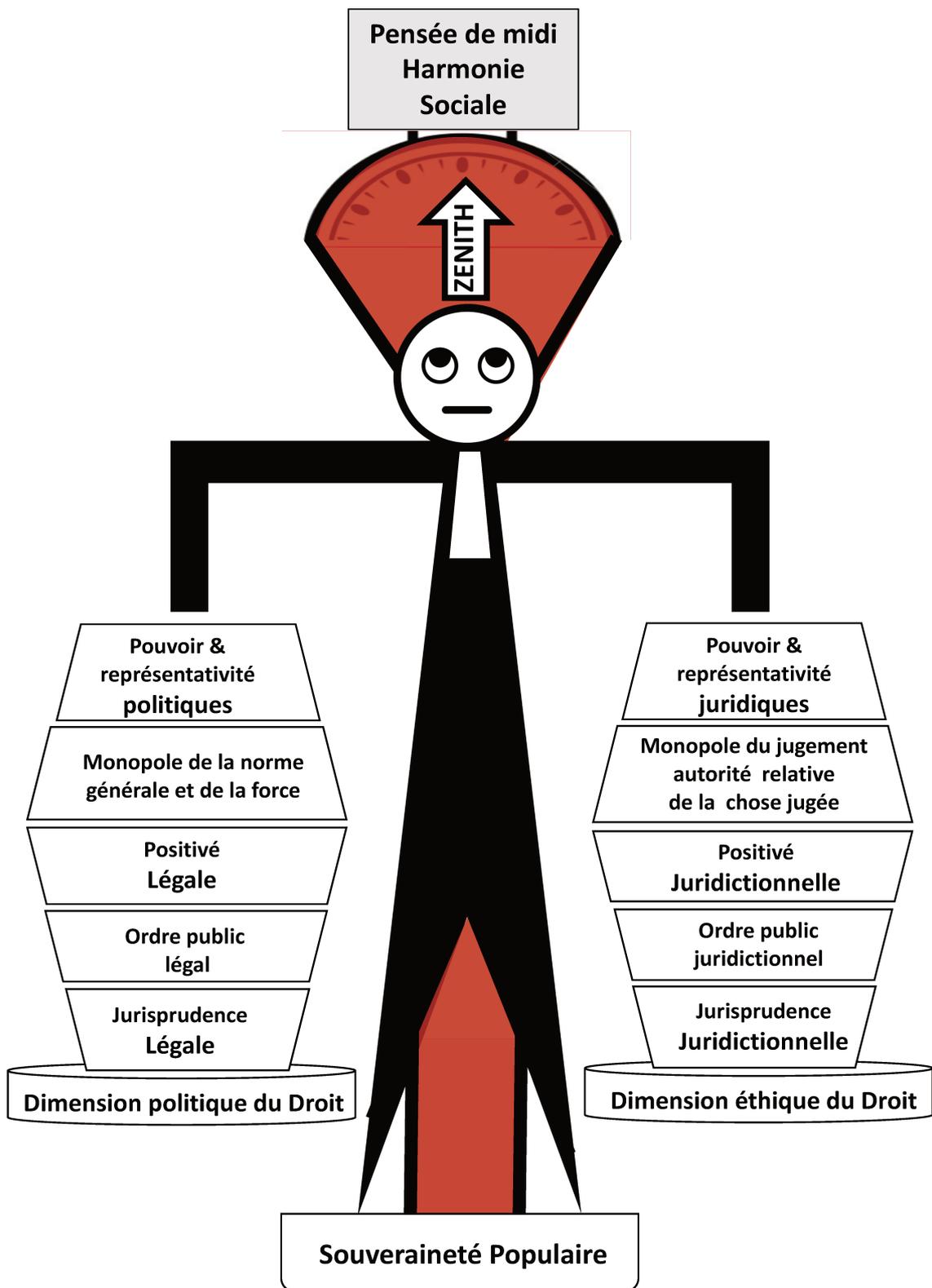
¹²²² « Mesure. Ils la considèrent comme la résolution de la contradiction. Elle ne peut être rien d'autre que l'affirmation de la contradiction et la décision héroïque de s'y tenir et d'y survivre. », *Carnets III*.

¹²²³ « La notion d'insolidarité a été forgée au XIX^e siècle à l'âge du capitalisme sauvage, c'est-à-dire non régulé socialement. Elle a servi à désigner non seulement le manque de solidarité, mais aussi et surtout le processus qui détourne de la solidarité en dressant les hommes les uns contre les autres. Les fractures du lien social liées à la lutte des classes et l'enfermement des travailleurs dans la solitude sont des insolidarités que produit le capitalisme sauvage et que consacre une certaine exaltation du droit des individus lorsqu'elle croit devoir l'affirmer contre toute préoccupation sociale en matière d'économie. Tel est bien l'axe majeur de l'idéologie néolibérale qui s'affirme aujourd'hui sous prétexte de stimuler la production et la circulation des richesses. Il faut bien constater une analogie, à cet égard, entre notre époque et celle des débuts du capitalisme. La remise en cause des solidarités spontanées ou construites, la réactivation de la charité en lieu et place de la justice sociale, font du XXI^e siècle une sorte de régression au XIX^e siècle. », H. Pena-Ruiz, *La solidarité, une urgence de toujours*, édit. Rue des écoles Agora éducation, 2010, p. 66.

dimension politique du Droit, consiste pour le *juge révolté* comme pour n'importe quel juge à procéder à une analyse de l'affaire qui lui est soumise en faisant totalement abstraction de la dimension éthique du Droit, pour aboutir à la solution la plus conforme possible à la loi applicable. Le second temps, propre au *juge révolté*, est celui de la critique de cette solution au regard de la dimension éthique du Droit ou autrement dit, celui de la justification du refus. La question évidemment la plus difficile pour lui, étant de trier parmi les insolidarités, entre les tolérables et les intolérables c'est-à-dire celles qui doivent entraîner un refus d'application. Où placer le curseur ? Au regard de ce qui a été dit précédemment sur la limite, la mesure, l'équilibre, on comprend aisément qu'il ne saurait être question d'établir une liste exhaustive et définitive des insolidarités intolérables. Mais ce qui, sauf à renoncer à concevoir le Droit autrement que comme un simple moyen au service de n'importe quel pouvoir politique fût-il le plus sanguinaire, ne doit cependant pas empêcher de poser une borne, étant entendu qu'il appartient au juge, et à lui seul, d'interpréter l'éthique du Droit et de créer ainsi une jurisprudence distincte de la jurisprudence relative à la dimension politique du Droit, comme on en a esquissé l'idée dans la conclusion générale.

II. La représentation graphique d'une conception dualiste positive du Droit

636. On trouvera sur la page suivante l'ébauche d'une représentation graphique sous la forme classique d'une balance, en l'occurrence à colonne, du système du Droit et de l'office du Juge, inspiré de l'œuvre de Camus. Une conception alternative à la conception dominante neutraliste du droit qui n'est pas en réalité une conception du Droit mais de la loi. Un système du Droit qui n'est pas conçu *De lege ferenda* (mais donc *de lege lata*) si l'on entend par là la conception d'un droit qui n'existe pas mais que l'on souhaiterait voir advenir. Le système proposé est en effet, de notre point de vue, celui du Droit tel qu'il est — du Droit distingué de la loi —, bien qu'il ne soit pas en général celui des juristes. Un Droit qui pour exister en tant spécifiquement que Droit, tel qu'on le voit représenté sur le graphique, comporte deux dimensions au lieu d'une seule (politique) dans la conception dominante : une dimension politique et une dimension éthique placées de part et d'autre du fléau, chacune sur un plateau qui supporte ses propres attributs. Tout le propos du Juge étant dans chaque affaire qui lui est soumise, de s'efforcer de maintenir au mieux l'équilibre entre les deux plateaux. Un équilibre qui idéalement est obtenu lorsque la flèche au sommet qui oscille selon le poids respectif des plateaux d'un côté ou de l'autre, se place perpendiculairement à la base de la balance au « zénith » qui correspond au meilleur équilibre possible entre ce que veut la loi et ce que veut le Droit (son éthique propre) qu'il appartient au Juge de Dire.



ANNEXE 2.

Théorie du DHR¹²²⁴, juspositivisme et jusnaturalisme

637. La théorie développée dans cette thèse ne considère pas que le positivisme est à rejeter absolument. Ni de même que les théories du droit naturel sont hors de propos dès lors qu'il s'agit de faire la théorie du droit en vigueur, c'est-à-dire des normes qui s'imposent aux membres de la cité au besoin sous la contrainte physique. Elle considère que ce qui est essentiellement à rejeter, c'est la prétention de l'un et de l'autre à régner en maître. Ce qu'elle rejette c'est le monisme juspositiviste ou jusnaturaliste auquel elle propose de substituer un dualisme dans lequel ils ont une place. Mais qui « ils » exactement et quelle place ?

I. En ce qui concerne le(s) positivisme(s)

638. C'est en opposition au *neutralisme* que la théorie du DHR a été présentée. Un terme générique préféré à celui de *positivisme* en raison à la fois du foisonnement des théories positivistes et néo-positivistes et de ce que dans toutes ces théories ce qui importe le plus, de notre point de vue, c'est le principe de la neutralité axiologique du scientifique du droit et du Juge : l'interdit auquel ils accordent valeur positive, de porter un quelconque jugement de valeur sur la loi positive susceptible le cas échéant de justifier son exclusion du champ du Droit. Un principe auquel celui qui refuse que puisse être impunément qualifiée de Droit n'importe quelle loi, même celle aux conséquences les plus inhumaines, ne peut adhérer. Mais est-ce à bon droit que ce principe a été globalement imputé au positivisme et quels sont plus précisément les rapports entre ce dernier et la théorie du DHR ? On trouve en fait dans la littérature de nombreuses sortes de positivismes et néo-positivismes, européens, anglo-saxons et scandinaves : exégétique, normativiste, analytique, logique, pragmatique, constitutionnaliste, etc. Et diverses théories sont également rattachées à la nébuleuse, telle par exemple que la « théorie réaliste de l'interprétation ». Un courant dont il n'est pas inutile de rappeler sommairement la généalogie.

A. Le positivisme philosophique.

639. Le positivisme juridique puise ses racines dans le positivisme philosophique. L'idée centrale de ce courant dont Auguste Comte a sans doute fourni le modèle le plus abouti, est que l'on peut déduire de la connaissance scientifique de la société (qui ne doit pas être confondue avec celle des historiens), la connaissance des institutions nécessaires à son bon développement (naturel). Il s'agit, après avoir dépassé l'âge théologique (fictif) et l'âge métaphysique (abstrait), d'accéder à l'âge positif de la science dans tous les domaines, y compris celui du droit. En bref : de l'être de la société — jugement de réalité — se déduit son devoir-être — jugement de valeur. Étant entendu que, dans cette optique, l'étude objective des faits n'exclut pas, mais au contraire intègre, le questionnement sur les valeurs. Lesquelles autrement dit ne sont pas exclues du champ de la science. Et également que le positivisme ne peut exclure toute dimension spéculative. Si en effet la méthode positive considère qu'il n'y a de vrai que ce qui est vérifié dans les faits (dite en cela empirique, *a posteriori* ou

¹²²⁴ DHR : *Théorie du Droit de l'Homme Révolté*. Une définition en est donnée dès la page 7.

expérimentale) alors que la méthode spéculative consiste à tirer des conclusions d'une analyse abstraite, *a priori*, des rapports que la simple réflexion permet d'établir entre des concepts, elles ne peuvent être totalement opposées. Pour tirer des conclusions rationnelles de l'observation, il faut en effet mobiliser des lois de la logique, un principe de causalité, dont la vérité ne dépend d'aucune condition empirique.

B. Le positivisme juridique.

640. Il procède d'une vieille idée et consiste essentiellement en trois propositions étroitement liées : la source du droit est volontaire, sa connaissance est scientifique et elle exclut en cela de son champ les valeurs. Déjà les canonistes du début du XIII^e siècle définissaient les *leges positivae* par l'acte de volonté qui en détermine l'existence. Et si au XVII^e siècle Domat et Grotius distinguaient la volonté législative attribuée à Dieu et celle attribuée à l'homme, pour Hobbes dès 1651 dans le *Leviathan*, « L'art d'établir et de maintenir des républiques repose sur l'arithmétique et la géométrie ». La politique et le droit sont exclusivement une affaire de science et l'autorité du droit vient tout entière de l'État souverain. C'est lui et non un quelconque droit naturel et transcendant qui, dans l'état civil du contrat social, décrète ce qui est licite ou non, ce qui est juste ou non. Mais sans perdre de vue ce que commande la raison commune (qui ne saurait commander l'arbitraire). Reste que dans cette perspective, le citoyen doit obéir aux lois posées par l'État et le juge doit les appliquer le plus fidèlement possible, sans porter sur elles de jugement de valeur. Une rigueur qui sera poussée à l'extrême à la suite de la révolution de 1789 où l'on a pu parler d'un véritable culte de la loi et des codes. « Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le code Napoléon » pouvait ainsi déclarer Jean Joseph Bugnet. Le droit est un objet « autosuffisant » et la science qui lui correspond, exégétique, est indépendante de toute autre science.

641. Le positivisme exégétique dans toute sa pureté (l'exégétisme), réduit à une glose, exclut toute considération extrinsèque : on jette un « voile d'ignorance » sur tout ce qui explique les choix faits par le législateur, dont les lois sont l'expression. Le commentaire est littéral, quasiment grammatical. La juridicité est circonscrite au texte de la loi. « Le texte avant tout » aimait à dire ainsi Charles Demolombe. Le droit doit être considéré *de lege lata*, jamais *de lege ferenda*. Toutes choses qui sont assez rapidement apparues intenable, mais qui n'en sont pas moins révélatrices de ce que, fondamentalement, par « droit », on n'entend rien d'autre que le droit positif défini par le seul fait que les normes qui le composent émanent de l'État, c'est-à-dire sous le mot, du pouvoir politique détenteur de la force, quel qu'il soit. Des assouplissements significatifs — la prise en compte des intentions du législateur, le comblement d'éventuelles lacunes législatives, une certaine adaptation des textes à l'évolution de la société —, vont être apportés au « positivisme traditionnel » avec de nombreux et prestigieux juristes, dont François Gény le porte-drapeau de la « libre recherche scientifique ». Car c'est précisément toujours de science dont il est question ; de science telle que les juristes positivistes la comprennent, opposée à toute prise en compte des idées métaphysiques et de droit naturel, de tout jugement de valeur sur les contenus. Comme se plaisait à le rappeler Georges Ripert : « Le droit positif tire sa valeur non de l'idéal qui l'inspire, mais de sa seule existence. »

642. La question du juste (ou du bien) est extérieure au champ de la science en général et du droit en particulier. Les jugements de valeur sont par nature purement subjectifs, irrationnels, affaire d'interprétation (Nietzsche), variable d'un individu ou d'un groupe à un autre. La frontière entre le discours sur les faits et le discours sur les valeurs est infranchissable. Et si l'on peut parler de « création » lorsque l'interprète est conduit à dégager des solutions qui ne se trouvent pas dans la loi, sa démarche pour y parvenir n'en doit pas moins demeurer purement scientifique ou technique. Il ne saurait être question pour lui de se substituer à l'autorité législative étatique, seule souveraine comme l'affirme le positivisme constitutionnaliste de Raymond Carré de Malberg. Mais cependant avec lui, non sans limitation. De la même façon que Hobbes pensait que l'État pour « Léviathan » qu'il soit, n'en devait pas moins suivre les lois de la raison, Carré de Malberg pensait que l'État, quoi que souverain, quoi qu'unique possesseur de la puissance, devait s'autolimiter pour ne pas dévier en un pur et simple instrument de domination. Son autolimitation étant affirmée et consacrée par la Constitution ; avec la postulation logique d'un contrôle juridictionnel qui ne sera en fait mis en place que bien après sa mort, sous la cinquième République.

643. Le positivisme n'a cessé d'alimenter de nouveaux courants, tous plus sophistiqués les uns que les autres, mais pour dire au fond toujours à peu près la même chose avant comme après l'avènement de la *Théorie pure du droit* et de l'imposant édifice pyramidal du normativisme, comme on le voit au travers de deux descriptions synthétiques. Celle de Norberto Bobbio pour qui par « positivisme juridique » il faut entendre trois choses : une délimitation particulière de l'objet de recherche que constitue le droit au droit en vigueur ; une théorie conçue comme une description et une explication de la réalité constituée par cet objet ; une idéologie consistant en la croyance en la justice du droit tel qu'il est parce qu'il est, ce qui revient à légitimer aveuglément le pouvoir qui l'a produit.¹²²⁵ On peut laisser de côté l'idéologie dont on imagine mal qu'elle puisse être sérieusement et honnêtement invoquée. Et ajouter que les deux premières caractéristiques en impliquent une troisième : il s'agit de s'en tenir à une analyse neutre, froide, de *l'objet droit* identifié au droit positif à l'exclusion de toute considération d'ordre axiologique, politique, philosophique, et de quelque apport que ce soit d'autres disciplines. L'autre description est celle de H.L. Hart, pour qui les règles de droit sont des commandements émanant d'êtres humains [*étude des commandements humains*] ; il n'y a pas de connexion nécessaire entre droit et morale, ou entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être [*indépendance du droit et de la morale*] ;¹²²⁶ l'analyse ou l'étude des significations des concepts juridiques constitue une étude importante qu'il faut distinguer (...) des recherches historiques, des recherches sociologiques, et de l'évaluation critique du droit au regard de la morale, des finalités sociales, des fonctions, etc. [*autonomie et spécificité du discours juridique*] ;¹²²⁷ un système juridique constitue un « système logique fermé » dans

¹²²⁵ N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, traduit par M. Gueret avec la collaboration de C. Agostini, préface de Ricardo Guastini, Bruylant, L.G.D.J., 1998, p. 24.

¹²²⁶ H.L. Hart, cité par Xavier Magnon in, *En quoi le positivisme -normativisme – est-il diabolique ?* Un article issu d'un rapport écrit présenté au VII^e congrès français de droit constitutionnel qui s'est tenu à Paris les 25, 26 et 27 septembre 2008.

¹²²⁷ *Ibid.*

lequel les décisions correctes peuvent être déduites, par des méthodes exclusivement logiques, de règles juridiques prédéterminées [*déterminisme logique du système juridique*] ; ¹²²⁸ des jugements moraux ne peuvent, contrairement au jugement de fait, être émis sur [la] base d'une argumentation rationnelle, d'une évidence ou d'une preuve (« *non cognitivisme dans le domaine éthique* ») ». ¹²²⁹

644. On voit qu'en effet ce qui varie pour l'essentiel ce ne sont pas les idées de base, mais leur déclinaison. Mais aussi que ces idées ne font que « théoriser » les préoccupations des juges depuis leur fonctionnarisation : ne pas donner prise à l'accusation de « gouvernement des juges ». Et pour cela, sans nier l'évidence qu'il y a toujours des cas dans la vie judiciaire comme elle va, qui ne rentrent pas parfaitement dans les cases prévues par la loi et que l'interprète doit donc parfois faire preuve d'un peu d'imagination, s'efforcer de ne pas introduire dans le jugement d'éléments « personnels » (religieux, philosophiques, politiques, etc.). Justifier « l'innovation » par des éléments déduits ou induits du système grâce à une connaissance technique aussi large que possible. Un système qui dans sa conception dogmatique peut être rattaché au normativisme, mais dont les principes et la structure sont ceux imposés depuis deux siècles par le pouvoir politique. Ce qui ne veut pas dire que le positivisme juridique ne soit que l'habillage « scientifique » de ce fait politique et du statut de fonctionnaire qui leur a été conféré à la suite de la Révolution ; mais néanmoins que le scientisme du XIX^e siècle a facilité via le positivisme, l'acceptation et l'intériorisation de leur subordination statutaire en fournissant à leur obéissance une caution « scientifique ». Une subordination, il est vrai, plus ou moins pesante selon les circonstances politiques : plus pendant les périodes d'instabilité et de conflit (guerres, mouvements sociaux, terrorisme, etc.) et moins pendant les périodes de paix intérieure et extérieure où le pouvoir peut laisser aux juges la bride sur le cou ; quitte à la reprendre promptement dès qu'il s'estime un tant soit peu menacé (la métaphore du « yo-yo »).

645. Dans la mouvance positiviste, le comble de la croyance en l'existence d'un véritable pouvoir judiciaire est sans doute fourni par la *théorie réaliste de l'interprétation* qui prétend que c'est l'activité d'interprétation des juridictions qui statuent en dernier ressort (en France Conseil d'État, Cour de cassation et Conseil constitutionnel) qui confère aux textes leur juridicité. Ce qui revient à dire que le véritable auteur de la norme, c'est le juge. ¹²³⁰ Alors qu'il

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ C'est le principe de l'indétermination textuelle : « préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens mais sont seulement en attente de sens. », M. Troper, *Une théorie réaliste de l'interprétation*, in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Léviathan, 2001, p. 74. La théorie réaliste voit le juge en question comme « une autorité libre et normative qui crée le droit, c'est-à-dire un législateur » (Alexandre Viala, *Philosophie du droit* Ellipses, 2010, p. 119. « La loi est ce que le juge dit qu'elle est. », M. Troper, in, *Réplique à Otto Pfersmann*, *Revue de droit constitutionnel*, 2002, p. 335. Dans le souci d'éviter un éventuel arbitraire judiciaire, Michel Troper tempère sa théorie « réaliste » de ce qu'il considère comme l'étant aussi : la prise en compte des « contraintes juridiques » c'est-à-dire « une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère. » Véronique Champeil-Desplats, Michel Troper, Chrisophe Grzegorzczuk (dir.), *VCD Proposition pour une théorie des contraintes juridiques*, in *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, La pensée juridique, 2005, p. 11. Mais cette prise en compte des contraintes qui résultent du système juridique qui obligerait ou non le juge, ne peut qu'apparaître en tout état de cause superfétatoire à tout praticien que la

n'a ni l'initiative ni le choix du contenu de cette norme (ce qui déjà pour un « auteur » est singulièrement restrictif) dont l'interprétation ne pose guère dans la majorité des cas de difficulté (cf. *supra* Hugues Rabault, n° 223), et que le dernier mot revient toujours en fait au véritable auteur — politique —, qui peut toujours mettre fin à une interprétation qui lui déplaît.

C. Critique du/des positivisme(s).

646. Le présupposé scientifique est commun au positivisme philosophique et au positivisme juridique. Il n'y a pour l'un comme pour l'autre de discours scientifique, objectif, rationnel, possible, que sur les faits. En ce qui concerne le positivisme juridique, les faits s'entendent des normes posées par l'autorité qui a la capacité de les faire appliquer au besoin par la force. Des faits déchargés des valeurs qui ont présidé à leur édicition. En effet, si les lois (au sens large) expriment évidemment des choix et donc des valeurs, ces dernières ne sauraient, en vertu de son crédo, être prises en compte par la science positiviste du droit. Ni le scientifique du droit ni le juge n'ont à porter de jugement axiologique sur la loi. Les conséquences éventuellement désastreuses sur le plan humain de leur application, ne sauraient en elles-mêmes les disqualifier en tant que normes positives. Positives et donc applicables. On peut parler, péjorativement, de credo scientifique, d'abord parce que la conception de la science à laquelle se réfère le positivisme juridique est obsolète, ne serait-ce que parce que l'épistémologie contemporaine a établi depuis longtemps l'impossibilité de penser la science en général comme radicalement extérieure à son objet et totalement exempte de métaphysique (cf. *supra*, Claudine Thiercelin, n°10). La physique quantique a montré la place proprement et doublement déterminante du chercheur (du sujet) dans la définition des conditions de sa recherche et dans l'interprétation de ses résultats. Mais ce qui vaut pour les sciences dures vaut également et évidemment de plus fort pour les sciences humaines ; bien que cette reconnaissance de l'inévitable interférence dans les premières, il faut le noter, vaille reconnaissance de ce qu'elle ne saurait en elle-même invalider les secondes en tant que sciences.

647. En ce qui concerne les sciences humaines il ne peut qu'être paradoxal, pour ne pas dire contradictoire, d'ôter de leur objet ce qui est le plus caractéristique de leur humanité : les valeurs. Or c'est très précisément ce que fait la prétendue science du droit positiviste. Le positiviste se pose en chercheur neutre, transparent à lui-même, d'un objet axiologiquement neutre qu'il s'est fabriqué pour les besoins de sa glose. Ce n'est pas le droit qui est de part en part une création humaine pétrie de valeurs, qui est son objet, mais l'expression normative de la volonté politique. Ce curieux scientifique du droit ne se pose pas la question de savoir ce qu'est le droit, ce qui fait qu'une norme est du droit et non autre chose, ce qui peut justifier qu'elle s'impose à tous les membres de la cité sous peine de sanction. Bien qu'il prétende avoir sur le droit un point de vue extérieur, c'est de l'intérieur de lui-même, de son propre fond, qu'il

fréquentation des prétoires ne porte guère à voir dans le juge le dépositaire de la toute puissante normative. On peut distinguer l'énoncé et la norme. Par exemple l'énoncé (*être*) de l'article 13 de la Constitution — « le Président signe les ordonnances... » — et les deux normes (*devoir être*) que l'on peut en tirer : le Président *peut* signer les ordonnances ou le Président *doit* signer les ordonnances. Mais on ne sort pas pour autant avec cette présentation « linguistique » de la problématique générale de l'interprétation et de la subordination qui y est attachée.

tire sa définition, qu'il la « stipule »¹²³¹ : le droit ce sera l'ensemble des normes décidées par ceux qui détiennent la force, quels qu'ils soient. Que l'on dise ce pouvoir, d'État, est indifférent. Un dictateur qui a aboli tous les contre-pouvoirs et se comporte en chef de bande, n'en est pas moins pour le positiviste un « législateur » comme un autre.

648. On voit qu'en évacuant la question des valeurs, le positivisme se condamne en fait à ne rien dire du droit si le droit est autre chose que la loi du plus fort. Ce qu'il est en effet en général pour les gens à défaut de l'être pour ses spécialistes convaincus qu'il n'est pas possible de tenir un discours objectif, rationnel, sur les valeurs, convaincus selon la terminologie actuelle, du « non cognitivisme éthique ». Or il n'en est rien. Sans avoir à faire retour sur des « croyances dogmatiques » en matière de valeurs, il est possible contre Max Weber et son inexpugnable guerre des valeurs assimilée à une « guerre des dieux », de penser un accord rationnel des consciences sur ce qui définit l'humanité.¹²³² De le penser contre le nihilisme dont est porteuse la « neutralité axiologique ». Et contre l'inanité d'une science humaine vidée des valeurs humaines. « Que deviendrait la science politique, interroge Léo Strauss, s'il n'était pas permis de s'intéresser à des phénomènes comme l'esprit de clique, le patronage électoral, les coalitions d'intérêt, l'art de l'homme d'État, la corruption et même la corruption morale, autant de phénomènes qui sont faits, somme toute, de jugements de valeur ? »¹²³³ Et que devient de même le droit si l'on admet avec le positivisme qu'il puisse être, par exemple, une affaire de « clique », une entreprise de légalisation de la corruption ?

649. En réalité rien ne s'oppose à ce que l'on tienne un discours rationnel sur les valeurs et à la conception, notamment, d'une science du droit qui intègre un questionnement sur les valeurs. Comme le relève Raymond Boudon, « Les propositions axiologiques, c'est-à-dire les jugements de valeur, se distinguent des propositions de l'arithmétique sur un point : elles ne se déduisent pas d'un système fini d'axiomes (en dépit des prétentions de bien des théories axiologiques). Mais elles leur ressemblent sur un autre : leur validité est à la mesure de la solidité des raisons qui les fondent. »¹²³⁴ Et l'auteur de montrer par exemple l'enchaînement

¹²³¹ « L'aporie d'une telle approche ne laisse de surprendre : en effet, la science du droit se donne les moyens de construire intégralement son objet, c'est-à-dire qu'elle affirme pouvoir redéfinir à sa guise le concept de « droit » en tant qu'il est normatif. Or que les mots ne soient pas des étiquettes pour les choses, qu'un concept ne mette en évidence qu'un aspect (d'ailleurs déformé) de la réalité est indéniable. Mais cela doit-il faire admettre que cette réalité, au motif qu'elle serait appréhendée à travers la science, serait une pure construction de celle-ci ? La forme de conventionnalisme promue par le positivisme représente un écueil considérable car elle conduit à l'inexistence pure et simple de la réalité normative du droit et/ou à la seule existence de ce qui est postulé au départ, à savoir un fait plus ou moins défini dans ses contours. Le droit ne *résiste* plus du tout à sa science : le phénomène de la normativité juridique, ne saisit plus rien d'autre que ce qu'il veut bien saisir — quitte le cas échéant à « devoir tout ratifier, au moins implicitement » de ce qui se pratique dans les faits. », François Brunet, *La normativité en droit*, thèse, texte remanié en 2012, édit. Mare & Martin, p. 71.

¹²³² Bien entendu au sens éthique rapportable à la notion de nature humaine, c'est-à-dire au propre de l'homme. De l'homme pour qui, seul, il y a des valeurs ; pour qui, seul, se pose la question des valeurs.

¹²³³ Cité par Jacques Coenen-Huther *Classifications, typologies et rapport aux valeurs*, Revue européenne des sciences sociales, XLV-138/2007 : *Évaluation en sciences sociales. Concepts, mesures et comparaisons*.

¹²³⁴ Raymond Boudon, *L'objectivité des valeurs*, Article publié dans l'ouvrage sous la direction de Simon Langlois et Yves Martin, *L'horizon de la culture. Hommage à Fernand Dumont*, chapitre 13, pp. 217-236 : Les Presses de l'Université Laval et l'Institut québécois de recherche sur la culture, 1995.

des raisons qui conduisent à préférer raisonnablement la démocratie à tout autre régime.¹²³⁵ Ainsi, « De même que la théorie des nombres aboutit à des énoncés de type « X est vrai » en enchaînant de façon convenable des propositions acceptables, de même l'analyse politique aboutit à des propositions de type « X est bon » à partir de principes acceptables. La procédure est la même dans les deux cas. »¹²³⁶ On peut donc en conclure contre le « non cognitivisme axiologique » que « les jugements de valeur comportent une dimension cognitive essentielle... ». ¹²³⁷ Ce qu'ignorent ou veulent ignorer les positivistes.

650. Il est vrai que la neutralité n'est pas sans avantage. En écartant les valeurs, elle permet de réduire la science du droit à un système formel et autoréférentiel dont le spécialiste ne peut encourir d'autre responsabilité que technique. Elle l'immunise en quelque sorte contre tout autre reproche et bien entendu, au premier chef, d'ordre éthique. Lorsque le juriste est présent et particulièrement le juge, l'homme est absent. Un juge qui a envoyé à la mort un homme en application d'une loi raciste n'y est pour rien en tant qu'homme. C'est le technicien qui a jugé. Le « désavantage » du positivisme, c'est qu'ainsi en congédiant l'éthique il congédie ce qui différencie fondamentalement l'organisation des sociétés humaines des autres sociétés animales : les valeurs qui la sous-tendent à défaut qu'elles soient essentiellement déterminées par l'instinct. Autrement dit au lieu de rendre compte de ce qu'est spécifiquement la normativité humaine, il « l'animalise ». Avec lui, s'il est conséquent, le « droit » et la loi du plus fort, c'est tout un.

651. Il est peut-être trivial d'assimiler son objet, selon une formule populaire plus imagée, à la « loi de la jungle », mais aussi intelligentes, brillantes, sophistiquées, que soient les diverses théories qui s'y rapportent, c'est bien à quelques nuances près ¹²³⁸ à cette réalité

¹²³⁵ « Parce que les grands principes sur lesquels elle repose dérivent tous de la notion de bon gouvernement et qu'en ce sens elle *est* une bonne chose... ». Ainsi « Un bon gouvernement est celui qui réalise au mieux les intérêts des gouvernés » ce que favorise notamment « la réélection périodique des gouvernants », la liberté d'expression, l'indépendance de la justice, qui réduisent « le risque que les gouvernants ne soient plus attentifs à leurs intérêts qu'à ceux des gouvernés » et donc le risque de corruption, etc.

¹²³⁶ Raymond Boudon, *op. cit.* Et ce qui vaut pour l'arithmétique vaut tout aussi bien pour l'ensemble des sciences dont la physique et la biologie car « ...ces disciplines ne peuvent facilement être considérées comme issues de principes *ultimes*. Mais toutes s'appuient sur des systèmes de raisons. Le savoir médical ne peut être présenté comme dérivant d'un système d'axiomes. Il prend plutôt la forme d'un ensemble de théories plus ou moins bien liées par un tissu conjonctif. Il en va de même des vérités axiologiques. », *Ibid.*

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ Par exemple H.L.A. Hart positiviste logique ou néo-positiviste analytique, peu importe, s'est intéressé dans certains de ses écrits (dont *Law, Liberty and Morality* ainsi que *The Morality of the Criminal Law*) à la philosophie morale en considération de ce que le juriste en prise avec la vie du droit ne saurait ignorer le fait que le législateur donne un contenu moral à certaines normes. Reste que s'il s'est ouvert à une certaine « critique morale » du droit positif, il demeure que pour lui le droit peut avoir n'importe quel contenu et que doit être maintenue une séparation conceptuelle stricte entre droit et morale. Pour Chaïm Perelman, le droit se développe en s'efforçant de répondre à une exigence de cohérence, de systématisme, sans pour autant perdre de vue la nécessaire recherche pragmatique de solutions acceptables parce que conformes à ce qui paraît juste et raisonnable. Mais si la logique judiciaire est fondée sur l'adhésion, les discours de la justice ne peuvent qu'être variables en l'absence de valeurs stables et ultimes. Sa « logique de l'argumentation » et son analyse tempérée du phénomène juridique demeurent bien dans le giron positiviste.

bien plus triviale encore, qu'elles conduisent au bout du bout ou si l'on préfère au fond du fond. Une réalité inapparente en particulier en temps de paix intérieure et extérieure dans les sociétés démocratiques dotées de toutes sortes d'institutions au travers desquelles circule diluée, la force, mais qui réapparaît bien plus vite et bien plus brutalement qu'on ne le croit en général dans les moments de fracture et parfois de basculement de l'histoire, où les lois les plus liberticides sont appliquées en toute neutralité par les mêmes juges qui appliquaient auparavant les lois les plus protectrices des libertés. Des juges qui ne s'opposent ni à ce que la justice soit la finalité du droit, ni à ce qu'elle n'en soit exclue, puisque cette considération est « tout simplement » extérieure à leur objet professionnel.¹²³⁹ Des juges qui, si l'injustice la plus criante est faite loi, ne s'estiment donc pas engagés par l'iniquité correspondante de leurs jugements. Et des scientifiques du droit qui de même en reconnaissant la qualité de droit aux lois les plus inhumaines, ne voient pas en quoi cette reconnaissance de leur applicabilité pourrait en quelque façon leur être reprochée, alors qu'elle est aussi neutre, objective, que peut l'être la reconnaissance d'un virus par un biologiste. Il s'agit dans les deux cas d'observer et d'identifier, rien de plus selon le positivisme ordinaire. Le juge qui condamne un homosexuel à la peine de mort par application d'une loi positive qui le prévoit, et le scientifique du droit qui n'exclut pas cette loi du champ du droit, sont en tant que juge et scientifique du droit, irréprochables.¹²⁴⁰ Ce qui bien entendu n'empêche nullement qu'à titre personnel le juge ou le scientifique du droit trouve regrettable de condamner l'homosexualité. Peut-être que, comme le fait remarquer Alf Ross, en tant que positiviste « il est tout à fait possible sans se contredire de nier l'objectivité des valeurs et de la morale et d'être, en même temps, un honnête homme et un compagnon de lutte fiable contre le règne de la terreur, de la corruption et de l'inhumanité. »¹²⁴¹

652. Mais comment peut-on distinguer « l'honnête homme » de celui qui ne l'est pas en l'absence de tout critère rationnel de l'honnêteté ? Et comment être « un compagnon de lutte fiable contre le règne de la terreur, de la corruption et de l'inhumanité » sans condamner sans restriction toute loi inhumaine ; sans lui dénier la qualité de loi et sans dénier à celui qui va l'appliquer la qualité de juge ? Peut-on être un humaniste contre tout soupçon et admettre que le droit qui est une création humaine de part en part, puisse être inhumaine ? Peut-on valider une théorie du droit qui ne pose aucune limite à l'inhumanité de la loi ? Là se situe l'essentiel de la question du droit. Une question que doit ou devrait se poser clairement le positiviste qui ignore ou feint d'ignorer que la neutralité n'est pas dans la nature des choses du droit, mais quelle procède d'un choix. En 1933, Marcel Waline écrivait que ce qui caractérise le

¹²³⁹ Ce qui différencie rappelons le positivisme juridique du positivisme philosophique qui n'exclut pas le juste des faits et donc de la science. Mais les deux positivismes rompent avec la conception kantienne des trois objectivités correspondant aux trois critiques : raison pure, raison pratique et faculté de juger.

¹²⁴⁰ Comme l'a fait remarquer Eichmann lors de son procès à Jérusalem, ce qui aurait pu lui être légitimement reproché, ce n'est pas d'avoir exécuté fidèlement les ordres de ses supérieurs, mais de ne pas les avoir exécutés alors qu'ils lui avaient été donnés par l'autorité légitime, c'est-à-dire celle qui détient le pouvoir. Lui aussi a fait valoir qu'à titre personnel il n'approuvait pas l'extermination des juifs.

¹²⁴¹ A. Ross, *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, Revista jurídica de Buenos Aires, 1961, IV, pp. 46-93.

positivisme juridique, c'est le fait de « mettre entre parenthèses »¹²⁴² toutes les questions philosophiques¹²⁴³, mais comment ne pas voir qu'une telle mise entre parenthèses est en soi un geste philosophique ?

653. Déjà comme le fait observer madame Simone Goyard-Fabre, dès lors que la science positiviste du droit « considère le droit comme un objet à étudier, elle le met nécessairement en perspective, elle prend ses distances par rapport à lui et, dans cette distanciation, se glissent, plus ou moins à son insu, des postulats et des présupposés. En se voulant a-philosophique, le positivisme suppose toujours une philosophie, même s'il se refuse à l'explicitier. Son pari est comme perdu d'avance. »¹²⁴⁴ Il y a autrement dit une philosophie implicite du positivisme juridique qui se présente comme un avatar pauvre du positivisme philosophique, accroché à une conception de la science qui n'a plus cours depuis longtemps dans les sciences qui sont censées lui servir de modèle, où, au lieu et place de la normativité juridique (de ce qui la caractérise), on s'occupe exclusivement de la forme normative de l'action politique. Le positivisme qui prétend ne pas philosopher, non seulement philosophe, mais philosophe contre les faits — contre le fait réel du droit.

D. Le nécessaire cantonnement du positivisme.

654. La critique du positivisme n'entraîne pas nécessairement son rejet. Elle conduit seulement, raisonnablement, à son cantonnement. On ne peut en effet, à moins d'être un idéologue, concevoir une cité où régnerait une parfaite et définitive concorde. La cité d'autrefois, l'État d'aujourd'hui, sont constitutivement politiques pour être composés d'individus et de groupes qui ont des conceptions et des intérêts différents sinon divergents. Les lois édictées par le législateur pour assurer la cohésion sociale ne peuvent qu'être variables et apparaître plus ou moins fondées, plus ou moins justes, même si lesdites lois sont le résultat de concertations et délibérations démocratiques. Sans pour autant que, dans le principe, cela doive donner lieu à une contestation de leur juridicité au sens de leur légitimité et de leur applicabilité en tant que lois. L'ordre qui est la fonction première du droit, l'ordre sans lequel on tend vers la guerre de tous contre tous dont les guerres civiles sont sans doute l'un des pires exemples, est à ce prix ; payable par chacun et par tous. Autrement dit, il faut raisonnablement accepter une certaine plasticité (malléabilité, adaptabilité, souplesse) éthique. Mais non sans limites, on y revient par ce que c'est essentiel pour qui s'efforce de penser le Droit en dehors des sentiers battus du positivisme.

¹²⁴² M. Waline, *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*, Mélanges Carré de Malberg, édit. Sirey, 1933, p. 517.

¹²⁴³ Alors, selon le même auteur, que le positivisme philosophique est au contraire sous-tendu par une certaine conception de l'homme et de la société.

¹²⁴⁴ S. Goyard-Fabre, *De quelques ambiguïtés du positivisme juridique*, in *Du positivisme juridique*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publications de l'Université de Caen, n° 13, 1988, 1989, pp. 37-38.

655. On ne saurait faire prévaloir l'ordre sur tout. « La révolte d'Antigone n'a rien de scientifique, disent les positivistes ! Soit, mais si la tâche du juriste doit se limiter au commentaire des règles de droit, elle est très décevante » constate Albert Brimo.¹²⁴⁵ Mais elle est surtout vidée d'une partie de sa substance. « Tout texte suppose une glose mais le droit ne saurait n'être que cela. Le droit n'est pas seulement science de texte, science exégétique, il est aussi une science de la vie, poursuit-il. Le droit est essentiellement un phénomène social et sa compréhension complète exige une compréhension totale de la vie. »¹²⁴⁶ Mais si le phénomène peut être abordé de divers points de vue par les diverses sciences humaines et notamment les sciences sociales, il convient de préserver à l'objet « droit » et à la discipline qui lui correspond leur autonomie. Il faut à la fois ne pas faire du positivisme la théorie exclusive de cet objet afin de ne pas le couper de sa réalité humaine, vivante, et ne pas l'ouvrir à tout vent. Il ne faut jamais oublier que définir le droit est lourd de conséquences : l'identifier sans limite, sans révolte, à la loi du pouvoir quelle qu'elle soit, c'est admettre qu'il puisse être totalement arbitraire, injuste, meurtrier.

656. Ne pas l'admettre, c'est par là-même lui reconnaître une dimension éthique à côté de sa dimension politique. C'est passer d'une conception moniste à une conception dualiste ou bidimensionnelle du droit. Une conception qui valide pour la dimension politique du droit l'approche positiviste. Qui en fait, non seulement la valide dans le principe, mais dans sa version la plus rigoureuse. Il s'agit en effet avant de porter un jugement éthique sur la loi, de coller le plus possible à la volonté du législateur (au sens large). Si le sens de la loi est clair, point n'est besoin d'aller au-delà ; si ce n'est pas le cas il s'agit de l'interpréter au plus près des intentions du législateur. Et ensuite, mais ensuite seulement, d'évaluer sa compatibilité avec l'éthique du droit. Reconnaître l'existence de la dimension éthique du droit non seulement ne conduit pas à nier contre l'évidence, avec la loi, sa source politique, mais conduit à clarifier les choses. Avec le monisme positiviste, on est à tous égards dans l'ambiguïté : parce que, comme on l'a déjà relevé, « l'analyse strictement formelle et linguistique du droit ne peut éviter de s'adosser à des philosophèmes »¹²⁴⁷ et que l'évacuation de toute évaluation axiologique ne peut qu'inciter à des interprétations techniquement douteuses lorsque la loi heurte les principes de l'interprète ou que ce dernier souhaite lui donner et éventuellement donner plus généralement au droit positif une orientation différente en vertu de ce qu'il estime souhaitable. Par exemple en tirant de tel ou tel corpus des principes qu'il est censé recéler. Reconnaître l'existence de la dimension éthique du droit, c'est refuser autant qu'il est possible l'interférence dans l'évaluation et l'application juridiques, de l'éthique personnelle ou corporative/corporatiste des juristes. C'est

¹²⁴⁵ Albert Brimo *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat* 3^{ème} édit., 1978, éditions A. Pedone Paris, version numérique.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 32. « D'une manière ou d'une autre, des éléments étrangers à la *dogmatique juridique*, c'est-à-dire des éléments trans-positifs, s'insinuent inévitablement dans le système. Cette fêlure dans la scientificité du positivisme juridique n'est pas, d'ailleurs, un défaut qui lui est propre ; toute œuvre scientifique véhicule dans sa recherche des éléments non-scientifiques qu'implique nécessairement sa postulation de base. Mais il faut tout particulièrement souligner que, dans un domaine où il est avant tout question des conduites de l'homme, les canons du positivisme ne sauraient avoir de neutralité absolue. », *Ibid.*, p. 43.

limiter l'inévitable appréciation éthique à l'éthique propre du droit. Une éthique fondée sur la compréhension de l'objet « droit » et non sur le droit positif au sens courant (limité à la dimension politique du droit) et particulièrement dans la Constitution dont le positivisme nous contraint à « *supposer* la validité (...) et considérer qu'elle est la source de la valeur juridique de l'édifice dont elle est la base ». ¹²⁴⁸

657. Est-ce à dire que l'éthique du droit est à rechercher du côté du jusnaturalisme ? On sait que plusieurs philosophes profondément critiques à l'égard du positivisme juridique, tels Michel Villey et Léo Strauss, invitent à faire retour sur le droit naturel, y compris antique. C'est ainsi que ce dernier écrit dès 1949 que « Le besoin du droit naturel est aussi manifeste aujourd'hui qu'il l'a été durant des siècles et même des millénaires. Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes. En passant de tels jugements, nous impliquons qu'il y a un étalon du juste et de l'injuste qui est indépendant du droit positif ». ¹²⁴⁹ Mais si le propos est de penser la nécessaire dimension éthique du droit sans quitter le périmètre du droit positif — d'un droit positif autrement conçu, mais néanmoins positif —, il convient à la fois, là aussi, de ne pas rejeter par principe l'idée de droit naturel mais de préciser ce qui est en l'occurrence visé par-là et quel usage il en est fait dans le cadre de la théorie du DRH.

II. En ce qui concerne le(s) droit(s) naturel(s)

658. Henri Batiffol parlait à propos du concept de droit naturel de « la perpétuelle résurrection d'un cadavre qu'on ne se lasse pas de réenterrer. » ¹²⁵⁰ Et il en va aujourd'hui comme hier, pour les raisons qui ont été exposées plus haut : parce que « Les positivistes, malgré eux, ont glissé dans leur *explication* scientifique du droit des éléments de *compréhension* et d'*interprétation* qui contiennent, en leurs fibres secrètes, une philosophie de l'homme et des valeurs qui donnent sens à son existence. » ¹²⁵¹ Une raison à laquelle celui qui entreprend de penser le Droit avec un auteur tel que Camus, penseur du sens de l'existence, ne peut qu'être particulièrement sensible et attentif. Ce qui ne veut pas dire que s'agissant du Droit, parce que son inspiration plonge ses racines dans la philosophie grecque, c'est vers le droit naturel dans sa conception classique qu'il faut simplement se tourner. Camus est un auteur du XX^e siècle qui ne peut, raisonnablement, partager sans de considérables réserves la vision cosmologique des Anciens. Un philosophe qui est convaincu, dans la lignée des modernes (contrairement à l'existentialisme sartrien) dont la vision est plus anthropologique, de

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 39.

¹²⁴⁹ Léo Strauss, *Droit naturel et histoire*, conférences de 1949 publiées à Chicago en 1953, traduit de l'anglais en 1954, rééd. Champs Flammarion, 1986, Introduction, p. 13.

¹²⁵⁰ Cité par M. Villey, in *Leçons d'Histoire de la philosophie du droit*, édit. Dalloz, 1962, pp. 108-166.

¹²⁵¹ Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 44.

l'existence d'une nature humaine. Mais un philosophe dont la pensée offre aussi et surtout la possibilité d'un dépassement des oppositions traditionnelles.

A. Le jusnaturalisme classique.

659. Pour « commencer par le commencement », on peut rappeler que « l'acte premier de la philosophie fut de reconnaître à la nature une priorité fondamentale, d'ordre ontologique, par rapport à l'œuvre de l'art. Le droit naturel apparut par conséquent plus profond et plus vrai que tous les systèmes, réels ou possibles, de droit positif. »¹²⁵² On ne peut manquer d'observer à quel point l'idée de replacer la nature au sens du monde naturel dans son ensemble et terrestre en particulier, au centre des préoccupations humaines, est d'actualité. Et l'on sait que « le concept de nature occupe une place centrale dans la pensée de Camus : il constitue même écrit Maurice Weyembergh, un nœud où les problèmes se rencontrent et renvoie à la philosophie de la limite (de la mesure) qui couronne l'œuvre de l'écrivain. »¹²⁵³ Pour Socrate / Platon les bonnes institutions sont celles les mieux accordées au grand Tout où chacun doit occuper la place qui lui est assignée par la nature. Un grand Tout immuable, une assignation inégalitaire, un modèle archétypal organique de la cité parfaite qui semblent se présenter aujourd'hui comme une sorte d'antithèse du monde contemporain, mais dont au moins une idée doit être retenue : celle dans la formulation spinoziste, selon laquelle « l'homme n'est pas un empire dans un empire. » Comme de même avec Aristote¹²⁵⁴ peut être retenu le principe d'une limite au pouvoir du législateur et du magistrat, qui ne sauraient aller contre la loi naturelle¹²⁵⁵ ou autrement dit contre l'ordre cosmique (ce en quoi pour lui consiste l'injustice). Une exigence de limite qui rejoint un interdit général qui n'a pas disparu avec la disparition de la cosmologie Antique : celui de la démesure (l'hybris), plus que jamais d'actualité et central dans la pensée de Camus. Par la suite, avec les jurisconsultes de Rome et les Pères de l'Église, va persister au fond l'idée que « le droit naturel est la norme universelle du juste » en tant « [qu'] expression de la raison et de la volonté divines et, comme telle, éternelle et immuable ». ¹²⁵⁶ Jusqu'à ce

¹²⁵² Simone Goyard-Fabre, *Des théories du droit naturel*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publications de l'Université de Caen, n° 11, 1987, p. 10.

¹²⁵³ DAC, p. 599.

¹²⁵⁴ Dont la recherche du juste avec *l'Éthique à Nicomaque* ne conduit pas à la conception d'une cité moins inégalitaire que celle de Platon. Une cité ordonnée par un droit naturel conforme à la « nature des choses » et non à un quelconque idéal humain.

¹²⁵⁵ Où l'on retrouve une interprétation aussi lointaine que célèbre d'Antigone : « Il y a une justice et une injustice dont tous les hommes ont comme une divination et dont le sentiment leur est naturel et commun, même quand il existe entre eux aucune communauté ni aucun contrat ; c'est évidemment, par exemple, ce dont parle l'Antigone de Sophocle, quand elle affirme qu'il était juste d'enfreindre la défense et d'ensevelir Polynice ; car c'était un droit naturel : loi qui n'est ni d'aujourd'hui ni d'hier, qui est éternelle et dont personne ne connaît l'origine. », Aristote, *Rhétorique*, 1373 b.

¹²⁵⁶ Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, pp. 20-21. On n'est plus dans la cosmologie Antique. Mais avec le Dieu chrétien on est en présence d'un ordre transcendant auquel on doit tout aussi obligatoirement, raisonnablement, se plier. « Dans la lignée qui va de Saint Paul à Saint Thomas, en passant par Saint Augustin, Saint Grégoire et même par Roger Bacon ou Dante Aligheri, le concept de loi naturelle trouve son lieu d'excellence dans l'état de justice parfaite et d'heureuse harmonie qui caractérisait, avant la chute, l'innocence originaire de la condition humaine. Le désordre du péché fut une offense au droit naturel. Les institutions de la Cité et le caractère coercitif des gouvernements apparurent dès lors comme le remède nécessaire que Dieu imposa aux hommes. Seulement, la Cité

que l'on délaisse la « nature des choses » au profit de la « nature humaine » ou autrement dit, que l'on entre dans le jusnaturalisme moderne qui a abandonné la métaphysique ontothéologique traditionnelle, « malgré nombre de réminiscences antiques propres à la « renaissance »¹²⁵⁷, avec l'ouverture de « perspectives anthropologiques et humanistes jusque-là insoupçonnées ».¹²⁵⁸

B. Le jusnaturalisme moderne.

660. Non sans balancements et tiraillements « entre la *via antica* et la *via moderna* »¹²⁵⁹, et hésitations au cours des XV et XVI^e siècles, « une tendance générale se dessine qui, bientôt, s'amplifiera : le droit naturel tend à s'éloigner de Dieu pour s'attacher de plus en plus fermement à l'homme (...) autour de trois notions-clefs : l'*humanisme*, l'*individualisme* et le *rationalisme*. »¹²⁶⁰ Ce qui ne veut pas dire que Dieu est congédié (on est encore loin du constat de décès de Dieu nietzschéen) et que l'on verse dans le matérialisme, mais que l'on tire les conséquences de la place unique occupée par l'homme doué de liberté et de volonté (distincte de la volonté divine) dans la nature. L'idée de droit naturel s'articule désormais à celle d'une philosophie naturelle, c'est-à-dire d'une science de la nature et de l'homme (dont Descartes fera le « maître et possesseur »). Et puisque celui-ci est doué de raison, ce droit naturel ne peut consister que « dans certains principes de la droite raison, qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête, selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable ».¹²⁶¹

661. Une nature humaine source d'exigences éthiques propres, indépendantes de Dieu, qui ne sont pas *mutatis mutandis*, au moins en leur principe immanent, en opposition avec celles que découvrira *L'Homme révolté* de Camus qui lui aussi est, éminemment puisque son éthique est fondée sur la solidarité, « raisonnable et sociable ». Une nature humaine que l'on peut envisager dans sa dimension individuelle ou commune. Individuelle par exemple à la manière de Hobbes qui pour justifier sa conception artificialiste du contrat social, fait de l'homme qui lui est antérieur un être atomisé qui, pour assurer sa survie, est contraint de livrer bataille à tous ses semblables. Commune au contraire comme le fera donc Camus chez qui l'individu « atomisé » du premier temps, solitaire, de la révolte contre la condition, le cède dans son second temps — celui de la révolte solidaire — à l'homme conscient d'appartenir à « une

terrestre, où les hommes sont dominés par l'amour de soi, ne pouvait ressembler que de loin à la Cité céleste où ne règne que l'amour de Dieu. Bien qu'elle soit vouée à l'imperfection, elle devait, par ses lois temporelles, s'inspirer de la loi divine. En leur relativité, les lois positives sont soumises à la loi naturelle comme le temporel à l'éternel. », *Ibid.*

¹²⁵⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹²⁵⁸ *Ibid.*

¹²⁵⁹ *Ibid.*

¹²⁶⁰ *Ibid.*, p. 25.

¹²⁶¹ Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, trad. Barbeyrac, I, I, X, 1. Presses Univ. De Caen, 2011.

communauté toute prête ». ¹²⁶² Pour lui, il ne s'agit pas de sortir de « l'état de nature » qu'il soit guerrier ou conçu à la manière de Rousseau (« en deçà du bien et du mal » selon la formule de Victor Goldschmidt), mais de le découvrir en soi-même, de l'investir et de le développer. Un « état de nature » toujours déjà social et indissociablement, de fait et de droit, solidaire.

662. Cette conception rejette l'individualisme et l'artificialisme qu'il ne faut évidemment pas confondre avec l'inévitable dimension métaphysique de toute conception, y compris scientifique, de l'être des choses. ¹²⁶³ Elle rejette également le rationalisme « radicalisé » et le scientisme. Le premier qui, avec Leibniz après Grotius, conduit à considérer « que la science juridique est un système qui repose tout entier sur des définitions et dont la tâche est d'établir des démonstrations et des preuves rationnelles » ¹²⁶⁴ ; et le scientisme dont il a été question plus haut à propos du positivisme (singulièrement normativiste) qui n'est pas sans lien logique avec le jusnaturalisme moderne qui a substitué via notamment les idées de contrat social, la cité terrestre à la cité céleste. La première est faite État souverain, source du pouvoir et seul autorisé à légiférer. « Tout droit dépend des lois », affirmera ainsi Kant. ¹²⁶⁵ Le droit, et la loi qui est l'expression de la volonté de l'État souverain (des dirigeants), se confondent. Ainsi « La nomophilie ¹²⁶⁶ engendrée par le jusnaturalisme moderne en vient à vider la justice [et la politique] de sa dimension éthique », conduit « au culte de la loi, lié à la fois à l'idéalisme du vouloir et aux capacités techniciennes de la raison » et cisèle « un centralisme étatique dominé par l'obsession formaliste ». ¹²⁶⁷

C. Une ascendance jusnaturaliste indirecte.

663. Ce qui a été dit des deux courants de la pensée du droit qui, on l'a vu, ne sont pas sans lien, est somme toute assez sommaire au regard de la multiplicité des théories qu'ils recèlent et du caractère quasi océanique des commentaires qu'ils / qu'elles ont suscité. Mais le propos dans cette annexe n'est ni historien, ni destiné à démontrer que la théorie du Droit qui fait l'objet de cette thèse est en continuité ou au contraire en discontinuité du jusnaturalisme dans l'un ou l'autre de ses aspects. Il ne l'est pas. On l'a dit, il n'y a pas chez Camus de pensée directe du droit, que ce soit le droit tel que le conçoivent les juristes — le droit positif — ou le droit tels que le conçoivent, fort diversement, les philosophes du droit. Il s'agit simplement de

¹²⁶² « C'est pour toutes les existences en même temps que l'esclave se dresse, lorsqu'il juge que par tel ordre, quelque chose en lui est nié qui ne lui appartient pas seulement, mais qui est un lieu commun où tous les hommes, même celui qui l'insulte et l'opprime, ont une communauté prête. (...) La communauté des victimes est la même que celle du bourreau. Mais le bourreau ne le sait pas. », OC/HR, T. III, pp. 73-74.

¹²⁶³ Claudine Thiercelin parle « [d'] une métaphysique scientifique » : « ce n'est (...) pas céder à on ne sait quel vertige métaphysique que se poser la question : Qu'est-ce que la réalité ? Se la poser c'est répondre à une exigence pratique, et donc d'emblée, théorique. Gageons que la réponse sera scientifique et métaphysique, ou ne sera pas », et tout le livre de Claudine Thiercelin intitulé *Le Ciment des choses, Petit traité de métaphysique scientifique*, s'emploie à le démontrer. Édit. Ithaque, Paris, 2011, pp. 36-37.

¹²⁶⁴ Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁶⁵ E. Kant, *Théorie et pratique*, Introduction et texte intégral, J. M. Muglioni, édit. Hatier, 2019, en ligne Profil philosophie, II, 10, 3.

¹²⁶⁶ Du grec *nomos* (loi) et *filos* (ami) : la passion des lois.

¹²⁶⁷ Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 37.

considérer qu'il est néanmoins impossible pour celui qui entreprend de penser le Droit avec lui, de ne pas se référer de manière indirecte à la tradition jusnaturaliste et de ne pas se positionner par rapport au juspositivisme en fait dominant chez les juristes.

664. Étant rappelé que le fait que, « comme Malraux ou Sartre, Camus n'ait pas de culture juridique ne l'a pas empêché de développer une réflexion cohérente sur la justice »¹²⁶⁸ à partir de son expérience de chroniqueur judiciaire¹²⁶⁹, comme on le voit de façon évidente dans la seconde partie de *L'Étranger* avec la description parfaitement crédible du procès de Meursault. Mais surtout, *L'Homme révolté* offre en filigrane les moyens de penser une éthique du Droit qui n'est pas sans résonances positives ou négatives avec les conceptions évoquées plus haut. Camus « affirme que l'éthique doit borner le politique »¹²⁷⁰, et donc aussi ses lois.¹²⁷¹ Cette exigence de limite à la volonté politique traverse le jusnaturalisme d'avant la dissociation positiviste ; que cette limite soit assignée par l'ordre des choses, la transcendance, la droite raison, ou la nature humaine. Avec Camus, la révolte devant l'injustice (de la condition humaine puis de l'injustice commise par l'homme à l'encontre de l'homme) conduit à la révélation, avec la solidarité, de ce qui est spécifiquement de « l'ordre des choses humaines », de ce qui doit être rationnellement¹²⁷² reconnu en tant que fait, d'une « certaine transcendance dans l'immanence » ou autrement dit d'un certain « sacré »¹²⁷³, de la valeur qui est au cœur de la nature commune.¹²⁷⁴

665. Avec Camus on s'écarte ainsi résolument de l'individualisme « qui est le présupposé fondamental de la Modernité »¹²⁷⁵ et du positivisme qui, dans le champ du droit, consacre l'autonomie totale de la volonté normative du pouvoir politique, l'absence de barrière éthique à son expression. En d'autres termes, « le droit est défini par la loi. »¹²⁷⁶ Mais, s'il

¹²⁶⁸ Jeanyves Guérin, *Albert Camus, Littérature et politique*, édit. Honoré Champion, Paris, 2013, p. 20.

¹²⁶⁹ « L'institution judiciaire est toujours le révélateur, le miroir d'une société. C'est en suivant des procès en apparence ordinaire que le reporter a mesuré les mécanismes inégalitaires et répressifs de la société coloniale, *Ibid.*

¹²⁷⁰ *Ibid.*, p. 35

¹²⁷¹ Jeanyves Guérin écrit à propos de l'essai de 1951, que Camus « accorde plus de place qu'auparavant au droit. Il lui revient de dire le juste. Les formules sont plus travaillées, l'idée directrice reste la même. L'absolu conduit au pire. « La liberté absolue raille la justice. La justice absolue nie la liberté ». Les deux notions sont en tension. Elles s'impliquent et se limitent réciproquement. », *Ibid.*, p. 48.

¹²⁷² « le même rôle que le « cogito » », OC/HR, T. III, p. 79.

¹²⁷³ « La conscience que les explications étroitement rationalistes — qui réduisent le phénomène humain à ses déterminismes biologiques, psychologiques, sociologiques — n'épuisent pas l'énigme de cette aspiration à l'unité fonde le sens camusien du sacré. « J'ai conscience du sacré, du mystère qu'il y a en l'homme (...), déclare l'écrivain au lendemain de la remise du prix Nobel. Je crains malheureusement que dans certains milieux, en Europe particulièrement, l'aveu d'une ignorance ou l'aveu d'une limite à la connaissance de l'homme, le respect du sacré, n'apparaissent comme des faiblesses. Si ce sont des faiblesses, je les assume avec force. », DAC, p. 816.

¹²⁷⁴ « Je me révolte, donc nous sommes. », OC/HR, T. III, p. 79.

¹²⁷⁵ Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 36.

s'agit avec Camus de sortir de la confusion du droit et de la loi, il ne s'agit pas de les opposer systématiquement ou d'affirmer la prévalence de principe de l'un sur l'autre. Avec lui, l'exigence constante de limite ou de mesure que l'on trouve dans le jusnaturalisme classique¹²⁷⁷ est exigence d'équilibre, mais d'équilibre en tension. « Pour un esprit aux prises avec la réalité, la seule règle (...) est de se tenir à l'endroit où les contraires s'affrontent, afin de ne rien éluder et de reconnaître le chemin qui mène plus loin. La mesure n'est donc pas la résolution désinvolte des contraires. Elle n'est rien d'autre que l'affirmation de la contradiction, et l'affirmation ferme de s'y tenir pour y survivre. »¹²⁷⁸ Camus n'a jamais ignoré ou nié la nécessité de la loi au sens de l'expression normative du pouvoir politique. « Chaque action collective, chaque société supposent une discipline et l'individu, sans cette loi, n'est qu'un étranger ployant sous le poids d'une collectivité ennemie. »¹²⁷⁹

666. Assurer l'ordre et la sécurité est sans aucun doute le premier devoir du pouvoir politique. « Mais société et discipline perdent leur direction si elles nient le « nous sommes »¹²⁸⁰, c'est-à-dire la solidarité et avec elle la limite éthique qu'elle impose à la toute-puissance de la loi. Une limite dont le principe, la définition et la mise en œuvre, dépendent exclusivement, pour le positiviste, du législateur, que ce soit directement ou indirectement. Indirectement lorsque, notamment, le juge constitutionnel invoque des principes supérieurs tirés de manière plus ou moins « acrobatique » des textes les plus généraux et « fondateurs » pour censurer une loi. Une censure au nom d'autres lois qui occupent certes une plus haute place dans la hiérarchie des normes, mais qui n'en sont pas moins de source politique et qui n'en dépendent pas moins pour leur avenir, y compris dans l'interprétation hardie qui en est faite, du pouvoir politique et partant, des circonstances politiques. De notre point de vue, celui du juriste qui refuse que le Droit ne soit qu'un autre nom de la loi, la limite éthique propre au Droit, indépendante de la loi et de l'éthique du pouvoir politique, ne peut qu'être posée, interprétée et appliquée, par le Juge. Elle est interne au Droit positif, mais d'un droit positif élargi, bidimensionnel, comportant une dimension politique — celle qui correspond au droit positif tel que le conçoivent les positivistes — et une dimension éthique.

667. Une dimension éthique dont la prise en compte implique, dans une perspective épistémologique débarrassée du carcan idéologique positiviste, la reconnaissance de l'inévitable part métaphysique de toute science véritable — s'il faut à tout prix parler de science — du Droit. De cette « part métaphysique », la pensée de Camus offre une interprétation topique. Elle est en effet articulée sur la question la plus originaire et pressante qui soit — celle du sens de l'existence humaine (la vie vaut-elle d'être vécue / *Le mythe de Sisyphé*) — ; la réaction la plus saine qui soit — la révolte contre l'injustice (*L'Homme révolté*) ; et la solution la plus réaliste, stimulante et salutaire qui soit : la solidarité. La solidarité qui à la fois s'appuie

¹²⁷⁷ Avec Camus, une exigence constante de limite ou de mesure surtout Grecque : « Les Grecs n'enveniment rien. Dans leurs audaces les plus extrêmes, ils restent fidèles à cette mesure, qu'ils avaient édifiée. », DAC, p. 546.

¹²⁷⁸ OC/DHR, T. III, p. 372.

¹²⁷⁹ OC/HR, T. III, p. 316.

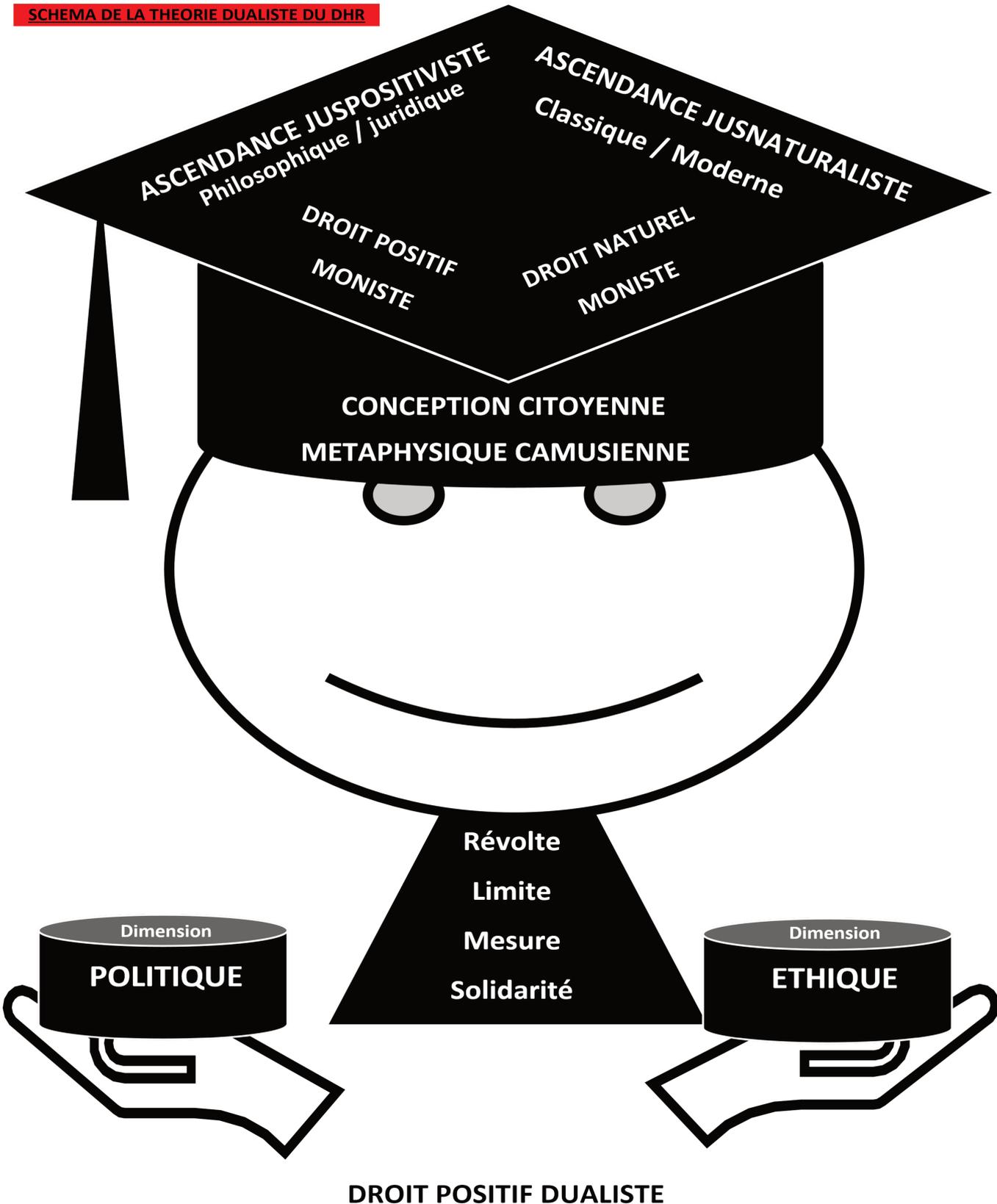
¹²⁸⁰ *Ibid.*

sur la réalité la plus évidente qui soit — le fait qu’aucun humain ne peut se sauver tout seul des périls mortels qui l’assaillent de toutes parts tout au long de son existence — ; la valeur la plus stimulante qui soit puisqu’elle est celle qui permet le plus riche développement humain à tous points de vue (intellectuel, affectif, social) ; la valeur dont plus que jamais aujourd’hui où les risques encourus sont majeurs et planétaires, dépend le salut de l’humanité.

668. Mais si la pensée de Camus est topique sans être utopique, c’est qu’elle offre la possibilité de penser le Droit à la fois tel qu’il est et tel qu’il doit être. Tel qu’il est conçu au moins dans l’aire occidentale, en démocratie et singulièrement en France, après une longue maturation civilisationnelle. Pour les citoyens dans leur ensemble ou autrement dit en tant que peuple ou nation détenteur / détentrice de la souveraineté, le Droit est antinomique à l’arbitraire — l’arbitraire qui rompt la solidarité. Des citoyens qui au fond, même s’ils ne le formulent pas nécessairement aussi clairement, font bien la différence entre la loi, émanation du pouvoir politique, et le Droit. Des citoyens qui, révoltés par une loi arbitraire qu’ils savent pourtant applicable, s’écrieront : vous n’avez pas le Droit ! Une différence que, curieusement si l’on pense que la science s’intéresse aux faits, ne font pas les « scientifiques du droit » positivistes.

III. Représentation graphique de la double ascendance de la théorie du DHR

SCHEMA DE LA THEORIE DUALISTE DU DHR



IV. Légende du schéma précédent :

Ascendance juspositiviste :

Positivisme philosophique : on retient l'idée de jonction de l'être et du devoir-être.

Positivisme juridique : on retient la base nécessairement politique du droit.

Ascendance jusnaturaliste :

Jusnaturalisme classique : on retient l'idée de mesure.

Jusnaturalisme moderne : on retient l'idée de nature humaine.

Conception citoyenne souveraine du droit :

Donnée anthropologique : le rejet humain universel et spontané de l'injustice.

Donnée empirique : en occident et singulièrement en France s'est imposée historiquement une conception collective (populaire/nationale) du Droit antinomique à toute forme d'arbitraire.

Donnée logique : le refus de l'arbitraire de la loi dans ses expressions les plus humainement intolérables trop souvent avéré et toujours possible, conduit selon un raisonnement apagogique, d'une part au rejet de la réduction positiviste du Droit à la loi confondue avec l'expression normative de la volonté politique, d'une part au refus de qualifier de Droit une loi arbitraire, et enfin au refus de son application par le Juge ; et pour cela, de préciser avec le refus de l'arbitraire, la dimension éthique du Droit. On peut aussi voir dans l'exigence d'une telle dimension — dans sa nécessité —, une condition transcendante : la condition même de possibilité du Droit : de son autonomie en tant qu'objet et concept. Et de l'autonomie de l'office du Juge : il serait évidemment contradictoire de reconnaître au politique le pouvoir d'interpréter la dimension éthique du Droit : Dire le Droit distingué de la loi par l'affirmation de cette dimension ne peut que revenir au Juge dont l'office dans la plénitude de sa conception, consiste, précisément à Dire de Droit.

Métaphysique camusienne : pour Dire le Droit, le Juge doit interpréter sa dimension éthique. Il doit disposer d'une grille d'interprétation aussi pertinente que possible. Or la pensée de Camus offre à cet égard un appui particulièrement opportun en raison de la radicalité de son questionnement sur le sens d'une existence humaine sociale de part en part, que le Droit a pour fonction de réguler. Un questionnement qui a pour point de départ une **révolte** contre l'injustice faite à l'homme par l'homme, qui débouche sur une exigence de **solidarité** contraire à toute forme de domination ou autrement dit d'arbitraire. Mais sans jamais perdre de vue une exigence tout aussi impérieuse de **mesure**.

Équilibre du système : Ce qui conduit à une nécessaire recherche d'équilibre entre l'expression normative de la volonté politique (c'est-à-dire la loi) et l'expression judiciaire de l'éthique du Droit. Le pouvoir du Juge doit être limité au refus d'application de la loi qui contrevient gravement à l'éthique du Droit, dans le strict cadre de sa saisine et par un jugement dans lequel il ne saurait, quel que soit son niveau dans la hiérarchie judiciaire, disposer par voie générale. En d'autres termes, le dispositif dualiste de la théorie du Droit inspirée de Camus assigne une **limite** tant au **pouvoir politique** qu'au **pouvoir juridictionnel**.

ANNEXE 3. Théorie du DHR, normativité et force normative

669. Au cours des développements de la thèse, le terme de normativité a été employé comme s'il allait de soi. Or s'il est vrai qu'il est aujourd'hui d'un emploi assez courant, il apparaît que cet emploi n'est pas encore bien fixé. Certains par exemple l'assimilent encore à la forme impérative que peuvent ou non revêtir les règles de droit, ou y voient la propriété des règles juridiques en tant qu'elles sont assorties de sanctions ; autrement dit, le droit positif au sens positiviste (ce qui est sous-entendu lorsqu'il est question sans autre précision de *droit positif*). Dans une acception plus fructueuse, la normativité désigne ce qui, précisément, manque à la définition du Droit par la sanction pour qu'il soit autre chose qu'un instrument au service de n'importe quel pouvoir politique.

670. Un manque que l'on peut tenter de combler de l'extérieur au droit positif en faisant des contorsions intellectuelles pour prétendre néanmoins dépasser l'opposition traditionnelle entre juspositivisme et jusnaturalisme. Ou plus sûrement de l'intérieur au Droit positif, mais d'un Droit positif dont le concept intègre la dimension éthique propre du Droit (ce qui est l'objet même de la thèse) et partant la question et la solution de la normativité et du dépassement effectif de la sempiternelle opposition. La locution « force normative » est d'un emploi plus récent et restreint, bien qu'elle présente un indéniable intérêt pour qui prétend faire la théorie du Droit applicable, mais dont l'application n'est pas nécessairement, n'est pas essentiellement, due à l'existence d'une sanction. Une théorie qui prétend rendre compte, avec la dimension éthique en question, du Droit tel que le comprend le peuple souverain, tel par conséquent qu'il soit spontanément disposé à le respecter. Un Droit dont la force normative trouve sa source principale dans l'adhésion majoritaire des justiciables et non dans la « peur du gendarme », même si bien entendu, il ne saurait être question d'éliminer tout recours à la force publique. Un Droit, une normativité, une force normative, qui conviennent à une démocratie véritable.

I. Théorie du DHR et normativité

671. François Brunet, dans sa thèse déjà citée, fait l'historique de l'emploi des vocables « norme », « normatif », « normativité ». Un emploi dont les juristes n'ont pas l'exclusivité¹²⁸¹ et qui chez eux est assez variable et imprécis. « Ce n'est qu'au lendemain de la Seconde guerre mondiale que (...) Motulsky fait du « principe normatif » une notion cardinale du Droit (...). Il mentionne ainsi que « le Droit a un caractère normatif », ce qui permet de définir l'« ordre juridique [...] comme un ensemble de *normes* de conduite sociale, comme un corps de règles » de Droit. Pour Motulsky, « le caractère normatif congénital du Droit » est son caractère impératif. Seule une règle impérative est ainsi une véritable règle de Droit. »¹²⁸² Ce qui ne va pas sans difficultés, comme on le voit au travers de la jurisprudence au plus haut niveau. Ainsi avec le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 relative à la

¹²⁸¹ « La normativité est potentiellement partout, dans les discours juridiques, mais aussi dans bon nombre d'activités sociales, sinon dans toutes. », François Brunet, *op. cit.*, p. 24.

¹²⁸² François Brunet, *op. cit.*, pp. 27 et 28.

Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, qui censure certaines de ses dispositions en raison de leur absence de portée normative, sans estimer nécessaire de définir précisément la normativité, assimilée implicitement à l'impérativité, bien que le Conseil admette que certaines lois puissent ne pas présenter ce caractère (les lois de programme de l'article 34 al. 7 de la Constitution, par exemple). Faut-il assimiler normativité et impérativité, mais encore normativité et juridicité ou obligatorité ? N'est-ce pas en tout état de cause toujours affirmer, dans une même perspective positiviste, que le droit positif se définit comme l'ensemble des normes qui peuvent être effectivement sanctionnées par l'autorité qui détient la force ?

672. Le concept de normativité n'est vraiment intéressant que si, comme un juriste qui n'est pas totalement inhibé par l'idéologie positiviste l'entend spontanément, il appelle une autre conception du Droit. Une conception qui n'exclut pas mais intègre la conception dominante. « Un droit positif ne peut définir lui-même ce qu'il est, ni les caractéristiques essentielles qui le font droit »¹²⁸³ observe encore François Brunet. Ce qui est vrai, mais seulement si l'on fait sien le concept bancal de la conception dominante du droit. Un concept qui ne rend nullement compte de la singularité des normes régulatrices des sociétés politiques humaines. Un concept auquel fait défaut ce qui, seul, est « capable d'expliquer que ces normes puissent être obligatoires non pas en raison de l'existence d'une sanction, mais en raison d'une *qualité qui leur est propre*, antérieure ou indépendante de la sanction, mais qui soit aussi en mesure de rendre compte qu'elles puissent valablement s'attacher une sanction pour le cas où leurs dispositions ne seraient pas respectées. »¹²⁸⁴

673. C'est cette « *qualité propre* » que prend en charge dans notre théorie la dimension éthique du Droit. Une dimension « *constitutive du droit en tant que tel*, et non pas seulement de tel ou tel droit positif », ce qui « signifie que le droit positif [positiviste] n'est pas en mesure de *normer* sa propre normativité. »¹²⁸⁵ Un « droit positif [positiviste] ne peut définir lui-même ce qu'il est, ni les caractéristiques essentielles qui le font droit : il est une émanation du droit, il en procède assurément, mais il ne crée pas tout le droit. »¹²⁸⁶ Ce qui lui manque, c'est précisément ce que sa théorie s'est interdit et qui n'est rien moins qu'essentiel à la pensée de la régulation propre aux sociétés humaines : son lien avec le sens de l'existence humaine en tant qu'existence toujours déjà sociale ; un sens qui est logiquement au commencement du questionnement existentiel camusien. En quelque sorte le tort du juriste positiviste, c'est de scier la branche sur laquelle il est assis : en se coupant de ce qui le relie au tronc qu'est le sens (direction et valeur)

¹²⁸³ *Ibid.*, p. 39. Dès l'introduction générale on a rappelé que le Droit qui est une création humaine de part en part, ne pouvait être réduit à un « système à la fois clos et complet tel que se présente abusivement le système du droit dans sa conception positiviste, alors qu'il ne peut appartenir par nature qu'à la catégorie des systèmes ouverts ». (cf. supra n°6) Un système qui comporte nécessairement une « brèche logique » que la théorie du DHR ne prétend pas combler, mais seulement doter de ce qui lui manque d'essentiel : sa dimension éthique (humaine).

¹²⁸⁴ *Ibid.*, préface d'Etienne Picard, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), p. 18.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 39.

¹²⁸⁶ *Ibid.*

humain d'une création humaine de part en part, il ne peut que tomber dans le vide... le vide de sens de son objet. Le vide ou le non-sens humain d'une réduction du droit à la décision du pouvoir quel qu'il soit, et même si la loi ne sert qu'à tenir la cité sous la férule d'un fou, pourvu qu'il soit en mesure de l'imposer. Et cela au nom d'une fausse science qui prétend que les valeurs seraient nécessairement irrationnelles, indémontrables, alors que « c'est exactement le contraire qui devrait logiquement s'imposer, au regard de l'objet étudié lui-même. C'est parce que le droit est une construction humaine que la science juridique doit chercher à comprendre les fondements et la raison d'être de cette construction. »¹²⁸⁷

674. Dès lors, s'il est vrai que « la normativité juridique présente cette particularité de n'être jamais définie par le droit positif (...) *parce qu'elle surdétermine le droit positif* »¹²⁸⁸, c'est bien uniquement dans le cadre de la conception unidimensionnelle du droit positiviste. Dans le cadre de la théorie bidimensionnelle du DHR, avec la dimension éthique du Droit, la normativité est définie par le Droit positif lui-même. Elle ne lui est pas extérieure. Ce qui ne veut pas dire que le système du Droit ainsi conçu est un système clos en contradiction avec ce qui a été indiqué plus haut. Il est au contraire ouvert sur la société qu'il a pour fonction de réguler et qui est la source vive de sa légitimité. La société politique, c'est-à-dire en termes modernes l'État avec d'un côté un pouvoir distribué dans des institutions et de l'autre un peuple ou une nation (peu importe ici), c'est-à-dire l'ensemble des citoyens qui est la source vive de la souveraineté ou autrement dit, de la légitimité. Des citoyens pour qui dans leur immense majorité, si la loi peut être arbitraire (inique, injuste, indigne), le Droit ne saurait l'être. Particulièrement dans l'ère occidentale et plus singulièrement encore en France après une longue maturation historique et civilisationnelle qui a donné corps à la révolte spontanée de tout homme confronté à l'injustice majeure de ses semblables ; une révolte qui est une donnée anthropologique mais aussi une exigence que l'on peut dire transcendantale si par là on entend que la reconnaissance de la légitimité d'une telle révolte est une condition de possibilité ou de « pensabilité » d'une régulation sociale qui ne soit pas assurée par le seul instinct ou imposée exclusivement par la force ou la ruse.

675. Il s'agit d'une condition dont la nécessité est en quelque sorte confortée par le raisonnement auquel il a été recouru dans le cadre de la présente thèse : celui qui consiste à conclure, du fait que le Droit est une création humaine (par les hommes pour les hommes), à l'impossibilité logique qu'il puisse organiser, consacrer, prescrire l'inhumanité. Ou autrement dit à l'impossibilité pour le scientifique du Droit de qualifier de Droit des lois qui le font et pour le Juge à qui il revient de Dire le Droit, de les appliquer. Les lois en question en quelque sorte « détachées » du Droit, ne peuvent que déchoir en purs et simples démonstrations de force, de domination. Ce raisonnement bien entendu ne tient que si par « création humaine » on entend non seulement le fait de la création d'un mode de régulation propre à l'espèce humaine, mais aussi une valeur : la création d'un mode de régulation qui prend en compte l'exigence éthique propre à l'espèce humaine — celle qui correspond au « nous sommes » camusien. Celle sans

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 263.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, p. 39.

laquelle la création en question ne serait qu'un simple substitut aux déterminismes à l'œuvre (avec bien entendu toutes sortes de nuances) dans les autres espèces sociales, une autre organisation de la domination par les plus forts, c'est-à-dire ceux capables d'imposer leur volonté contre celle des autres. « La qualité propre antérieure ou indépendante de la sanction » dont la prise en compte légitime la sanction, peut être sans doute diversement interprétée. On peut la situer dans la liberté considérée comme l'expression la plus caractéristique de la dignité humaine, elle-même « perçue (...) comme l'« axiome » du droit tant elle paraît essentielle à la normativité juridique. »¹²⁸⁹ Une liberté en fait toujours impliquée par toute norme « quant à l'obéissance ou la transgression de cette norme » indépendamment de son contenu matériel qui peut être éventuellement liberticide.

676. Mais de notre point de vue ce qui est le plus fondamental et le plus certain, ce qui donne sens au questionnement sur la normativité juridique, c'est la solidarité. Ainsi que peut valoir la reconnaissance de la dignité humaine ou autrement dit de l'égalité de tout homme, sans la reconnaissance de ce que tout homme, quelle que soit sa position et sa fonction sociale, est solidairement garant de son respect ? Et partant de la liberté qui lui est inhérente ? Ce n'est pas la dignité humaine mais la solidarité qui est première. C'est par la conscience profonde, irréversible (avec Camus dans le processus de la révolte contre l'injustice), à la fois du fait et de la nécessité pour la survie et le développement à tous égards de moi-même et de l'autre, et de l'exigence éthique qui s'en évince, que prend véritablement sens et corps la dignité humaine. Et avec elle la liberté si la liberté doit être autre chose que l'expression égotique de mes désirs ; une liberté qui est la seule véritable liberté, celle dont l'exercice est directement proportionnel à celui de la responsabilité. La solidarité est donc, de notre point de vue, le fondement de la normativité juridique et ce qui confère à la conception bidimensionnelle du Droit sa légitimité, laquelle est par définition un jugement de *valeur* sur le droit positif.

677. Sans doute, tels gouvernants peuvent-ils se prétendre légitimes par une forme de « présomption de conformité au droit » de leurs actions, si bien que la relation de légitimité nous apparaît bien souvent comme une relation bien peu exigeante. Ainsi la légitimité semblerait acquise aux gouvernants quelles que soient leurs actions, ce qui laisserait penser que la simple prétention à exercer un pouvoir est suffisante, et la légitimité assez flexible — et les gouvernés assez dociles ? — pour ne jamais être rompue. Néanmoins le caractère superficiel d'une telle idée est évidemment attesté par les phénomènes de remise en cause du pouvoir et de révolution, où seules des considérations substantielles peuvent expliquer le renversement d'institutions juridiques qui semblaient jusque-là inébranlables. »¹²⁹⁰ Pour l'auteur de ces lignes, « la dissociation entre le droit tel qu'il est posé et le droit tel qu'il devrait être dans l'idéal »¹²⁹¹ permet de se placer « dans la perspective d'une *recherche du juste*, tout en admettant le statut *idéal* de cette recherche »¹²⁹² et de « fonder par là une critique du droit

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 189.

¹²⁹⁰ *Ibid.* pp. 467 et 468.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 470.

¹²⁹² *Ibid.*

positif »¹²⁹³, mais une critique non-positive. La théorie du DHR est au contraire une théorie de la normativité juridique qui fait clairement de la question de la recherche de la justice identifiée à la recherche de la solidarité une question inhérente à la théorie du Droit positif en tant que théorie du Droit tel qu'il est et non du droit tel qu'il devrait être selon un idéal, ou du droit réduit à sa dimension politique pour les besoins d'une science positiviste qui n'est pas celle du Droit mais celle de l'objet tronqué qu'elle s'est arbitrairement constitué. Une théorie réaliste du Droit dont on peut espérer, du fait même de sa conformité à la conception qu'en ont ses destinataires souverains, qu'elle optimise sa force normative.

II. Théorie du DHR et force normative

678. « Dans une épistémologie positiviste classique, il est possible de comprendre la force normative de manière étroite, comme synonyme de force obligatoire. Elle ne présentera alors qu'un intérêt limité. »¹²⁹⁴ Les ressorts de l'obéissance à la loi sont en fait complexes. On pense spontanément qu'il y a la crainte de la sanction (souvent surestimée), le prestige dont bénéficient les autorités qui sont à l'origine des lois, la crainte révérencielle qu'ils suscitent, l'habitude, le conformisme social, « la force du langage, la force symbolique et plus fondamentalement encore la force de la croyance »,¹²⁹⁵ en arrière-plan une certaine tendance à l'obéissance chez des animaux sociaux, etc. Il semble qu'assez curieusement « le thème de la force des normes en droit a été fort peu exploré, en lui-même, par les juristes »¹²⁹⁶ alors qu'il devrait être central dans la pensée juridique si l'on considère qu'il n'y a à proprement parler de Droit qu'effectivement appliqué par ceux dont il est censé régir la vie sociale. Qu'est-ce qu'un droit qui n'a d'autre existence que papetière ? Il est certain que « la force normative du droit ne réside pas en soi dans les normes, mais puise à des sources qui le transcendent. La force normative vient d'ailleurs »¹²⁹⁷ et c'est friser la lapalissade que d'ajouter qu'« elle prend plus profondément sa source dans les êtres humains. »¹²⁹⁸ Lesquels sont en effet, évidemment, la source du Droit dans tous les aspects de sa réalité puisque le Droit est une création humaine de A à Z ; spécifiquement humaine. Puisque le Droit n'a de sens que rapporté à l'existence humaine, en tant spécifiquement qu'existence humaine.

679. Ce pourquoi il est apparu opportun de faire choix d'un penseur de l'existence humaine pour penser la dimension éthique du droit porteuse de ce sens. Un sens que de façon plus ou moins claire, mais néanmoins profonde, perçoivent sinon comprennent les sujets de droit lorsqu'ils opposent au représentant de la loi positive arbitraire, injuste, le Droit. La loi qui

¹²⁹³ *Ibid.*

¹²⁹⁴ Catherine Thibierge et *alli*, *La force normative, Naissance d'un concept*, ouvrage collectif, LGDJ, Lextenso édit., Paris, 2009, p. 819.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, p. 821.

¹²⁹⁶ *Ibid.*, p. 817.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, pp. 820 et 821.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

a alors déchu dans la confiance qu'ils pouvaient lui faire. Car si les explications relatives à la force normative sont multiples, il semble que l'on devrait y faire figurer en bonne place sinon au centre, la confiance qui est la seule alternative à l'emploi de la force lorsque le respect de la loi n'est pas le résultat d'un automatisme ou quasi-automatisme quelconque. Les sujets de Droit sont en effet des êtres doués de conscience, d'intelligence, de sens critique, et la confiance qu'ils peuvent raisonnablement accorder, non pas à la loi parce que c'est la loi, mais à la loi et donc à ses auteurs en tant qu'elle / qu'ils vont dans le sens de l'intérêt commun, est sans aucun doute primordiale. Elle touche aux « trois pôles »¹²⁹⁹ de la force normative identifiés par Catherine Thibierge : celui de la « valeur normative (...) en lien avec la source de la norme » du point de vue essentiellement « axiologique, en prenant en compte sa légitimité »¹³⁰⁰ ; celui de la « portée normative (...) en lien avec les effets de la norme » sous l'angle « de son effectivité « sur le terrain » où « Il s'agit (...) d'observer les effets produits par la norme, la manière dont la norme est reçue et perçue par ses destinataires et plus largement par les acteurs sociaux et les acteurs du droit, qu'ils soient auteurs de doctrine ou praticiens »¹³⁰¹ ; celui de la « garantie normative » au sens de « la garantie du respect et de la validité de la norme (offerte) par le système juridique », assurée au moyen de divers « attributs »¹³⁰², parmi lesquels les différents recours au juge ouverts aux justiciables.

680. *Penser le Droit avec Camus, c'est aussi s'intéresser à la force normative du Droit. C'est paradoxalement avec lui, s'efforcer de réduire l'écart entre la justice en tant qu'institution et la justice en tant que valeur, qu'il n'a eu de cesse de dénoncer. Sa philosophie de l'existence est fondée sur la capacité de tout homme à se révolter contre l'injustice, d'abord dans sa confrontation à une condition absurde, mais celle-ci étant dépassée puisqu'elle est vaine, contre la seule injustice qu'il soit en son pouvoir de combattre : l'injustice faite à l'homme par l'homme. Il s'agit pour le juriste qui s'en inspire de déplacer la focale, de l'institution, sur le Droit dont elle est l'émanation. Avec l'idée que le comportement des juges qui sont évidemment des hommes comme les autres, dépend dans une part qui peut être considérable, de la conception même du Droit qu'il leur revient de Dire. Une conception à laquelle Camus qui n'était pas juriste n'a sans doute pas songé, mais à laquelle un juriste qui s'inspire de sa pensée, peut, lui, songer. Songer à ce qui permettrait d'instaurer sinon de restaurer, la confiance en l'institution qu'un homme comme lui, épris de justice, n'a jamais pu lui accorder. Une confiance qui à n'en pas douter, si elle pouvait être acquise auprès d'un homme comme lui, le serait auprès de l'ensemble des citoyens.*

681. Où l'on retrouve la question de la force normative : pour qu'une norme juridique soit appliquée sans qu'il soit besoin de recourir à la contrainte, non pas spontanément par l'effet d'une soumission profondément intégrée, par habitude, ou pour toute autre raison du même ordre, mais en pleine connaissance de cause, il faut que les citoyens aient confiance dans le

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 822.

¹³⁰⁰ *Ibid.*

¹³⁰¹ *Ibid.*

¹³⁰² *Ibid.*, p. 823.

pouvoir politique qui l'a produite. Non pas une confiance béate, « religieuse » ou idéologique, mais une confiance réfléchie, assise sur le fait de l'action juste menée par ce pouvoir — solidaire dans notre interprétation du « juste ». Il est possible et il ne peut qu'être assez fréquent dans les faits dans une société complexe, que les citoyens ne disposent pas de tous les éléments leur permettant de vérifier l'utilité (assimilée à la légitimité) sociale d'une nouvelle norme, ou autrement dit, qu'ils doivent se fier aux justifications données par son auteur au soutien de son édicton, mais elle sera néanmoins appliquée sans réticence majeure si les citoyens n'ont aucune raison sérieuse de douter de la sincérité et de la pertinence de ces justifications. S'ils n'ont aucune raison d'en douter parce que les normes précédentes ont démontré à l'usage cette sincérité et cette pertinence. Ce qui rejoint l'étymologie : « Le terme de fiducia est issu du latin *fiducia*, confiance, et de *fides*, foi ; en droit, de *fidus*, à quoi ou à qui on peut se fier. »¹³⁰³

682. Ce qui interroge sur la pratique de la démocratie qui est le seul régime censé reposer sur la confiance accordée par une majorité de citoyens au pouvoir qu'ils ont élu alors que cette confiance est aujourd'hui largement mise en doute. Il est entendu que la démocratie ne repose pas sur un consensus général — l'existence d'un dissensus lui est même consubstantielle —, et que la sanction positive ou négative de cette confiance est assurée *a minima* par une élection périodique. Mais l'on voit que dans la plupart des pays où flotte sa bannière, y compris au sein de l'Union Européenne, cela ne suffit pas à garantir l'existence de la confiance en cas de réélection et le retour de la confiance avec les nouveaux dirigeants dans le cas contraire. Avec la normativité du droit, telle en tout cas qu'elle est conçue dans notre théorie, il est question d'un dédoublement de la confiance. Les lois (au sens large) sont l'expression de la volonté, des choix, des valeurs, des politiques qui en sont les auteurs. Une expression qui respecte ou non les programmes, les engagements qu'ils ont pris devant leurs électeurs. Dans une perspective positiviste, moniste, la perte de confiance des électeurs sera à la fois, indissociablement, politique et juridique. Des électeurs mais en fait de l'ensemble des citoyens qui considéreront que c'est de l'ensemble des hommes politiques qu'il faut se défier. La défiance sera politique *et* juridique puisque la loi n'est que politique. Ce que, tout en prétendant objectiver son objet, ne fait qu'entériner le positivisme.

683. Dans la perspective dualiste qui est la nôtre, la défiance politique n'entraîne pas nécessairement la défiance juridique, puisque le Droit n'est plus réduit à sa dimension politique ; qu'il est défini aussi, par sa dimension éthique. Les citoyens révoltés par une loi qui rompt gravement la solidarité, peuvent encore faire confiance au Droit — au Droit distingué substantiellement de la loi. Ils peuvent demander au Juge dans le cas où l'on prétend leur appliquer une telle loi, de refuser cette application. Non pas comme c'est le cas avec le contrôle de constitutionnalité, pour demander que la loi ou telle ou telle de ses dispositions soit abrogée, mais seulement pour demander au juge saisi qu'elle ne soit pas appliquée dans le cas qui lui est soumis. Sa décision qu'elle fasse ou non droit à cette demande peut ou non être suivie par un autre juge saisi d'un cas identique en première instance ou à l'occasion de l'exercice d'une voie de recours. Notons que ce débouché judiciaire direct et immédiat ouvert, notamment dans le

¹³⁰³ François Brunet, *op. cit.*, p. 419.

cadre d'une action de désobéissance civile, à la résistance non violente des citoyens confrontés à une loi qu'ils estiment gravement contraire à l'éthique du Droit, est inhérent à notre conception bidimensionnelle de la normativité du Droit : une normativité dont le foyer n'est pas extérieur mais intérieur au Droit positif avec sa dimension éthique qu'il appartient au Juge et à lui seul en tant que Juge d'interpréter et d'appliquer.

684. Une conception de la normativité qui est de nature à renforcer la démocratie, avec la confiance des citoyens dans un Juge qui dit effectivement le Droit et non seulement la loi (politique), un Juge effectivement garant de leur liberté (indissociable de la solidarité). Une démocratie radicale sur le plan juridique ; strictement juridique. Notons également que dans cette conception du Droit à laquelle la révolte fournit son élément dynamique, la notion de « force normative » prend tout son sens. Avec elle, la force n'est pas seulement analogique ou métaphorique. Elle vise une certaine libération d'énergie émotionnelle : chez tout homme confronté à une injustice majeure comme chez le *Juge révolté* confronté à une loi qui contredit gravement l'éthique du Droit ; un juge qui ne perd de vue, ni qu'il est juge, ni qu'il n'en demeure pas moins homme, ni que la loi doit être respectée, ni que le Droit doit être respecté, mais que la loi ne saurait sans déchoir en un pur acte de domination, ignorer avec l'éthique du Droit, le propre de la normativité du Droit.

ANNEXE 4. Théorie du DHR et *Théorie de la justice*

685. Pas plus qu'il n'a été question de faire la recension (à la supposer possible) des multiples conceptions du Droit des juristes et des philosophes du droit depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours ¹³⁰⁴ avant d'exposer celle inspirée de Camus, pas plus il ne saurait être question de s'engager ici, de surcroît dans le cadre d'une simple annexe, dans un rappel des non moins multiples et souvent connexes conceptions de la justice dont est jalonnée l'histoire humaine. On trouve en effet une conception de la justice exposée comme telle ou déductible de sa pensée, chez tout grand philosophe. Et tout grand juriste, même lorsqu'il prétend le contraire, s'appuie toujours sur une conception de la justice en tant que valeur ; même lorsqu'il prétend rejeter toutes les valeurs du champ clos de sa discipline. Il s'agit seulement ici, sans qu'il soit besoin de remonter à l'Antiquité, de donner quelques éléments de comparaison entre la théorie de la justice qu'est aussi la *Théorie du Droit de l'Homme révolté* et une théorie de la justice contemporaine autour de laquelle on peut dire que le débat sur la justice depuis la fin de la seconde guerre mondiale, s'est organisé : la *Théorie de la justice* de John Rawls. Une théorie dont les racines, ce qui n'est guère surprenant, sont européennes (continentales et anglaise) et la portée nonobstant ses particularités américaines, tout autant européenne.

686. Bien que son auteur ne semble pas s'être intéressé à la pensée de Camus, contrairement par exemple à Hannah Arendt, il n'en est pas moins intéressant de les faire dialoguer : dialoguer plutôt que s'affronter terme à terme comme on pourrait être tenté de le faire, tant sont différents les tempéraments philosophiques du professeur et théoricien d'Harvard et de celui qui écrivait en octobre 1945 dans ses *Carnets* : « Pourquoi suis-je un artiste et non un philosophe ? C'est que je pense selon les mots et non selon les idées ». ¹³⁰⁵ Mais si Camus n'a pas écrit une monumentale *Théorie de la justice*, comme il n'a jamais écrit un monumental traité de métaphysique tel que *L'être et le néant* de Sartre, il n'a eu de cesse tout au long de sa vie et de son œuvre, lui aussi, de méditer sur la justice, y compris en tant qu'institution. ¹³⁰⁶ Et si différents qu'ils soient à tant d'égards (y compris par leurs origines

¹³⁰⁴ Étant entendu que bien des théories actuelles de la justice continuent de puiser leur inspiration, au prix d'incessantes (ré)interprétations chez d'incontournables philosophes tels que Platon ou Aristote avec des œuvres, impérissables, telles que, pour le second *L'éthique à Nicomaque*, avec les notions de justice commutative (égalité arithmétique) et de justice distributive (selon les mérites). Les références de Rawls à Aristote par exemple, sont multiples. Ainsi après avoir défini son approche de la justice comme équité, il précise : « ...cette approche peut sembler en désaccord avec la tradition. Je crois cependant qu'il n'en est rien. Le sens le plus précis donné par Aristote au terme de justice et dont dérivent les formulations les mieux connues est le refus de toute *pleonexia*, c'est-à-dire de l'acquisition d'avantages pour soi-même en s'emparant de ce qui appartient à quelqu'un d'autre, propriété, récompense, emploi, etc., ou en refusant à une personne de lui rendre son dû, de tenir une promesse, de rembourser une dette, de montrer le respect qui lui est dû, etc. », John Rawls, *Théorie de la Justice*, édit. Du Seuil, 1987, Paris, p. 36-37.

¹³⁰⁵ OC/CA, T. II, p. 1029.

¹³⁰⁶ Les tribunaux sont un observatoire de la société (...). André Gide l'avait compris dont les *Souvenirs de la cour d'assises* préparent à ses écrits civiques des années 1920 et 1930 (...). Dans ses *Carnets*, Camus, après Dostoïevski et Kafka, s'interroge sur le « fonctionnement absurde » de l'institution judiciaire. Dans une lettre à Jean Grenier, il dit avoir « suivi beaucoup de procès » et vécu « avec intensité » cette expérience » : Jeanyves Guérin, *Littérature et politique*, édit. Honoré Champion, Paris, 2013, p. 48-49 du chapitre intitulé *La justice en procès*. L'analyse de

sociales : l'un né dans une famille très aisée de Baltimore, l'autre né dans le plus grand dénuement matériel et culturel) les deux hommes, d'un côté et de l'autre de l'Atlantique, n'en sont pas moins du même bord : celui des hommes préoccupés du sort de tous leurs semblables, qui refusent que certains soient laissés pour compte. Ils ont en partage au-delà de profondes différences d'approche, un humanisme à « hauteur d'homme », c'est-à-dire sans prétention à la perfection, mais cependant indéfiniment perfectible.

687. Il a été question à la fin de la seconde partie de la thèse, avec Camus, d'une « pensée de midi » humaniste et d'un renouveau de l'humanisme. Il est parfois question à propos de Rawls et de quelques autres, d'un « libéralisme post-moderne comme un nouvel humanisme », dont « Une de ses caractéristiques principales, explique Andrzej Szahaj, est son apport à la solidarité humaine et au sens de responsabilité concernant le sort d'autrui. Ainsi, ce n'est pas un libéralisme qui glorifie l'isolement égoïste, mais un libéralisme qui est sensible aux sentiments humains de peine et de souffrance. Il essaie d'ajouter à la logique du marché libre d'importants programmes d'assistance. Il désire faire naître des règles de justice comprises dans les termes *rawlsiens* à la fois au-dedans des frontières d'un pays donné et au-dedans de la communauté internationale. » ¹³⁰⁷ « La justice, déclare Rawls, est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée. Si élégante et économique que soit une théorie, elle doit être rejetée ou révisée si elle n'est pas vraie ; de même, si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes. » ¹³⁰⁸

688. Pour nous, c'est la solidarité qui est d'abord un fait et une nécessité, qui est pour celui qui en prend une conscience claire et profonde, la première vérité *et* la première valeur, d'ailleurs expressément nommée par l'auteur susvisé. La déclaration de Rawls est autrement dit compatible avec notre propre conception des institutions sociales, et particulièrement pour ce qui nous concerne, de l'institution judiciaire. Il est entendu en effet que ni cette dernière ni les lois qu'elle met en œuvre, ne sauraient aller gravement à l'encontre de la solidarité sans laquelle la justice est en quelque sorte privée de support. Et si l'équité rawlsienne n'est pas la solidarité telle que la conçoit Camus, l'une et l'autre sont en tout cas sous-tendues par une même préoccupation progressiste en opposition au positivisme juridique : « le droit n'est droit [Droit] qu'autant qu'il protège et garantit la norme de justice ». ¹³⁰⁹

689. Reste que si le point d'arrivée de *La justice comme équité* — « procurer une base philosophique et morale acceptable aux institutions démocratiques » ¹³¹⁰ —, peut être tenu

L'Étranger, à laquelle il a été procédé à la section 2 du chapitre 1 du titre 2 de la seconde partie de la thèse, atteste de la culture judiciaire de Camus.

¹³⁰⁷ Andrzej Szahaj, *Le libéralisme postmoderne comme un nouvel humanisme*, Diogène, 2004/2 (n° 206), p. 79 à 88, mis en ligne sur Cairn.info le 01/12/2007 <https://doi.org/10.3917/dio.206.0079>

¹³⁰⁸ John Rawls, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁰⁹ Simone Manon PHILOLOG, Cours de philosophie en ligne, *Une théorie moderne de la justice : John Rawls*.

¹³¹⁰ John Rawls, *La justice comme équité, Une reformulation de Théorie de la justice*, La découverte, Paris, 2003, 2008, p. 22.

pour commun, par contre il n'en va pas de même du point de départ : alors que Rawls considère que l'homme est naturellement égoïste, Camus lui, considère que la solidarité est une caractéristique de la nature humaine entendue comme ce qui est propre à l'homme ; comme ce qui le caractérise en tant qu'être indissociablement individuel et social, dont la subsistance comme celle de tous les membres de toutes les espèces sociales dépend des autres, mais avec cette singularité qu'avec lui cette dépendance est conscientisée et l'objet d'une réflexion au-delà de son fait, sur son sens ou autrement dit sa valeur. Un « propre » qui ne va cependant pas de soi, qui est à découvrir, à s'approprier et à développer. Mais pour Camus, la raison sans l'expérience sensible ne suffit pas pour parvenir à l'instauration d'une « société comme système équitable de coopération sociale »¹³¹¹ et plus précisément pour lui, d'une société solidaire.¹³¹² Il faut pour se convaincre en profondeur et durablement de la nécessité de la solidarité et du bien inestimable qu'elle constitue, l'éprouver au travers et au débouché de la révolte, d'abord solitaire, née du « spectacle de la déraison devant une condition injuste et incompréhensible »¹³¹³, puis solidaire : « je me révolte, donc nous sommes ». ¹³¹⁴

690. Si Camus, comme Rawls, pense que l'homme est un être rationnel, ce n'est pas avec la même foi dans le pouvoir de la raison.¹³¹⁵ La *Théorie de la justice* d'inspiration kantienne est le produit d'un rationalisme auquel le penseur de l'absurde ne saurait souscrire. Notre théorie du Droit qui s'en inspire n'est pas fondée sur l'idéal d'une « position originelle » hors du temps et de l'espace dans laquelle les acteurs heureusement frappés d'amnésie n'ont plus pour tout bagage que leur capacité de raisonnement pour ne pas dire de calcul.¹³¹⁶ Point

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² La solidarité qui n'est pas la fraternité. La seconde contrairement à la première, se passe de la reconnaissance du fait, de la portée et de la valeur inestimable, de l'interdépendance des hommes. Elle peut être unilatérale comme la charité, et rapportée à des considérations morales, religieuses ou même juridiques comme on le voit avec la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018 déjà citée, selon laquelle : « il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national ». Ce qui n'est pas rien, mais ce qui n'implique nullement que sa prise en compte ait vocation à dépasser le cercle de « l'humanitaire », puisse tout autant concerner celui du social au sens large.

¹³¹³ OC/HR, T. III, p. 69.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 79.

¹³¹⁵ « À défaut de certitude, il convient en effet d'être « raisonnable », c'est-à-dire d'accepter que les vérités ne soient atteintes que par approximation », DAC, p. 737. La confiance exagérée dans la raison ne peut que conduire à l'idéologie.

¹³¹⁶ Une « position originelle », c'est-à-dire « une manière procédurale, argumentative, permettant de s'accorder, à partir d'une situation d'intersubjectivité, sur une charte fondatrice de la répartition des avantages et des charges dans la société. » Simone Manon, *op. cit.* Il s'agit de faire l'expérience de pensée d'une réunion de citoyens auxquels il est fixé pour objectif la définition des principes (structure de base) qui vont déterminer leur existence en commun au sein de la cité. Une délibération sur laquelle est jeté un « voile d'ignorance » de leurs situations particulières : leur origine ethnique, sociale, leur sexe, leurs intérêts de toutes sortes, les relations qu'ils ont pu entretenir auparavant entre eux, leurs croyances et particulièrement de la vie bonne. Les participants dont il serait impossible d'obtenir un accord sans une telle suspension de leurs motivations habituelles, trouvant alors au contraire à s'accorder. « Par exemple, si un homme savait qu'il était riche, il pourrait trouver rationnel de proposer le principe suivant lequel les différents impôts nécessités par les mesures sociales doivent être tenus pour injustes ; s'il savait qu'il était pauvre, il proposerait très probablement le principe contraire. » John Rawls, *Théorie de la*

n'est besoin pour refuser le « tout est permis », l'égoïsme, le nihilisme, l'injustice sous toutes ses formes, de recourir à la fiction du contrat dans la filiation traditionnelle de Hobbes, Rousseau et Kant. « Le *contrat social* est (...) un catéchisme dont il a le ton et le langage dogmatique » note Camus.¹³¹⁷ Sans nier le nécessaire passage par un dispositif théorique, il est plus réaliste et donc plus « raisonnable », de commencer par le commencement, c'est-à-dire, pour penser la « structure de base » de la société et partant sa régulation, de partir de l'interrogation la plus commune et fondamentale possible, sur le sens de l'existence humaine. Pourquoi recourir à un accord sur des principes régulateurs tirés d'une « position originelle » purement fictionnelle et hypothétique pour fonder l'équité au sein de la cité, alors que ces principes peuvent être tirés de la « position existentielle » réelle de ses membres ? Une position non moins initiale et déterminante que l'autre, mais nette de toute forme d'idéalisme et de dogmatisme.

691. Mais néanmoins *Penser le Droit avec Camus* ne conduit pas à se séparer d'une entreprise telle que celle de Rawls qui, certes, se situe dans un cadre philosophique à la fois néo kantien et anglo-saxon qui lui est étranger, mais qui dans sa recherche d'une « solution de remplacement pour l'utilitarisme »¹³¹⁸ dont il s'efforce de corriger les conséquences humainement inacceptables, rejoint dans une certaine mesure celle de *L'Homme révolté*. Ainsi dans son effort de se « représenter l'égalité entre des êtres humains en tant que personnes morales, en tant que créatures ayant une conception de leur bien et capables d'un sens de la justice »¹³¹⁹ exprimé autour de deux principes : de liberté et d'égalité selon lequel chaque être humain a un droit égal aux libertés les plus étendues compatibles avec la liberté des autres ; et de différence, mais à la condition que les inégalités économiques et sociales soient conçues de telle sorte qu'elles contribuent au plus grand bénéfice possible des moins favorisés, et que toutes les positions au sein de la cité soient ouvertes à tous dans le plus grand respect possible de l'égalité des chances. Ce qui revient à fonder rationnellement la social-démocratie¹³²⁰ avec le

justice, op. cit., p. 45. Mais comme il ne sait pas ce qu'il en est, il optera rationnellement pour une solution qui ménage les deux points de vue. Dans cet exemple et dans n'importe quel autre.

¹³¹⁷ (OC/HR, T. III, p. 158. Ainsi avec Rousseau « les mots que l'on retrouve le plus souvent dans le *Contrat social* sont les mots « absolu », « sacré », « inviolable », *Ibid.*, p. 159.

¹³¹⁸ John Rawls, *op. cit.*, p. 628.

¹³¹⁹ *Ibid.*, p. 46.

¹³²⁰ John Rawls est situé à gauche de l'échiquier politique américain, qui n'est pas celui de la France du temps de Camus, ni malgré l'extrême affaiblissement du parti communiste, celui d'aujourd'hui. Mais lui aussi entendait « dissocier la politique et l'idéologie et répudier tout utopisme. [Pour lui aussi] les hommes et les partis politiques ont pour tâche non d'instaurer le règne du bien, mais d'améliorer ici et maintenant la situation de leurs concitoyens. », DAC, p. 697. Il s'agit pour lui comme pour Rawls de rechercher, sans perdre le cap éthique, le meilleur équilibre social possible dans une société vivante et donc évolutive et soumise à de constantes transformations, même si, pour lui et non évidemment pour Rawls, le libéralisme ne s'impose véritablement que sur le plan politique, allant jusqu'à écrire dans *Combat* et le contexte de la Libération : « Notre idée est qu'il faut faire régner la justice sur le plan de l'économie et garantir la liberté sur le plan de la politique. (...) nous désirons pour la France une économie collectiviste et une politique libérale ». Après avoir cependant précisé sa pensée : « nous désirons la conciliation de la justice avec la liberté. (...) Nous appellerons donc justice, un état social où chaque individu reçoit toutes ses chances au départ et où la majorité d'un pays n'est pas maintenue dans une condition indigne par une minorité de privilégiés », OC/AP, T. II, p. 539. Camus n'aspire bien entendu nullement

refus de deux sacrifices : « d'une part le sacrifice des plus défavorisés au nom de l'efficacité économique et c'est le refus du libéralisme sauvage. D'autre part le sacrifice des plus favorisés au nom de la justice sociale et c'est le refus du socialisme autoritaire. »

692. Pour l'un comme pour l'autre penseur il s'agit de trouver un équilibre, nécessairement en tension, nécessairement variable, nécessairement précaire entre les inévitablement différents, dans la réalité, intérêts en présence. Avec, sans aucun doute chez le français, une forte exigence de resserrement des revenus et des fortunes qu'il n'y a pas chez l'américain, pour qui l'essentiel est que l'accroissement des richesses des uns ne se fasse pas au détriment des autres mais à leur bénéfice commun ; même si le bénéfice des plus fortunés est bien plus grand que celui des moins fortunés. Transposée avec Camus dans le domaine du Droit, la recherche de l'équilibre s'entend entre sa dimension politique — la politique qui est le lieu d'affrontement des inégalités que la loi corrige ou impose —, et sa dimension éthique comme limite juridictionnelle à la loi qui porte excessivement atteinte à la solidarité. La solidarité en tant que valeur matricielle du Droit sous laquelle peuvent être subsumés, *mutatis mutandis*, les principes rawlsiens.

693. Ainsi les nombreuses et virulentes critiques adressées à Rawls concernent-elles aussi, indirectement, dans le débat contemporain sur la justice, sans qu'il soit visé, Camus. Évidemment d'abord, celle des « libertariens » tels que Robert Nozick pour qui « l'État ne saurait user de la contrainte afin d'obliger certains citoyens à venir en aide aux autres », et pour qui autrement dit, ce qu'il est convenu d'appeler « l'État providence » (welfare state) est à proscrire absolument. L'existence de très profondes inégalités n'est pas chez eux comme chez Rawls (dès lors qu'elles sont sans contreparties pour les plus pauvres) et *a fortiori* chez Camus (en tout état de cause), une injustice : c'est toute forme de redistribution contrainte, qui constitue une injuste spoliation — une « spoliation légale », dira Bastiat. L'aide aux pauvres ne peut qu'être une affaire de charité. Et peu importe l'origine des fortunes ¹³²¹, peu importe que les

au communisme ou autrement dit au totalitarisme qu'il n'a eu de cesse de dénoncer, mais en fait en visant de façon sans doute maladroite le « collectivisme » alors qu'il est proche de Pierre Mendès-France, un socialisme beaucoup plus ambitieux en termes de répartition des richesses que ne l'a été celui du vieux parti radical et que ne le sera celui de la SFIO et du Parti Socialiste. Autrement dit, si « L'horizon de sa pensée politique est social-démocrate » (DAC, p. 843), c'est avec la plus grande exigence possible en ce qui concerne l'aspect « social ». Et ce parce que Camus sait ce qu'est l'injustice sociale, comme l'a su pour l'avoir expérimentée, la philosophe Simone Weil dont on sait que « les écrits (...) ont beaucoup compté pour lui (*Ibid*) ou George Orwell qui, dans *Le Quai de Wigan*, regrette que « le petit-bourgeois inscrit au Parti travailliste indépendant et le barbu buveur de jus de fruits [soient] tous deux pour une société sans classe, tant qu'il leur est loisible d'observer le prolétariat par le petit bout de la lorgnette », à distance. Mais « Offrez-leur l'occasion d'un contact réel avec le prolétariat [...] et vous les verrez se retrancher dans le snobisme de classe moyenne le plus conventionnel. »

¹³²¹ Pour Rousseau dans le *discours sur l'inégalité*, la première appropriation est une imposture. Seul le travail fonde la légitimité de la propriété, transforme la possession en propriété : « Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire : "ceci est à moi", et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : "Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne. » Pour Nozick la justice s'entend du respect des contrats et des droits de propriété ou autrement dit la légitimité de la possession d'un bien quelconque dépend des conditions de son acquisition. Ce qui est déjà en soi étonnamment réducteur, mais de surcroît il va de soi qu'on ne peut jamais être parfaitement assuré de la légitimité de toutes les acquisitions antérieures. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait sans doute remonter à la nuit des temps. Se perdre

chances à la naissance et après ne soient pas égales (famille, opportunités, talents, santé, etc.). La propriété est sans limitation d'objet (même le corps n'est pas exclu du commerce) et de quantité. Il y a certes la loi à respecter, mais dans un État libertarien elle ne peut avoir d'autre fin que de favoriser la plus libre possible production et circulation des biens et le plus grand développement possible des intérêts individuels, c'est-à-dire de ceux qui en ont la possibilité. L'égalité dans cette optique n'est que purement formelle. Et la liberté découplée de toute responsabilité à l'égard des autres et particulièrement des plus démunis, n'est que l'habillage du déploiement égotique et sans limite des ambitions et des désirs. Au-delà des finasseries théoriques, cela revient à (ré)imposer la loi la plus archaïque qui soit, la loi du plus fort, c'est-à-dire en l'occurrence du plus riche. Cela revient à réduire l'État à un fief ou à un club de possédants au service de ses membres, et les services publics aux fonctions dites régaliennes basiques (police, justice, armée) et encore, avec la possibilité de les concéder dans une mesure variable à des entreprises privées. Il n'y a pas de Droit, il n'y a que de la loi comme expression d'une volonté politique réduite à la suppléance corrective des défaillances de la prétendue « main invisible » du marché.

694. Une telle conception de la justice ne peut que laisser perplexe devant la réalité : le creusement constant des inégalités et les désordres sociaux qu'elles ne peuvent manquer d'entraîner, les crises économiques à répétition, la catastrophe climatique en cours, etc. Une réalité qui impose, pour que l'humanité ait un avenir, de cesser de le fonder sur l'avoir — la croissance indéfinie de la consommation et du P.I.B. — au détriment de l'être. Une réalité et une nécessité qui doivent inciter à penser autrement le « village planétaire », mais en tout premier lieu et en tous ses aspects, l'État, qui est et demeure l'instance de référence première pour tous les hommes ou presque. « La justice, écrit Michael J. Sandel, est téléologique. Définir des droits exige que nous identifions le *telos* (la finalité, le but ou la nature essentielle) de la pratique sociale. »¹³²² Il s'agit aujourd'hui de substituer la solidarité à l'individualisme qui s'est imposé en France depuis les années 1980. De renverser la vapeur et non de rendre simplement moins inéquitable un système libertarien ou néolibéral aux effets délétères avérés. Il s'agit pour fonder ce renversement, d'ancrer la réflexion sur la justice et le Droit dans le questionnement le plus fondamental qui soit : sur le sens même de l'existence en tant qu'existence spécifiquement humaine.

695. Un questionnement qui a l'âge de *Sapiens sapiens*, mais qu'il appartient à toutes les générations qui se succèdent sur la Terre d'actualiser, avec une urgence toute particulière pour celles qui la peuple actuellement. Un questionnement autrement stimulant que celui concentré dans une société atomisée, sur les moyens d'accroître son pré carré. Où les dirigeants et les dirigés sont ignorants du bonheur¹³²³, du sentiment d'accomplissement humain, procuré

dans une régression *ad infinitum*. Il faut autrement dit se contenter le plus souvent d'une apparence. Et jeter un « voile d'ignorance » plus ou moins sincère celui-là, sur ce qui est censé permettre de distinguer le juste de l'injuste.

¹³²² Michael J. Sandel, *Justice*, édit. Albin Michel, 2016, p. 274.

¹³²³ « Recevoir et donner, n'est-ce pas là le bonheur » ? demande en même temps qu'il l'affirme, Camus. DAC, p. 94 Par contre, note Rambert dans *La peste*, « Il peut y avoir de la honte à être heureux tout seul », *Ibid.*, p. 92.

par l'exercice de la solidarité que l'on en soit l'auteur ou le bénéficiaire (la solidarité implique, contrairement à la charité, la réciprocité). Ignorants du bien être pour soi et pour l'ensemble de la collectivité que procure un partage des richesses qui assure la dignité de tous dans tous ses aspects (moraux mais aussi matériels). Des plus démunis, mais aussi de ceux qui, par exemple, bien qu'ils rendent des services éminents à la collectivité (tels les chercheurs qui sont à la source du progrès de la connaissance, les pompiers et les soignants que les plus favorisés n'hésiteront pas à solliciter), sont maintenus dans une insupportable situation de précarité alors que des chanteurs et des footballeurs vivent dans la plus grande opulence en vertu d'une échelle de valeur sociale purement commerciale et financière.

696. Ce qui a été dit du libertarisme, correspond essentiellement à sa conception originelle et sans doute la plus idéologique, la plus américaine.¹³²⁴ Il est en fait l'objet d'un très grand nombre d'interprétations dites de droite ou de gauche, avec des versions plus ou moins originales selon les pays où il connaît une certaine implantation. Le propos est simplement ici de donner quelques indications sur une conception contemporaine située aux antipodes de la nôtre, qui lui sert en quelque sorte de repoussoir. Une conception choquante pour un camusien et pour tous ceux qui, comme lui, pour l'essentiel, sont convaincus de ce que c'est dans *l'être-humain* (le trait d'union signifiant : dans ce qu'il en est et dans ce qu'il en va d'être humain) qu'il faut rechercher le fondement de la justice. Lequel pour certains, ce qui n'est pas sans rapport avec notre propre approche existentielle, est naturel.

697. Il en va ainsi avec George Orwell et sa notion de *common decency* traduite en *décence ordinaire* par Bruce Bégout qui, « À rebours de toute déduction transcendantale », est « la faculté instinctive de percevoir le bien et le mal. [Qui] est même plus qu'une simple perception, car elle est réellement affectée par le bien et le mal »¹³²⁵ ; une décence ordinaire, une générosité et une loyauté, « habituellement bafouées et stigmatisées par le pouvoir » au nom de la Realpolitik.¹³²⁶ Mais précise Bégout, « le pouvoir peut ne pas être toujours corrompu et une traduction politique de la décence ordinaire est possible. Le combat politique d'Orwell n'aurait aucun sens si cette décence demeurait une simple qualité morale. Elle est une pratique et, en tant que telle, une source d'actions. »¹³²⁷ Un espoir partagé par Camus pour la politique et pour le juriste qui s'en inspire, pour le Droit. « La pauvreté est un état dont la vertu est la générosité » note-t-il ainsi dans ses *Carnets*.¹³²⁸ Les « gens ordinaires » ou les « gens de peu » qui ont la décence visée par Orwell, ne sont pas pour lui devenu philosophe et artiste nobélisé,

¹³²⁴ Pour Noam Chomsky, « la version américaine du "libertarisme" est une aberration – personne ne la prend vraiment au sérieux. Tout le monde sait qu'une société qui fonctionnerait selon les principes libertariens américains s'autodétruirait en quelques secondes. La seule raison pour laquelle certains font mine de la prendre au sérieux, c'est qu'ils peuvent s'en servir comme d'une arme. [...] C'est une aberration exclusivement américaine qui n'a rien de très sérieux », Noam Chomsky, *Comprendre le pouvoir* : Tome II, Aden, 2006, p. 174-175.

¹³²⁵ Bruce Bégout, *De la décence ordinaire*, édit. Allia, 2008, p. 16-17.

¹³²⁶ *Ibid.*

¹³²⁷ *Ibid.*

¹³²⁸ OC/CA, T. II, p. 972.

des découvertes. Ils sont les siens, qu'ils soient du quai de Wigan, du quai de Ouistream¹³²⁹ ou du quartier des déshérités de Belcourt à l'est d'Alger (où le dénuement était commun à la population mixte, européenne et indigène), et il leur a toujours été fidèle. Ils ont pour lui une existence et une dignité concrètes qu'il aurait sans doute eu le sentiment de trahir, en recherchant à fonder la justice sur une « expérience de pensée » telle que celle imaginée par Rawls. Sans pour autant jamais être tenté par une conception relativiste telle que celle développée par certains « communautariens », qui conduit à réduire la notion de bien commun à un ensemble de convictions partagées au sein d'une même tradition et culture, voire d'une même classe sociale. Le repli, qu'il soit individualiste ou communautaire, ne peut que conduire à l'affrontement.

698. Pour Camus, la révolte « est un lieu commun qui fonde sur tous les hommes la première valeur »¹³³⁰ que constitue la solidarité. Laquelle ne saurait donc être en son principe restreinte à un ensemble d'individus, qu'il soit minoritaire ou majoritaire au sein de la cité. La solidarité ne se divise pas. Mais qu'elle soit un fait et la valeur dont l'oubli peut mener et mène le plus souvent effectivement à la catastrophe, ne dispense pas du débat. Même si ce fait et cette valeur, rapportables à la nature humaine, sont révélés au travers d'une expérience de la révolte contre l'injustice, à laquelle on peut accorder une portée anthropologique ou autrement dit, sinon universelle, au moins universalisable. Il ne saurait être question, alors que Camus estime lui aussi que la démocratie « est assurément le moins mauvais » régime politique¹³³¹, celui de « l'exercice social et politique de la modestie »¹³³², de prétendre procéder autrement que par la persuasion. Et il ne désavouerait pas Michael J. Sandel lorsqu'il prône « Une politique de l'engagement moral »¹³³³ et souhaite une « confrontation plus vigoureuse de nos convictions morales [pour] renforcer et non pas fragiliser le respect que nous nous devons les uns aux autres. »¹³³⁴ Ni Amartya Sen qui considère qu'« une théorie de la justice pouvant servir de base à nos raisonnements pratiques doit inclure des moyens de déterminer comment réduire l'injustice et faire progresser la justice ; elle ne doit pas viser exclusivement à définir des sociétés parfaitement justes — visée caractéristique de tant de théories de la justice dans la philosophie contemporaine. »¹³³⁵

699. Notre théorie vise directement à « déterminer comment réduire l'injustice et faire progresser la justice » au moyen d'un Droit et d'un Juge pour le Dire autonomes, c'est-à-dire distingué pour le premier de la loi comme unique expression de la volonté politique, et détenteur

¹³²⁹ Titre du livre de Florence Aubenas paru Aux Éditions de l'Olivier en 2010. « *Quai de Wigan, Quai de Ouistreham, même combat*, écrit à sa sortie Pierre Ansay dans *Politique, revue débats*, article en ligne du 3 juin 2010.

¹³³⁰ OC/HR, T. III, p. 79.

¹³³¹ DAC, p. 205.

¹³³² *Ibid.*

¹³³³ Michael J. Sandel, *op. cit.*, p. 393.

¹³³⁴ *Ibid.*, p. 394.

¹³³⁵ Amartya Sen, *L'idée de justice*, édit. Flammarion, 2010, p. 13-14.

pour le second d'une légitimité propre. Une théorie qui selon la formule de Sen admet « L'incontournable pertinence du comportement réel ». ¹³³⁶ D'abord, en prenant en compte au fondement de son dispositif la révolte de tout homme non totalement asservi, devant l'injustice dont il est la victime ou le témoin, commise par d'autres hommes, et la solidarité qu'elle pointe, dont dépend en fait l'existence de tous, y compris des auteurs de l'injustice. ¹³³⁷ Ensuite, en renvoyant au Juge le soin de fixer en tenant compte de la multiplicité des cas et de l'évolution de la société, l'interprétation de la limite à l'injustice (l'insolidarité) éventuelle de la loi. Une limite qui n'est pas fixée *a priori* dans une « position originelle » et sous un « voile d'ignorance » — d'ignorance en réalité de l'infinie complexité de la vie sociale. Une limite non pas à n'importe quelle injustice, mais comme avec Sen, seulement aux « injustices flagrantes ». ¹³³⁸ Pas plus pour ce dernier que pour Camus, il n'est question d'autre chose que, dans la mesure des moyens dont on peut raisonnablement disposer, s'efforcer de faire barrage au pire. En pratique, mais non sans recours à la théorie. En effet « L'identification d'injustices réparables n'est pas seulement l'aiguillon qui nous incite à penser en termes de justice, c'est aussi le cœur de la théorie de la justice. » ¹³³⁹ Car « La compréhension du monde ne s'arrête en aucune façon à l'enregistrement des perceptions immédiates. La compréhension passe nécessairement par le raisonnement. Nous devons « lire » ce que nous sentons et croyons voir, nous demander ce qu'impliquent ces perceptions et comment les prendre en compte sans nous laisser submerger par elles. » ¹³⁴⁰

700. Pour qui pense le Droit avec Camus aussi, le « sentiment d'injustice » sert de « signal de départ », permet de se « mettre en mouvement », et appelle une élaboration théorique et critique indispensable à l'action ordonnée. Une élaboration et une action avec la *théorie du Droit de l'Homme révolté* qui, par d'autres voies que celles des auteurs précités, participent d'une même préoccupation fondamentale d'humanisation de la communauté humaine, de réduction des formes les plus criantes d'inégalité, de discrimination, de violence et de domination ; à un moment de l'histoire où, à défaut de parvenir à un niveau suffisant de solidarité en son sein, c'est sa pérennité même qui serait compromise.

¹³³⁶ *Ibid.*, p. 98.

¹³³⁷ Au fond, Amartya Sen n'est pas très éloigné de notre point de vue lorsqu'il écrit : « La recherche d'une théorie de la justice n'est pas étrangère au type de créature que nous sommes, nous les humains. Je ne veux pas dire par là qu'on pourrait probablement résoudre les divergences entre théories de la justice en revenant aux caractéristiques de la nature humaine, mais souligner que bon nombre d'entre elles voient de façon assez semblable, avec des postulats communs, « quel effet cela fait d'être un humain ». Nous aurions pu être des créatures incapables d'empathie, insensibles à la douleur et à l'humiliation des autres, indifférents à la liberté et — ce n'est pas le moins important — incapables de raisonner, d'argumenter, d'être d'accord ou en désaccord. La présence forte de ces traits dans les vies humaines ne nous dit pas quelle théorie de la justice il faut choisir, mais elle nous dit que la quête de la justice est difficile à anéantir de la société humaine, et peu importe que nous la menions de façons différentes. (...) Si rien ne peut aplanir automatiquement les divergences entre les théories, il est réconfortant de se dire que leurs défenseurs participent tous à une même quête et invoquent tous les mêmes facultés humaines, également présentes dans leurs approches respectives. Grâce à ces aptitudes humaines fondamentales (...), nous ne sommes pas irrémédiablement voués à vivre des existences isolées, sans communiquer ni coopérer. », *Ibid.*, p. 490.

¹³³⁸ Amartya Sen, *op. cit.*, p. 12.

¹³³⁹ Amartya Sen, *op. cit.*, *Ibid.*

¹³⁴⁰ *Ibid.*

ANNEXE 5. La révolte au nom du Droit, versus la rébellion contre la loi ¹³⁴¹

701. Que peut faire un juge en désaccord avec la solution à laquelle le conduit logiquement le droit en vigueur, s'il n'entend, ni se soumettre, ni se démettre, ni dissimuler son désaccord sous une argumentation qui fait dire au droit ce qu'il ne dit manifestement pas, sinon substituer sa propre norme à la norme applicable. Et comment qualifier une telle opération, dès lors que le juge n'est pas aussi le législateur (au sens large), dès lors par conséquent, qu'il contrevient à la volonté de ce dernier exprimée dans la norme positive ? On peut employer divers termes que l'on peut s'efforcer d'opposer ou de rapprocher, en recourant à l'étymologie et à l'évolution de leurs usages en général et en particulier juridiques, pour parvenir à la meilleure qualification possible. Mais on peut s'en tenir au mot rébellion tel qu'il est défini dans le Petit Robert en distinguant deux niveaux : 1) Insurrection, mutinerie, révolte, sédition, soulèvement 2) désobéissance, insubordination, opposition. ¹³⁴² Avec le Juge et l'exclusion de toute forme de violence, on se situe à l'évidence au second niveau : on est en présence d'une opposition à l'auteur politique de la norme rejetée, qui pourrait être aussi bien qualifiée de désobéissance ou d'insubordination, sans aller jusqu'à la subversion dont la notion rejoint le premier niveau de la rébellion, de nature révolutionnaire, puisqu'elle s'entend d'un « bouleversement, renversement de l'ordre établi, des idées et des valeurs reçues, surtout dans le domaine de la politique ». ¹³⁴³

702. La rébellion du juge ne vise pas, au travers de sa contestation de tel ou tel élément de l'ordonnement normatif, le renversement de l'ordre établi et du pouvoir qui l'incarne. Mais il aurait néanmoins pour but, selon certains auteurs, une « émancipation à l'égard des détenteurs du pouvoir d'État » tant exécutif que législatif, qu'il « accepte[rait] de plus en plus de censurer » pouvant même aller « jusqu'à tenter de se placer sur un terrain tel que sa position [pourrait] quelquefois être analysée comme celle exprimant une volonté de substitution aux pouvoirs précités. » ¹³⁴⁴ Une ambition, une volonté, une censure en fait en trompe-l'œil. Il est

¹³⁴¹ Il n'est question ici que de la rébellion du juge contre l'auteur politique de la norme en tant qu'auteur de cette norme. On laisse de côté ce qui est traditionnellement qualifié de « résistance des juges du fond » ou de « rébellion », c'est-à-dire le « fait de ne pas s'incliner devant une décision ou la jurisprudence de la Cour de cassation, soit dans la même affaire, après une première cassation, de la part de juridictions de renvoi, soit dans d'autres affaires, de la part de juridictions à nouveau saisies de questions semblables » : G. Cornu, *Résistance des juges du fond, Vocabulaire juridique*, PUF, 7^{ème} édition, 2005, p. 769. On laisse également de côté, d'une part, les conflits entre les juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif et le Conseil constitutionnel ; d'autre part, ceux qui émaillent les relations entre les juges nationaux et les juges européens. On laisse autrement dit de côté les rapports pyramidaux des différents juges et des différentes juridictions, qui ne concernent pas directement notre sujet.

¹³⁴² Avec une citation de Camus : « Les autorités françaises ont estimé que cette répression mettait un point final à la rébellion », in Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2008, p. 2135.

¹³⁴³ *Ibid.* p. 2450. Avec une autre citation de Camus : « Le surréalisme » a voulu trouver dans la démence et la subversion une règle de construction.

¹³⁴⁴ C. Otero, thèse, *Les rébellions du juge administratif, recherche sur les décisions juridictionnelles subversives*, soutenue le 13 décembre 2013 à Rouen. *op. cit.*, p.161.

certain que le juge n'est plus depuis longtemps, s'il ne l'a jamais vraiment été, la simple « bouche de la loi ». Mais l'élargissement indéniable de son office en l'absence d'un changement paradigmatique de la conception même du droit et partant, de son office, n'en a pas fait pour autant un *alter ego* du politique. Ses rébellions, en l'état, ne peuvent de ce point de vue que s'avérer décevantes, velléitaires, trompeuses.

703. Rappelons d'abord que le refus révolutionnaire de laisser une quelconque place au juge dans le processus de création de la loi avait été, par exemple, parfaitement exprimé par le député du tiers état de Lyon Nicolas Bergasse : « Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions. Car on aperçoit sans peine que si la loi peut être interprétée, augmentée, ou ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète ou qui l'augmente ; et le pouvoir d'un homme sur un autre homme étant essentiellement ce qu'on s'est proposé de détruire par l'institution de la loi, on voit clairement que ce pouvoir au contraire acquerrait une force prodigieuse, si la faculté d'interpréter la loi était laissée à celui qui en est dépositaire ». ¹³⁴⁵ Une vision qui ne diffère guère en intensité idéologique de celle des « absolutistes » de l'Ancien Régime qui, eux-aussi, honnissaient sans nuances toute forme de « contrôle juridictionnel de la loi, et qui plus est sa dimension normative (...) Deux courants de pensées qui n'avaient à peu près rien en commun sinon une ferme répugnance pour l'idée que la « juridiction » puisse s'entremettre dans le processus de « légisdition ». ¹³⁴⁶ Deux courants également sincèrement ou hypocritement ignorants, selon leurs zéloteurs, du fait que la loi, même conçue par leurs représentants régulièrement élus, peut être — a été et est encore aujourd'hui où l'on ne cesse de dénoncer une crise de la représentativité — l'instrument de l'asservissement de ceux dont elle est censée assurer la sauvegarde.

704. Rappelons ensuite que dans les faits, le désarmement normatif général de l'institution judiciaire voulu par les maîtres du jeu politique avant et après la Révolution a, dans son expression la plus radicale de la maîtrise politique, échoué ¹³⁴⁷, par la force des choses, c'est-à-dire du fait de la complexité, de surcroît toujours croissante, de la société, et de l'impossibilité pour le législateur (au sens large) de tout prévoir et donc de tout régenter de façon suffisamment claire et précise pour que les juges n'aient pas leur mot à dire. Est-ce que pour autant cela signifie que l'on a assisté au fil du temps à un véritable renversement de situation, à une effective prise de pouvoir du juge ? Nombreux sont ceux qui l'affirment. Par exemple : « Le droit n'est plus simplement ce que font les « pouvoirs publics », il encadre leur action (...) : le juge pénal s'attaque sans plus attendre aux irrégularités commises par des politiques, le juge

¹³⁴⁵ M. Troper, « La question du pouvoir judiciaire en l'An III », in O. Cayla, M.F. Renoux-Zagame (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, 2001, Bruylant, p. 127.

¹³⁴⁶ F. Saint-Bonnet, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel *a priori* des lois du roi », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 24, 2008, p. 86.

¹³⁴⁷ Peut-être renaîtra-t-il à la faveur du développement de la « justice digitale », comme on l'a vu précédemment.

constitutionnel sanctionne ou infléchit la loi, « expression de la volonté générale », le juge européen des droits de l'homme condamne la République Française, « patrie des droits de l'homme » pour violation de ces mêmes droits, le juge communautaire impose le respect de règles supranationales et même le juge administratif, comme le juge judiciaire, fait prévaloir l'interprétation constitutionnellement conforme de la loi sur la loi votée par le parlement. Le contraste paraît particulièrement saisissant par rapport à une longue tradition où le juge est perçu comme culturellement soumis au pouvoir politique ».¹³⁴⁸ Une tradition de soumission qui serait donc révolue. Mais où trouver ce droit dont l'existence ne serait pas suspendue à ce dernier, qui ne requerrait pas à tout le moins son aval implicite ? Ce droit juridictionnel qui encadrerait son action sans qu'il n'y puisse rien, ce droit créé et imposé par les juges éventuellement contre sa volonté formelle. Ce droit qui aurait signé l'acte de décès du légicentrisme et l'avènement du « prétoricentrisme. »¹³⁴⁹

705. Il est vrai qu'en fonction directe de l'évolution générale de la société (et non en fonction d'un mouvement propre à une institution judiciaire qui n'est pas par nature « avant-gardiste »), les domaines d'intervention du juge, le corpus des normes applicables et les occurrences de sa saisie se sont considérablement développés. Il est vrai aussi que la création de nouveaux paliers au sommet de la pyramide des normes (avec le bloc de conventionalité) et des juridictions (avec les cours européennes et internationales) confère à la justice envisagée globalement une ampleur, une majesté et une intensité d'activité inégalées. Mais rien de tout cela ne caractérise l'existence d'un véritable pouvoir : véritable, c'est-à-dire autonome. Une autonomie qui ne doit pas être confondue avec l'indéniable élargissement, mais non changement de nature, de l'office du juge. D'un juge qui dans la réalité n'a jamais conquis, ni même jamais vraiment revendiqué, si l'on en juge par le fait qu'il s'est toujours finalement incliné devant la volonté explicite et ferme du politique, un pouvoir propre. Un pouvoir qui ne peut qu'être conçu en dehors de l'idéologie scientifique positiviste toujours dominante qui, en privant le Droit de sa dimension éthique l'a réduit à sa dimension politique, et a fait du juge en son tréfonds, un fonctionnaire parmi les autres. Les juges prennent les libertés que les politiques veulent bien en définitive leur accorder. Le pouvoir peut par exemple estimer nécessaire, ou en tout cas au moins opportun et porteur électoralement, de prôner l'assainissement de la vie politique et légiférer en conséquence contre la corruption des élites politiques, sans que cela n'emporte le moindre renoncement à la suprématie du politique au profit des juges qui auront à appliquer la réforme jusqu'à une toujours possible, éventuelle nouvelle réforme.

706. En d'autres termes, le juge ne s'est jamais libéré de sa subordination de principe au politique. Sa marge de manœuvre est toujours déterminée par la volonté politique dont la seule limitation n'est pas juridique, mais politique : la seule question qui se pose au pouvoir politique qui veut restreindre cette marge de manœuvre est et demeure : « en ai-je les moyens politiques ? » ; même si la difficulté peut varier en fonction du niveau juridique/juridictionnel des initiatives estimées intempestives visées. Un pouvoir qui, en tout état de cause, ne

¹³⁴⁸ O. Pfersmann, *A quoi bon un « pouvoir judiciaire » ?* in. O. Cayla, M.-F. Renoux-Sagame (dir.) *op. cit.*

¹³⁴⁹ P. Fraisseix, *Le prétoricentrisme, coup d'État de droit ?*, Revue de la recherche juridique – droit prospectif, 2005-1, p. 285-306.

recherchera aucun compromis avec les juges concernés en raison de ce qu'ils n'ont aucun titre, quels qu'ils soient, à dialoguer avec lui ; et que cela contreviendrait au sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs. Un argument qui a toute l'apparence d'une évidence mais qui ne peut qu'apparaître hypocrite à celui qui considère, en accord en cela avec les politiques même si c'est pour le regretter, qu'il n'y a pas de réel pouvoir juridictionnel. Des politiques pour qui, aujourd'hui comme hier, la seule source légitime du droit est politique ou en d'autres termes, pour qui il ne saurait y avoir de limite imposée à leur loi, par un quelconque juge, fût-il constitutionnel.

707. Il ne fait aucun doute en effet qu'« Au-delà d'une simple critique visant la décision du juge, l'exécutif peut souhaiter aller plus loin et neutraliser celle-ci. (...) La remise en cause des décisions des juges judiciaire et administratif peut s'effectuer (...) par la loi. »¹³⁵⁰ Et même en ce qui concerne le Conseil constitutionnel, il est imprudent d'affirmer qu'il « peut dire non au Parlement et au gouvernement sans craindre d'être désavoué »¹³⁵¹, car il peut sans aucun doute l'être et l'a d'ailleurs effectivement été, bien que les conditions politiques requises soient plus difficiles à réunir (notamment une majorité qualifiée qui nécessite de parvenir à un consensus avec l'opposition). Pas plus que les autres juges, ceux du Conseil constitutionnel n'échappent à l'attraction du pouvoir politique qui peut toujours, soit modifier leur statut (composition, compétence, saisine...), soit contrer telle ou telle de leurs décisions. Comme ce fût le cas par exemple « à la suite de la décision du Conseil constitutionnel des 12 et 13 août 1993¹³⁵² par laquelle le Conseil a reconnu non-conforme à la Constitution des dispositions de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. Aux termes de cette décision, le Conseil constitutionnel considéra que l'alinéa 4 du préambule de 1946 faisait obligation à l'État d'autoriser un demandeur d'asile à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait statué sur sa demande.¹³⁵³ Pour

¹³⁵⁰ C. Otero, *op. cit.*, p. 201. Deux exemples parmi de très nombreux autres : dans l'ordre judiciaire « l'amendement Marsaud venu compléter l'article 78-2 du Code de procédure pénale en ajoutant que pouvait être contrôlée l'identité de toute personne « quel que soit son comportement ». Cet amendement visait à condamner la jurisprudence de la Cour de cassation issue de l'arrêt du 10 novembre 1992 qui considérait que les contrôles d'identité effectués au titre de la police administrative pour prévenir les risques d'atteinte à l'ordre public, n'étaient justifiés que lorsqu'une telle atteinte était « directement rattachable au comportement de la personne » contrôlée. Cette interprétation avait déplu au ministre de l'Intérieur qui lui reprochait « d'entraver l'action de la police en rendant quasiment impossible de véritables contrôles d'identité préventifs », et a conduit au dépôt d'un projet d'une loi permettant de contourner l'appréciation de la Cour de cassation. » Dans l'ordre administratif « l'arrêt *Canal* par lequel le Conseil d'État a annulé une ordonnance du président de la République du 1^{er} juin 1962 instituant une Cour militaire de justice chargée de juger les auteurs des délits et des infractions connexes commis en relation avec les événements d'Algérie, car portant atteinte à des principes fondamentaux du droit pénal, a donné lieu à une réaction violente du pouvoir exécutif qui a conduit au dépôt par le gouvernement d'un projet de loi relatif à la Cour de sûreté de l'État, et au vote par le Parlement, d'une disposition selon laquelle ces ordonnances « ont et conservent force de loi à partir de leur publication » empêchant ainsi tout contrôle du Conseil d'État. », *Ibid.*, p. 201-202.

¹³⁵¹ L. Favoreu, *Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français*, in J. Lenoble (dir.), *La crise du juge*, cité par C. Otero, *op. cit.*, p. 202.

¹³⁵² Déc. CC, n° 325 DC des 12 et 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec.de jur., p. 224.

¹³⁵³ L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11^{ème} édition, 2001, Dalloz, p. 849.

revenir sur cette solution qui contredisait manifestement l'interprétation que faisait le gouvernement de ces mêmes dispositions, fût initiée par lui-même une révision de la Constitution adoptée le 19 novembre 1993 en la forme d'un ajout d'un article 53-1 à celle-ci, qui reprenait textuellement les dispositions que le Conseil constitutionnel avait censurées, ce qui permit « paradoxalement [de] constitutionnaliser l'inconstitutionnel. »¹³⁵⁴ Ainsi comme l'a à juste titre rappelé, en des termes assez saisissants et qui font significativement le lien avec l'Ancien régime, le doyen Vedel, « si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice briser leurs arrêts. »¹³⁵⁵

708. On a vu précédemment que jamais, dans les périodes troublées où le pouvoir qui s'estime menacé dans sa pérennité, se raidit et « reprend la main » là où il avait laissé filer le « yo-yo » (la métaphore évoquée précédemment), les juges ne lui ont opposé une résistance sérieuse. Qu'ils ont au contraire appliqué, et souvent avec zèle, les lois plus ou moins d'exceptions prises, aussi liberticides qu'elles ont pu leur apparaître. La conquête de haute lutte de leur pouvoir¹³⁵⁶ par des juges rebelles est une légende. Un peu comme celle d'un peuple français massivement résistant contre l'occupant lors de la dernière guerre mondiale.¹³⁵⁷ Jamais, alors que certains ont présenté le juge comme le « gardien des valeurs »¹³⁵⁸, l'on a assisté à une authentique rébellion au sens d'un refus d'application d'une loi sur le fondement d'un Droit dont il serait en propre le dépositaire, l'interprète et le gardien. Un Droit sur lequel le pouvoir politique n'aurait aucune prise. On ne peut prétendre, sans méconnaître la réalité, qu'« avant la France c'était la loi, l'État et le Parlement. Aujourd'hui, c'est la société, le juge et la Constitution. »¹³⁵⁹ Pour le moment, il y a le pouvoir politique censé représenter le peuple, qui s'estime être l'unique détenteur de la légitimité normative dans le cadre d'une Constitution dont il est l'auteur (dans la continuité de son exercice) et dont le sort dépend à travers lui, de la situation politique. La part créative du Juge (si l'on peut parler de création alors qu'on est loin d'une conception du Droit comme « art de vivre ensemble) est toujours celle rappelée par Guy Canivet ancien premier président de la Cour de cassation et membre du Conseil constitutionnel :

¹³⁵⁴ C. Otero, *op. cit.*, p. 202-203. La citation finale par C. Otero, est de G. Tusseau, *in Le gouvernement (contraint) des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas avoir toujours raison*, Droits, n° 55, *L'argument des juristes et ses contraintes*, PUF, 2013, p. 73.

¹³⁵⁵ G. Vedel, *Schengen et Maastricht*, Revue Française de Droit Administratif, 1992, p. 180.

¹³⁵⁶ Voire d'un simple contrepouvoir conçu comme un « perfectionnement de l'existant », puisque la possibilité même de « contrer » le pouvoir politique dépend toujours ultimement de ce pouvoir.

¹³⁵⁷ Selon Claude Bourdet, le nombre de ceux qui ont participé « effectivement à la lutte clandestine ou qui ont, hors de France, fait partie des Forces françaises libres est extrêmement limité ; quelques dizaines de milliers au cours des années 40, 41, 42, quelques centaines de milliers en 1943-1944 ». C. Bourdet, *L'aventure incertaine*, édit. Stock, 1975.

¹³⁵⁸ V. Fortier (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?* CNRS édit., Paris, 2007.

¹³⁵⁹ Communication de D. Rousseau lors du colloque relatif à *La question prioritaire de constitutionnalité* qui a eu lieu à la Maison du barreau le 29 septembre 2011, cité par G. Julia, *QPC en droit de la famille : l'effectivité emporte-t-elle efficacité ?*, *Mélanges en la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 328.

« Le comblement des lacunes », « le revirement de jurisprudence », « la résolution des conflits de normes, « les *obiter dicta* et autres déclarations sans utilité immédiate. »¹³⁶⁰

709. Ses décisions sont encore et toujours prises sous la « tutelle » du pouvoir politique. Même si aujourd'hui, avec le partage de la juridiction entre diverses instances nationales, européennes et internationales, les possibilités ouvertes aux juges d'opposer à un pouvoir politique de niveau inférieur les principes fixés à un niveau supérieur, peut renforcer l'illusion chez eux de la possession d'un pouvoir propre, alors que l'existence même et l'interprétation desdits principes est et demeure une affaire politique, simplement traitée à un autre niveau politique. Qu'en particulier les juridictions européennes (avec l'administration) aient profité de l'absence d'un véritable pouvoir politique européen, puisque chacun des États membres a conservé l'essentiel de ses prérogatives de souveraineté, pour s'affirmer comme les garantes du respect des traités qui, avec elles, ont créé l'Union, est certain. Une situation qui n'a pas eu pour conséquence un transfert de pouvoir du politique au juridictionnel mais seulement une redistribution des « cartes politiques » et partant des « cartes juridictionnelles », sans modifier au final la prééminence des détenteurs des premières sur les détenteurs des secondes.¹³⁶¹ Ainsi, si l'Union Européenne ne s'est toujours pas dotée d'un véritable pouvoir politique, c'est évidemment pour des raisons politiques ; qui n'ont jamais rien d'immuable.

710. Il est pour le moins étonnant de lire que « la fonction de juger (...) semble être envisagée par les juges comme ne pouvant faire l'objet que d'une revalorisation de son exercice et jamais l'objet d'une inflexion »¹³⁶², alors qu'il est toujours parfaitement possible, par exemple, que des bouleversements de tous ordres (politiques, sociaux, économiques, climatiques, sanitaires ou tout cela à la fois) soient le prétexte, soit à une mise à l'écart du juge dans les secteurs les plus sensibles, soit à son instrumentalisation ; comme ce fût le cas tout au long de l'histoire de la justice, y compris jusque dans l'actualité avec par exemple les restrictions apportées aux libertés en lien avec le terrorisme, ou même avec certains mouvements sociaux tels que celui dit des « gilets jaunes » au cours desquels, au-delà des louables protestations du Syndicat de la Magistrature, les juges n'ont guère fait montre, en tant

¹³⁶⁰ G. Canivet, *Activisme judiciaire et prudence interprétative* », Archives de philosophie du droit, n°50, « La création du droit par le juge, 2006, Dalloz, p. 28-30, cité par C. Otero, *op. cit.*, p. 51.

¹³⁶¹ Par exemple l'arrêt *Alitalia* du 3 février 1989 du Conseil d'État (n°74052) qui à l'occasion d'un litige relatif à des remboursements de TVA refusés à la compagnie aérienne sur le fondement de dispositions issues de décrets codifiés au code général des impôts qu'elle estimait contraires à une directive européenne de 1977, « érigea en principes les facultés ouvertes aux administrés par l'article 3 du décret de 1983 et releva, non sans une certaine audace, que ce décret s'était inspiré de ces principes. Par cette décision, la haute juridiction institue une faculté pour tout administré de demander, sans condition de délai, à l'administration d'abroger les actes réglementaires illégaux dès l'origine ou devenus illégaux du fait d'un changement dans les circonstances de fait ou de droit. » (site internet du Conseil d'État). Ainsi, face au pouvoir réglementaire qui était revenu sur la jurisprudence du juge administratif, ce dernier érigea un principe qui lui permettait, d'une part, de mettre en échec la disposition neutralisante et d'autre part, de placer le pouvoir exécutif dans l'incapacité d'agir par la simple édicton de dispositions réglementaires contraires, le forçant à avoir désormais recours au législateur s'il entendait revenir sur la portée du principe dégagé par lui. Mais on ne voit en quoi on est là en présence d'une véritable émancipation du pouvoir politique qui demeure, dans la réalité, à un niveau institutionnel ou à un autre, le maître du jeu.

¹³⁶² Christophe Otero, *op. cit.*, p. 416.

que garants des libertés, d'une grande capacité de résistance aux sollicitations répressives du pouvoir politique.¹³⁶³

711. Dans la conclusion de sa thèse précisément intitulée *Les rébellions du juge administratif, recherche sur les décisions juridictionnelles subversives* — mais son propos est d'une portée plus générale —, Christophe Otero explique qu' : « Il ressort de l'étude que les rébellions des juges restent dépendantes des réactions qu'elles génèrent, ce que l'on pourrait quelquefois avoir tendance à oublier. Les tentatives d'émancipation des juges subalternes restent ainsi soumises à leur approbation par le juge suprême auquel elles sont rattachées. De la même façon, les tentatives d'indépendance à l'égard de l'autorité politique restent soumises aux réactions de celle-ci laquelle, malgré quelquefois des difficultés pour s'opposer à une prise de position qui aurait reçu l'assentiment de l'opinion publique, parvient le plus souvent à rester maîtresse du sens et de la portée de la norme. »¹³⁶⁴ Et il est question un peu plus loin des « formes d'opposition qui ne peuvent être constitutives d'une rébellion, mais qui sont plutôt la sédimentation de décisions porteuses de subversions et peuvent de ce fait être qualifiées d'actes de rébellions ».¹³⁶⁵ On comprend qu'en fait on est assez loin de l'affirmation franche d'un véritable pouvoir juridictionnel, condition d'un véritable État de Droit dont le même auteur fournit pourtant la définition : « une (...) forme d'État (...) caractérisée par l'idée de la « soumission du pouvoir politique au droit juridictionnellement sanctionné, dans le but de conférer à l'individu une protection efficace contre l'arbitraire étatique. »¹³⁶⁶

¹³⁶³ « Au total, 8645 personnes ont été placées en garde à vue [entre novembre 2018 et mars 2019], selon la chancellerie. « Des milliers de manifestants [près de 5000] ont été relâchés sans qu'aucune charge ne soit retenue contre eux. Ces dossiers constituent la majorité de nos affaires », note Muriel Ruef, avocate au barreau de Lille. » *Le Monde*, *La justice face aux « gilets jaunes » : un nombre « colossal » de gardes à vue et un recours massif aux comparutions immédiates*, article en ligne de Cécile Bouanchaud, des 29 et 30 mars 2019. Ce qu'éclaire une note interne du procureur de la République de Paris du 12 janvier 2020 intitulée « permanence gilets jaunes », destinée aux membres du parquet de Paris qui vise entre-autres à privilégier les levées de garde à vue le samedi soir ou le dimanche matin, même si les faits (à les supposer constitués) sont bénins et même s'il y a classement sans suite, afin de neutraliser les personnes concernées, de les empêcher de « retourner grossir les rangs des auteurs de troubles », et encore de les inscrire en tout état de cause sur le fichier de traitement des antécédents judiciaires. On voit là en effet l'actualité de la subordination de l'institution judiciaire au pouvoir. Du côté du parquet, mais aussi du côté du siège qui a contribué à l'amplification de la répression orchestrée par le ministre de l'intérieur avec l'assentiment actif de la ministre de la justice. C'est ainsi qu'il a été recouru massivement aux comparutions immédiates et que cette dernière « a fait savoir, le 23 mars [2019], que 2000 personnes avaient été condamnées depuis le 17 novembre, date du premier rassemblement, et qu'environ 40% d'entre elles ont reçu des peines d'emprisonnement ferme. [Et encore que] Près de 1800 personnes interpellées lors des manifestations organisées chaque samedi depuis plus de quatre mois attendent encore d'être jugées », Article du *Monde* précité. Les avocats ont dénoncé une particulière sévérité des peines infligées en l'absence de dossiers probants et en présence de prévenus au casier judiciaire vierge. La résistance des juges a consisté pour l'essentiel en quelques protestations sans effet sur le cours réel de la justice, du Syndicat de la Magistrature, minoritaire.

¹³⁶⁴ Christophe Otero, *op. cit.*, p. 417.

¹³⁶⁵ *Ibid.* p. 418.

¹³⁶⁶ Christophe Otero, *op. cit.*, p. 418. Une autre conclusion, celle du livre d'Alain Bancaud qui traite de la magistrature en France de 1930 à 1950, semble ouvrir une fenêtre d'espoir après que son auteur ait démonté les ressorts de la collaboration active du corps judiciaire à l'action de Vichy, qualifiée d'« exception ordinaire ». Il pense qu'en effet « à partir des années 1970 (...) la tradition de dépendance du juge judiciaire est ébranlée », que

712. Un pouvoir juridictionnel dont l'avènement — et avec lui celui d'un État de Droit achevé —, est inenvisageable sans passer d'une « rébellion » du juge contrainte, circonscrite, endiguée par le politique, parce qu'elle se place sur son terrain, à une révolte qui lui échappe parce qu'elle se place sur un autre terrain — le sien : celui du Droit distingué de la loi par son éthique, tel que cette thèse en propose le dispositif théorico-pratique en opposition à la théorie neutraliste, unidimensionnelle, dominante, qui en fait voue le juge à faire de la politique dès lors qu'il prétend être autre chose qu'un fonctionnaire de la loi et s'émanciper peu ou prou de la volonté du pouvoir en place ; qui le voue à faire de la politique, puisqu'en l'absence d'éthique propre au Droit sur laquelle il puisse fonder son opposition à la loi, cette opposition ne peut qu'exprimer ses propres valeurs en concurrence avec celles du pouvoir en place. Ce qui est inacceptable pour ce dernier, comme cela devrait l'être tout particulièrement pour celui qui revendique une neutralité de scientifique ou de technicien du droit. Seul en réalité un *Juge révolté*, tel que celui inspiré de *L'Homme révolté* de Camus, peut légitimement se dire neutre, puisque son refus d'application d'une loi est fondé sur le droit tel qu'il est et tel qu'il doit être pour être autre chose que la volonté politique mise en normes.

« La justice ou, du moins une partie de ses servants aspire à devenir « le lieu d'exigibilité de la démocratie », plus, « la scène de la démocratie », comme l'écrit Antoine Garapon » et que « C'est donc la tradition à la fois de la modestie temporelle du juge et de la toute-puissance du politique et de l'État, dans laquelle Vichy s'intègre sous une forme extrême et dramatique, qui se trouve mise en cause. », Alain Bancaud, *op. cit.*, p. 449-450. Mais rien en réalité ne permet de penser que 50 ans après l'ébranlement lié aux événements de 1968 et à la création du Syndicat de la Magistrature, l'aspiration en question ait été suffisamment durable, répandue et forte pour produire les effets escomptés. Comment, pour qui a pratiqué l'institution pendant la majeure partie de la période, croire qu'elle est devenue du fait de l'émancipation des juges de la « toute-puissance du politique », l'épicentre de la démocratie et en quelque sorte le laboratoire de l'État de droit ? La démocratisation de la justice comme son contraire dépendent toujours, au travers de la loi, des circonstances politiques.

BIBLIOGRAPHIE

Bibliographie relative à l'œuvre d'Albert Camus :

CAMUS Albert, *Œuvres complètes* en quatre volumes, Bibliothèque de La Pléiade, édit. Gallimard, Paris, 2006 et 2008.

ARDIZIO Maria, *Camus*, édit. Duculot, Paris, 1982.

ARNAUD-GOMEZ Sylvie, *La polyphonie dans l'œuvre de Camus : de l'unité ontologique à la fracture discursive*, Littérature, Université Michel de Montaigne, Bordeaux III, 2008.

AUDI Paul, *Qui témoignera pour nous ? Albert Camus face à lui-même*, édit. Verdier, Lagrasse, 2013.

BENHAÏM André et GLACET Aymeric (dir.), *Albert Camus au Quotidien*, Presses Universitaires du Septentrion, 2013.

BOVE Laurent, *Albert Camus, de la transfiguration, pour une expérimentation vitale de l'immanence*, édit. Publications de la Sorbonne, Paris, 2014.

CAMUS Albert & CHAR René, *Correspondance (1946-1959)*, édit. Gallimard, Paris, 2007.

CAMUS Albert & Casarès Maria, *Correspondance (1944-1959)*, édit. Gallimard, Paris, 2017.

CHABOT Jacques, *Albert Camus, « la pensée de midi »*, édit. Édisud, Aix-en-Provence, 2002.

CORBIC Arnaud, *Camus L'absurde, la révolte, l'amour*, Les éditions de l'Atelier/Éditions Ouvrières, Paris, 2003.

DANIEL Jean, *Avec Camus, Comment résister à l'air du temps*, édit. Gallimard, Paris,

GRENIER Roger, *Albert Camus soleil et ombre*, édit. Gallimard, 1987.

GUERIN Jeanyves, *Albert Camus Littérature et politique*, édit. Honoré Champion, Paris, 2013 ; *Voies et voix de la révolte chez Albert Camus*, édit. Honoré Champion, Paris, 2020.

GUERIN Jeanyves, direct., *Dictionnaire Albert Camus*, édit. Robert Laffont, Paris, 2009 ;

KAPLAN Alice, *En quête de L'Étranger*, édit. Gallimard, Paris, 2016.

MAESO Marylin, textes choisis, *L'abécédaire d'Albert Camus*, Edit. de l'Observatoire, Paris, 2020.

MALIK Abd Al, *Camus, l'art de la révolte*, édit. Fayard, Paris, 2016.

MARIN Lou (textes rassemblés et présentés par), *Albert Camus, écrits libertaires (1948-1960)*, édit. Égrégores, Marseille, 2013.

MATTEI Jean-François, *Albert Camus, Du refus au consentement*, PUF, Paris, 2011.

MATTEI Jean-François & ASEYN, *Comprendre Camus*, Essai graphique, édit. Max Milo, Paris, 2013.

MORISI Ève (Dir.) *Camus et l'éthique*, Classiques Garnier, Paris, 2014.

MULLER Jean-Marie, *Penser avec Albert Camus, Le meurtre est la question*, édit. Chronique sociale, Lyon, 2013.

ONFRAY Michel, *L'ordre libertaire, La vie philosophique d'Albert Camus*, édit. Michel Onfray et Flammarion, Paris, 2012.

RICOEUR, « *L'Homme révolté de Camus* » in *Christianisme social*, 1952, n° 5-6.

SALAS Denis, *Albert CAMUS, La juste révolte*, édit. Michalon, Paris 2002.

TANASE Virgil, *Camus*, édit. Gallimard, Paris, 2010.

TODD Olivier, *Albert Camus, une vie*, édit. Gallimard, Paris, 1996.

VIRCONDELET, *Albert Camus fils d'Alger*, édit. Librairie Arthème Fayard/Pluriel, Paris, 2013.

ABECEDAIRE de Albert Camus, édit. de L'Observatoire, Paris, 2020.

LE MAGAZINE LITTÉRAIRE, Hors-série, *Albert Camus Une pensée au Zénith*, 2010 / Nouveaux regards, *Albert Camus*, 2013, Edit. Sophia Publications, Paris.

LIRE, *Albert Camus*, n° 420, édit. Groupe Express-Roularta, Paris, 2013.

PHILOSOPHIE MAGAZINE, Hors-série n° 17, *Albert Camus La pensée révoltée*, Philo éditions, Paris, 2013.

REVUE publiée par la SOCIÉTÉ DES ÉTUDES CAMUSIENNES

Bibliographie générale

ALLEN William S., *Une petite ville nazie*, édit. Tallandier, Paris, 2016.

ARENDRÉ Hannah, *Les origines du totalitarisme Eichmann à Jérusalem*, Quarto Gallimard, Paris, 2002.

ARISTOTE, *La politique*, traduct. Jules Tricot, édit. Vrin, Paris, 1995.

ATLAN Monique & DROIT Roger-Pol, *Humain, une enquête philosophique sur ces révolutions qui changent nos vies*, édit. Flammarion, Paris, 2014.

BACHELARD Gaston, *La formation de l'esprit scientifique*, édit. Vrin, Paris, 8^e édit. 1972.

BADINTER Robert, *L'abolition*, édit. Fayard, Paris, 2000.

BANCAUD Alain, *Une exception ordinaire, la magistrature en France 1930-1950*, édit. Gallimard, Paris, 2002.

BARANES William et FRISON-ROCHE Marie-Anne, *La justice l'obligation impossible*, édit. Autrement, Paris, 1995.

BARTHES Roland, *Œuvres complètes*, édit. Du Seuil, Paris, 2002.

BEAUSSANT Philippe *Louis XIV artiste*, édit. Payot, Paris, 1999.

- BECHILLON Denys de, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* édit. Odile Jacob, Paris, 1997/ Direct. avec CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, BRUNET Pierre et MILLARD Eric, *L'architecture du droit, mélanges en l'honneur de Michel Troper*, édit/ Economica, Paris, 2006.
- BEGOUT Bruce, *De la décence ordinaire*, édit. Allia, Paris, 2008.
- BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 5^{ème} édit. Dalloz, Paris, 2012.
- BERGSON Henri, *Œuvres*, PUF, Paris, 4^{ème} édit. 1984.
- BERMAN Harold, *Droit et révolution, La formation de la tradition juridique occidentale*, trad. De Raoul Hardouin, édit. Librairie de l'université, Aix en Provence, 2002.
- BESNIER Jean-Michel, *L'Humanisme déchiré*, édit. Descartes & Cie, 1993.
- BEYLOT Pierre et SELIER Geneviève (dir.), *Les séries policières*, édit. L'Harmattan, Paris, 2004.
- BIERI Peter, *La dignité humaine, une façon de vivre*, édit. Buchet & Chastel, 2016.
- BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, trad. M Gueret & Agostini, édit. Bruylant, Louvain & LGDJ Paris, 1998
- BONDUELLE Mathieu et autres, *Contre l'arbitraire du pouvoir, 12 propositions*, édit. La Fabrique, Paris, 2012.
- BOUGLE-LE ROUX Claire, *La littérature française et le droit : anthologie illustrée*, édit. LexisNexis, Paris, 2013.
- BOUTHOUX Gaston *Les structures sociologiques, Traité de sociologie*, édit. Payot Paris, 1968.
- BRAUMAN Rony et Eyal SIVAN, *Éloge de la désobéissance, à propos d'un « spécialiste », Adolf Eichmann*, édit. Le Pommier, Paris, 2006.
- BRECHT Bertolt, *Antigone*, édit. L'ARCHE, Paris, 1979, 2000.
- BRIMO Albert, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, 3^{ème} édit., édit. A PEDONE, Paris, version numérique.
- BRUNET François, thèse, *La normativité en droit*, soutenue à Paris le 4 juillet 2011.
- CAHIERS de philosophie politique et juridique, n° 11, *Des théories du droit naturel*, 1987 / n° 13, *Du positivisme juridique*, 1989 / n° 20, *La fondation des normes*, 1991 / édit. Centre de Publications de l'Université de Caen.
- CARBONNIER Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, édit. LGDJ, Paris, 1995.
- Carré de Malberg Raymond, *contribution à la théorie générale de l'État*, édit. Sirey, réédit. CNRS, Paris, 1962.
- CHAPOUTEAU Johann, *La loi du sang, penser et agir en nazi*, édit. Gallimard, Paris 2014.
- CHASSAN Joseph-Pierre, *Essai sur la Symbolique du droit*, Paris, 1847, site BNF Gallica.
- CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *Régression de la démocratie et déchaînement de la violence*, édit. Textuel, Paris, 2019.

- CONSTANT Benjamin, *Écrits politiques*, édit. Gallimard Folio, Paris 1997.
- CORNU Gérard, *Introduction*, 7^e édit. Domat-Montchrétien, Paris, 1994.
- DAMASIO Antonio, *Spinoza avait raison, 2003 / L'Autre moi-même, 2010 / L'ordre étrange des choses, la vie, les sentiments et la fabrique de la culture*, 2017. édit. Odile Jacob, Paris.
- DAOUD Kamel, *Meursault contre-enquête*, édit. Actes Sud, 2014. 2006.
- DEBOUZY Marianne, *La désobéissance civile aux États-Unis et en France 1970-2014*, PUF de Rennes, 2016.
- DELEUZE Gilles & GUATTARI Félix, *Qu'est-ce que la philosophie*, Les éditions de minuit, 2005.
- DEMOLOMBE Charles, *Cours de Code Napoléon*, édit. Durand & Hachette, Paris, 1865.
- DE WAAL Frans, *Primates et Philosophes*, édit. le Pommier, Paris, 2020.
- DILTHEY Wilhelm, *L'Édification du monde historique dans les sciences de l'esprit*, trad. et présentation par Sylvie. Mesure, édit. Du Cerf, Paris. 1988.
- DISSAUX Nicolas, *Balzac, romancier du droit !* édit. LexisNexis, Paris, 2012.
- DE ROSNAY Joël, *La symphonie du vivant, comment l'épigénétique va changer notre vie*, édit. Les Liens qui Libèrent, Paris, 2018.
- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^e édit., E. de Boccard, Paris 1927.
- DUPUIS-BIERI Francis, *Démocratie, histoire politique d'un mot aux États-Unis et en France*, édit. Lux, Québec, 2019.
- DURKHEIM Émile, *Les règles de la méthode sociologique*, quadrigé, 5^{ème} édit., PUF, Paris, 1990.
- ELLUL Jacques, *Métamorphoses du bourgeois*, 1967, réédit. La Table ronde, Paris, 1998.
- FERRY-MACCARIO Nicole et SILHO Olivier, *Droit de l'art*, édit. Ellipses, Paris, 2^e édit. 2014.
- FOUCAULT Michel, *À propos de la généalogie de l'éthique : aperçu du travail en cours, Dits et écrits*, Quarto Gallimard, 1994/2001.
- FOULQUIE Paul, *L'existentialisme*, PUF, 1947.
- FREUND Julien, *L'essence du politique*, édit. Sirey, Paris, 1996.
- FUCHS Édith, *La « banalité du mal » comme absence de pensée selon Hannah Arendt, dans Destins de « la banalité du mal »*, édit. De L'Éclat, Paris, 2011.
- FUKUYAMA Francis, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, édit. Flammarion, Paris, 1992.
- GARAPON Antoine & SALAS Denis (Dir.) *Imaginer la loi, Le droit dans la littérature*, édit. Michalon, Paris, 2008.

GARAPON Antoine & LASSEGUE Jean, *Justice digitale, Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, Paris, 2018.

GÉNY François, *Science et technique en Droit privé positif*, t.1, Sirey, Paris, 1913.

GODIN Romaric, *La guerre sociale en France, aux sources économiques de la démocratie autoritaire*, édit. La Découverte, Paris 2019.

GOYARD-FABRE Simone, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, Paris, 1992 / (1) *Du positivisme juridique*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de Publications de l'Université de Caen, 1989/ *Des théories du droit naturel*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Centre de publications de l'Université de Caen, n° 11, 1987.

GROS Frédéric, *Désobéir*, édit. Albin Michel & Flammarion, Paris, 2017.

GUIHO Pierre, *Cours de droit civil. Introduction générale*, édit. L'Hermès, Lyon, 1978.

HAFFNER Sébastien, *Histoire d'un allemand, souvenirs (1914-1933)*, édit. Actes Sud, Arles, 2002-2003.

HILBERG Raul, *La destruction des juifs d'Europe*, édit. Arthème Fayard, Paris, 1988.

HOURQUEBIE Fabrice, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la 5^{ème} République*, édit. Bruylant, Bruxelles, 2004.

HUGO Victor, *Le Droit et la loi*, édit. Michel Levy frères, Paris 1875.

IONESCO Eugène, *Notes et Contre-Notes*, édit. Gallimard, 1962.

ISRAEL Jonathan I., *Les Lumières radicales*, édit. Amsterdam, Paris, 2005.

JANNOUD Claude, *L'envers de l'humanisme*, Édit. Seuil, Paris, 1997.

JONGEN François & LEMMENS Koen (Dir.) *Droit & Littérature*, Edit. Anthemis, Louvain-La-Neuve, 2007.

KAFKA Franz, *Le Procès*, édit. Librairie Générale Française, *Le Livre de Poche*, Paris, 2001 / *La colonie pénitentiaire et autres récits*, édit. Gallimard Folio, Paris, 1948.

KANT Emmanuel, *Critique de la faculté de juger*, trad. A. Philonenko, édit. Vrin, Paris, 1984.

KEBIR Mehdi, *Le libre arbitre du juge*, Thèse soutenue en 2017 et publiée en 2019 aux éditions Dalloz.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, édit. Dalloz, Paris, 1962. / *La validité du droit international*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haye, 1932-IV.

KILANI Mondher, *Introduction à l'anthropologie*, édit. Payot Lausanne, 1989.

LA BOETIE Etienne de, *Discours de la servitude volontaire*, présentation par Simone Goyard-Fabre, édit. GF Flammarion, Paris, 1983.

LANGLOIS Simon et MARTIN Yves (dir.) *L'horizon de la culture. Hommage à Fernand DUMONT*, édit. Les Presses de l'Université LAVAL, Québec, 1995.

LEVI Primo, *Si c'est un homme*, édit. Julliard, Paris, 1987. / *Le Devoir de mémoire*, Edit. Mille et une nuits Librairie Arthème Fayard, Paris, 2000.

LEVI-STRAUSS Claude, *La Pensée sauvage*, édit. Plon, 1983.

LUHMANN Niklas *La légitimation par la procédure*, édit. Presses de l'Université Laval & Cerf, 2001.

MAGNON Xavier, *Théorie(s) du droit*, édit. Ellipses, Paris, 2008.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Droit civil, introduction générale*, édit. Cujas, 1991.

MANCERON Giles, *Contre l'arbitraire du pouvoir, 12 propositions*, La fabrique édit.

MATHIEU Bertrand, *Le droit contre la démocratie*, édit. LGDJ, Paris, 2017.

MOSSMANN Mary Jane et GRIS OTLS Ghislain, *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, édit. Thémis, Paris, 2000.

MERLEAU-PONTY Maurice, *Humanisme et terreur, Essai sur le problème communiste*, édit. Gallimard, 1^{ère} parution en 1947, seconde en 1980.

MISRAHI Robert, *100 mots sur l'Éthique de Spinoza*, édit. Les empêcheurs de tourner en rond/ Le Seuil, Paris, 2005.

MONOD Jacques, *Le hasard et la nécessité, essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, édit. du Seuil, Paris, 1970.

MONTESQUIEU Charles-Louis de Secondat, *Œuvres complètes*, Éditions du Seuil, Paris, 1964.

MORIN Edgar, *Le paradigme perdu : la nature humaine*, édit. Du Seuil, Paris, 1973 / *Introduction à la pensée complexe*, édit. ESF, Paris, 1990.

MOTULSKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique de droit privé*, édit. Dalloz, Paris, 2002.

MULLER Jean-Marie, *L'impératif de désobéissance, fondements philosophiques et stratégies de la désobéissance civile*, édit. Le Passager clandestin, Le Pré-Saint-Gervais, 2011.

NIETZSCHE Friedrich, *Œuvres complètes*, édit. Arvensa, Paris, 2014.

OGIEN Albert & LAUGIER Sandra, *Pourquoi désobéir en démocratie ? 2010-2011 / Le principe démocratie, enquête sur les nouvelles formes du politique 2014* / édit. La découverte, Paris.

OST François, *Raconter la loi, Aux sources de l'imaginaire juridique*, édit. Odile Jacob, Paris, 2004.

OTERO Christophe, thèse, *Les rébellions du juge administratif, recherche sur les décisions juridictionnelles subversive*, soutenue le 13 décembre 2013 à Rouen.

PASCAL Blaise, *Pensées*, Œuvres philosophiques, édit. Gallimard, La Pléiade, Paris, 2000.

PENA-RUIZ Henri, *La solidarité, une urgence de toujours*, édit. Rue des écoles/Agora éducation, Paris, 2010.

PEYTEL Adrien, *Balzac juriste romantique*, édit. M. Ponsot, Paris, 1950.

- PHARO Patrick *L'injustice et le Mal*, édit. L'Harmattan, collect. « Logiques sociales, Paris 1996.
- PIKETTY Thomas, *Capital et idéologie*, édit. Seuil, 2019, 4^{ème} de couverture.
- PROUHON Pierre-Joseph, *De la justice dans la révolution et dans l'Église*, édit. Librairie Garnier Frères, Paris, 1858.
- RADBRUCH Gustav, *Injustice légale et droit supralégal*, École sup. de Fontenay/Saint-Cloud, 1946.
- RAWLS John, *Théorie de la justice*, édit. Du Seuil, Paris, 1987. / *La justice comme équité, Une reformulation de Théorie de la justice*, édit. La découverte, Paris, 2003, 2008.
- REVAULT D'ALLONES Myriam, *Ce que l'homme fait à l'homme. Essai sur le mal politique*, édit. du Seuil, 1991.
- RENAUT Alain et MESURE Sylvie, *La guerre des dieux, essai sur la querelle des valeurs*, Edit. Grasset, Paris, 1996.
- RICOEUR Paul, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990.
- RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édit., LGDJ, Paris, 1927.
- ROBERT Marc, *On les appelle les juges rouges*, Tema-Éditions, Paris, 1976.
- ROSANVALLON Pierre, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité*, 2008 / *Le bon gouvernement*, 2015 / édit. Du Seuil, Paris.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, édit. Flammarion, 2012.
- RUSS Jacqueline, *La pensée éthique contemporaine*, PUF, Paris, 1994.
- SAINT-PIERRE François, *Le droit contre les démons de la politique*, édit. Odile Jacob, Paris, 2019.
- SANDEL Michael J., *Justice*, édit. Albin Michel, Paris, 2016.
- SALAS Denis, *Le courage de juger, Entretien avec Frédéric Niel*, édit. Bayard, Montrouge, 2014.
- SANDS Philippe, *Retour à Lemberg*, édit. Albin Michel, Paris, 2017.
- SARTRE Jean-Paul, *Qu'est-ce que la littérature ?* 1948. *L'existentialisme est un humanisme*, 1996 / Edit. Gallimard, Paris / *L'existentialisme est un humanisme*, Gallimard, Folio/essais, 1996 / *Situations I*, édit. Gallimard, Paris, 1947.
- SCHMITT Carl, *Théologie politique*, édit. Gallimard, Paris, 1988.
- SEN Amartya, *L'idée de justice*, édit. Flammarion, Paris, 2010.
- SERVIGNE Pablo et CHAPPELLE Gauthier, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, édit. Les Liens qui Libèrent, Paris, 2017.
- SERRES Michel, *Le contrat naturel*, édit. François Bourin, Paris, 1990.

SPINOZA Baruch, *Éthique*, introduction, traduction, notes et commentaires de Robert MISRAHI, PUF, 1993. / MISRAHI Robert, 100 mots sur l'Éthique de Spinoza, édit. Les Empêcheurs de penser en rond & Le Seuil, Paris, 2005.

STEINER George, *Les Antigones*, édit. Gallimard, Paris, 1986.

STOLLEIS Michel, *Le droit à l'ombre de la croix gammée, études sur l'histoire du droit du national-socialisme*, ENS édit., Paris, 2016.

STRAUSS Léo, *Droit naturel et histoire*, réédit. Champs Flammarion, Paris, 1986.

SUPIOT Alain, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, édit. du Seuil, Paris, 2005. / *La Solidarité, Enquête sur un principe juridique*, Edit. Odile Jacob, 2015 / *La gouvernance par les nombres, Cours au Collège de France (2012-2014)*, édit. Fayard, Paris, 2015.

SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, *Juger sans entraves, 50 ans de lutte pour la justice, les droits et les libertés*, Edit. La découverte, Paris, 2018.

TERRE François, *Introduction générale au droit*, édit. Dalloz, Paris, 2012.

THIBIERGE Catherine (Dir.) *La force normative, Naissance d'un concept*, édit. LGDJ, Paris 2009.

THOREAU Henry David, *Désobéir, Anthologie politique et réfractaire*, Les Editions Aden, Bruxelles, 2013. / *La désobéissance civile* suivi de *La Vie sans principe*, Edit. ELJ, Paris, 2016.

THUILLIER Guy, *L'art de juger*, édit. Économica, Paris, 2001.

TIERCELIN Claudine, *Le ciment des choses, petit traité de métaphysique scientifique réaliste*, édit. d'Ithaque, 2011.

TORT Patrick, *L'effet Darwin, Sélection naturelle et naissance de la civilisation*, édit. Du Seuil, Paris 2008.

TROPER Michel, *La philosophie du droit*, PUF, Paris, 2003. / *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, coll. Léviathan, Paris, 2001/Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Christophe GRZEGORCZYK (dir.) *Théorie des contraintes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 2005.

VALÉRY Paul, *Œuvres*, Gallimard, La pléiade, 1957.

VILLEY Michel, *la formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003/ *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, édit. Dalloz, 1962.

WALINE Marcel, *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*, Mélanges Carré de Malberg, édit. Sirey, 1933.

INDEX

A

Absurde

- Argument : 593
- Condition : 680
- Cycle : 11
- Existence 631
- Homme : 12 585
- Humanisme : 584 592 593

Algorithmes : 94 220 226 227 355 534

Apagogique/raisonnement par l'absurde : 88 332 675 243 244

Artiste :

- Censure : 519
 - Droit : 460 477 505 510 516 540
 - Embarqué : 182
 - Éthique : 519
 - Figure : 26
 - Juge : 608 609
 - Mesure : 549
 - Philosophe : 4 92 361 462 508 537 686
 - Réel/réalité : 392 538
 - Solidaire : 603
-

C

Conseil constitutionnel : 46 150 151 152 154 160 161 224 226 266 395 404 408 440 451 533 568 569 573 574 575 581 582 645 671 707 708

Constitution : 41 4246 73 74 140 148 150 151 152 157 166 168 180 196 208 224 293 315 365 395 408 415 418 436 437 453 481 552 574 581 583 656 671 707 708

D

Démesure :

- Juge : 398 659
- Liberté : 435
- Loi : 111 358
- Pensée/action : 82 529
- Politique : 363 659
- Rationalité : 25
- Révolte : 66

Démocratie :

- Art : 455 456 535
- Démocrature/illibérale : 70 242 313 570
- Désobéissance civile : 399 403 404 570 571
- Désordre : 9
- Droit/État de Droit : 87 144 147 149 150 151 155 171 216 266 337 436 490 572
- Économie : 144
- Force/violence : 56 69 70 73 148 149
- Idéologie : 55
- Juge/justice : 57 75 120 121 123 153 173 186 216 225 235 356 405 573
- Légitimité : 406

- Minorité : 74
- Nature humaine : 87
- Participative : 611
- Politique : 60 70 117 127 143 147 148 322 436
- Représentativité : 415 611 612
- Résistance : 570
- Solidarité : 178 360 428 462
- Utopie relative : 69
- Véritable/aboutie/radicale/effective : 37 74 120 216 300 373 404 517 570 572 620 670 684

Désobéissance civile : 392 393 395 399 413 490 559 570 571 572 683

Dimension éthique du Droit :

- Art/esthétique : 529 542 606 608
- Autonomie : 187 191 204 368 414 419 451 461 614 673
- Concept de Droit : 627 670
- Conception dualiste : 24
- État de droit : 73 164 283 542
- Force : 178 266
- Harmonie sociale : 508 532 535 542
- Humanisme : 597
- Idéologie : 705
- Juge/Juge révolté : 56 86 94 155 156 175 177 280 328 342 357 444 480 533 535 555
- Justice globalisée : 37
- Légitimité : 47 670
- Liberté : 329 435 438
- Limite : 692
- Mesure/démesure : 358 457 529
- Métaphysique : 667
- Nature humaine : 105 229 392
- Normativité : 674 683
- Oubli : 219
- Solidarité : 2 45 85 88 416 529 608
- Tension/équilibre : 542 547 549 555 579 583 597 598 634 636

Dimension politique du Droit :

- Autonomie : 368
- Conception dualiste : 24 56 105 461 856 666
- Conseil constitutionnel : 46
- Critère : 191 203
- Défiance : 683
- Droit positif : 394
- Enjeu de pouvoir : 508
- Équilibre : 547 549 579 583 598 634 692
- Fonction d'ordre : 458
- Frontière : 555
- Juge/Juge révolté : 61 105 155 357 407 419 535 549 635
- Jurisprudence légale : 459 635
- Normativité : 21 93 32 359 677
- Rôles : 357
- Science du droit/scientisme : 156 354 359 705
- Tension : 164 542 547
- Théorie unidimensionnelle : 178

Dispositif :

- Alternatif : 599
- Autonomie du Droit : 345
- Axiologie : 266
- Bidimensionnel : 490 598
- Bipositif : 598

- Clarification des rôles : 357
- Concept : 364
- Constitutionnel : 612
- Décloisonnement : 365
- Démocratie : 462
- Dimension éthique : 370
- Droit : 394 414 613
- Équilibre : 413
- Être et devoir être : 261
- Expérience de Stanley Milgram : 357
- Juge : 459
- Juridique : 490
- Moniste 416
- Motifs : 105
- Neutraliste : 599
- Normativité : 363 365
- Orientation esthétique : 531
- Prisme : 485
- Réduction du Droit à la loi : 365
- Révolte : 369 375 699
- Solidarité : 369
- Technique : 364
- Théorico-pratique : 364 375 416 598 712
- Théorique : 370 458 461 465 690
- Unidimensionnel : 599

E

Équilibre :

- Action : 110
- Balance : 528 636
- Beauté : 548
- Consentement : 390
- Démesure : 486 528
- Démocratie : 578
- Dimension politique et dimension éthique : 89 413 457 459 549 557 583 598 609 634 692
- Domination : 609
- Exigence : 342 665
- Forces : 369
- Fragile/précaire : 358 362 542 620 692
- Harmonie sociale : 93 110 463
- Instable : 461 542 550 599
- Justice : 548
- Liberté : 442
- Loi et Droit : 64 89 555
- Meilleur : 360 444 547 636
- Optimum : 91
- Pensée de midi : 94 528
- Pôles : 91
- Politique et juridique : 24 620
- Pouvoirs : 280 612
- Révolte/Juge révolté : 363 389 494 634
- Séparation des pouvoirs : 412
- Social : 369 548
- Tension : 164 369 457 459 547 548 609 632 633 665
- Théorie neutraliste : 398
- Zénith : 91 542

État de Droit :

- Art de vivre/harmonie sociale : 541 542
- Autonomie du Droit : 147 187 240
- Contrôle de constitutionnalité et de conventionalité : 147 148
- Démocratie/aboutie : 74 151 155 171 216 620
- Dimension éthique : 283
- État de loi 73 197 219 282
- Fonctionnaires : 281
- force : 24
- Juge/institution judiciaire : 73 315 347 451 614
- Légitimité : 600
- Liberté d'expression : 514 515 516
- Limite : 41 57 73 79 208
- Pouvoir juridictionnel : 75 451 494 711 712
- Refondation : 612
- Séparation des pouvoirs : 294
- Véritable : 41 52 73 149 165 283 572
- Violence/guerre : 205

H

Humanisme : 39 143 274 340 343 547 569 583 584 586 589 590 591 594 660 686 687

J

Juge révolté :

- Art : 530 539 543 546
- Cadre juridique : 47
- Common Law : 531
- Conseil constitutionnel : 154
- Démocratie : 405
- Désobéissance civile : 393 412 570
- Dispositif : 598
- Droit/État de Droit : 40 41 67 93 95 132 266 458
- Engagement : 444 445
- Équilibre/mesure : 398 413 457 557 583
- Éthique : 64 72 177 266 532 557
- Figure mythique : 526
- Garde-fou : 286 552
- Humaniste : 469 547
- Intégrité supérieure : 523
- Justicier : 444 448 599
- Légitimité : 132 600 601
- Liberté : 435 438 519
- Ordre discriminatoire : 286
- Parlements d'Ancien régime : 133 280
- Plénitude de son office : 280
- Pouvoir limité : 357
- Pouvoir politique : 42 155 419
- Refus d'application de la loi : 341 369
- Sagesse : 91
- Saisine : 555
- Solidarité : 96 419 532

Jurisprudence juridictionnelle : 459 616

Jusnaturalisme - 156 343 350 351 355 657 659 662-665 670

Juspositivisme - 343 350 355 663 670

L

Liberté(s) :

- Absurde : 385
- Art : 455 510 539 608
- Authentique : 42 85 590 676
- Commerce/économie : 33 236
- Common Law : 471
- Démocratie : 120 455 456
- Dignité : 675
- Dimension éthique : 50
- Droit : 608
- Engagement : 440 444
- Existence humaine : 335
- (d') expression : 257 510 511 513 514 515 516 517 518 519 520
- Fausse : 438 439
- fondamentales : 157 578
- Humanisme : 590 592 596
- Juge/Juge révolté : 129 139 186 216 266 295 329 419 435 436 437 438 684 710
- Jurisprudences protectrices : 160 161
- Libre arbitre : 338
- Mesure/démesure : 442 592 596
- Nature humaine : 106
- Nécessité : 432
- Peine : 582
- Pouvoir politique : 97 113 119 280 290 324 436
- Responsabilité : 89 419 441 590 693
- Solidarité : 31 42 80 85 96 107 419 435 438 441 590
- Terrorisme : 174 180 253 327 347 710

Limite :

- Action : 262 281
- *A priori* : 31
- Arbitraire/violence : 206 332 360 590 592 595
- Autonomie : 336
- Concurrence : 429
- Connaissance : 383
- Contre-pouvoir : 357
- Contrôle : 158 160 162
- Démocratie : 415
- Droit : 97 125 190 266 279 281 283 334 613 666
- Engagement : 181 387 443 444 457
- Équité : 340
- État de Droit : 41 57 494
- Éthique : 72 77 79 178 208 213 253 292 315 349
- Humaine : 18 454 652
- Hybris : 110 164 358 398 486 528
- Idéologie : 83 175 529
- Indépendance : 72 560 623
- Indignité : 254 268 495
- Infranchissable : 360
- Injustice : 270 699
- Interprétation : 343 539 553
- Juge : 2 15 47 56 57 68 180 190 254 289 398 450 605
- Juridictionnelle : 366 461 692
- Juridique : 208 447 610
- Jusnaturalisme : 664
- Justice : 176
- Liberté : 89 430 435 438 441 513 519

- Loi : 109 147 156 208 217 244 272 349 609 614 666
- Mesure/équilibre : 457 459 486 528 548 587 596 597 632 635 659 665
- Nature humaine : 430
- Nihilisme : 16 585
- Obéissance/subordination : 187 284 305 308 394 493
- Pacifisme : 16 67 259
- Pouvoir politique : 2 24 41 59 135 254 289 324 355 365 437
- Rationalisation : 236
- Responsabilité : 89 255 309 311
- Révolte : 23 38 68 82 374 392 397 457 483 596 597
- Saisine : 47 280
- Solidarité : 23 207 547
- Vérité : 496

Littérature : 7 34 93 182 349 361 445 455 456 463-475 477 482 496 504 506 512 531 536 638

N

Nature humaine : 11 20 28-30 81 84 87 105 106 149 220 229 230 250 251 252 258 262 264 382 392 416 421 423 427 430 458 468 470 536 588 590 593 608 631 658 659 661 664 689 698

Neutralisme : 4 6 45 85 93 125 131 176 179 208 249 267 268 298 341 367 458 580 607 614 626 638

P

Politique juridictionnelle : 615 616 617 618

Positif : 4 7 10 22 37 44 64 86 109 133 135 154 177 201 202 248 254 343 343 366 381 394 447 562 581 605 621 639 641 643 656 657 663 666 669 670 671-674 677 683

Positiviste :

- Affirmation : 550
- Autonomie : 418
- Conception : 209 334 348 475 599 607 666 674
- Croyance : 625 645
- Dimension cognitive : 649
- Dimension politique : 656 666
- Dissociation : 664
- Épistémologie : 678
- Idéologie : 667 672 705
- Interdit : 349
- Juristes : 43 137 641
- Limite : 308
- Logique : 260
- Monisme : 656 682
- Neutralisme : 125 249 332 336 341 368 626 652
- Normativité : 673
- Préjugé : 380
- Principe : 556
- Science : 78 103 354 361 376 378 383 646 647 653 655 658 668 677
- Texte : 42
- Théorie : 3 544 638 187 414

Principe de fraternité : 568 574 575

R

Résistance : 45 46 48 60 102 154 160 174 226 259 278 279 280 282 323 335 344 369 395 401 402 408

409 455 495 518 525 570 571 572 591 615 683 708 710

Révolte :

- Absurde : 107 246 386 387 388 592 593
- Aiguillon : 633
- Antinomie : 394
- Arbitraire : 242
- Authentique : 494
- Clé de voûte : 369
- Condition de possibilité : 374 674
- Cogito : 23
- Cycle : 22
- Démocratie : 373
- Désobéissance civile : 393 407 408
- Dispositif : 394 461 699 712
- Droit : 394 411 414 629
- Droits de l'homme : 157
- Émotion/sentiment spontanés : 247 307 349 421 674
- Engagement : 373 457
- Expérience : 21
- Fait générateur : 373 488
- Force normative : 684
- Humanisme : 585
- Idéologie : 33
- Injustice : 16 17 23 88 246 248 258 270 298 398 458 592 594 664 667 680 698
- Judiciaire : 49
- Juge : 37 38 62 190 228 311 363 392 414 415 629 630 635
- Limite/mesure/équilibre : 23 34 66 82 363 374 387 392 397 457 483 596 597 599 634 655
- Loi : 4 5 94 349 458 495
- Nature humaine : 28
- Neutralisme : 94 228
- Métaphysique : 10 23
- Ordre et désordre : 43
- Parlements d'Ancien régime : 133
- Pouvoir politique : 42 132 414
- Responsabilité : 387
- Révolution : 39 397
- Science humaine : 374
- Solidaire : 23 198 248 264 359 360 370 371 372 375 386 388 433 458 536 585 592 630 631
633 661 664
- Solitaire : 23 248 370 371 372 388 536 585 630 661 664
- Tyrannie : 159
- Violence : 48 68

S

Solidarité :

- Arbitraire : 550 668
- Balise : 80
- Censure : 519
- Chantier permanent : 360
- Charité : 440
- Compassion : 246
- Complicité : 258
- Confiance : 683 684
- Consensus : 216
- Contrepouvoir : 37
- Délit : 568
- Démocratie : 144 178 403 404 614
- Dignité/indignité : 259 264 676

- Dimension éthique : 24 85 329 416 438 556
- Dimension sociale : 220
- Droit : 81 131 144 206 450 460 511 534 583
- Égalité : 42 51 85 172 441
- Espèce humaine : 427 432
- Éthique juridique : 450
- Éthique positive : 250
- Évolution : 431 432
- Existence : 220 296 306 335 363 429
- Fait : 688
- Fondement : 255
- Harmonie sociale/art : 361 529 532 537 551 602 608
- Histoire : 360 700
- Horizon : 55
- Impératif juridique : 451
- Individualisme : 33 694
- Insularités : 23 36 88 206 433 448 547 550 566 634 535 699
- Intérêt général : 199
- Juge révolté : 153 353 583 683
- Juste/Justice : 37 5180 84 122 130 172 417 677
- Légitimité : 42 614
- Liberté : 42 51 85 172 315 338 427 435 439 516 590
- Lien social : 2
- Limite : 207 315 360 441 666
- Loi : 9 89 96 131 216 371 450 451 516 523 597 598
- Mesure/équilibre : 358 398 598 632
- Mouvement : 82 388 631
- Nature humaine : 258 427 689
- Nécessité/impératif/exigence : 55 360 488 511 542 543 589 688 689
- Neutralité : 172
- Normativité : 676
- Office du juge : 556 598 613
- Pouvoir politique : 535
- Progrès : 537
- Reconnaissance : 84
- Régulation : 598
- Responsabilité : 419 687
- Révolte : 23 38 82 373 386 415 421 458 511 537 633 667
- Rupture : 83 85 207 359 371 450 458 523 558
- Salut : 87 428
- Sociabilité : 432
- Solidarités : 420
- Spontanée : 427
- Valeur fondatrice, matricielle : 1 96 107 178 230 235 251 331 360 417 519 537 608 631 689
- Violence : 205

V

Vivre ensemble - 196 460 463 509 511 537 546 547 603

TABLE DES MATIERES

Sigles, définitions et conventions d'écriture

Introduction générale : pourquoi Camus ?

- I. Une citation qui condense l'essentiel du propos N°1
- II. Une exigeante et constante préoccupation de justice N° 5
- III. Un refus de toute simplification déshumanisante N° 6
- IV. Une pensée de la limitation éthique de la loi par le Droit N°11
- V. Une révolte contre l'injustice qui rompt la solidarité N° 19
- VI. Un rejet lucide et sans exception de l'idéologie N° 25
- VII. Un souci permanent de mesure en toutes choses N° 34
- VIII. Une impérative distinction du Droit de la loi N° 41
- IX. Une révolte juridictionnelle contre l'arbitraire de la loi N° 45
- X. Un nécessaire équilibre des pouvoirs politique et juridictionnel N° 56
- XI. Une lutte sans fin contre la violence et pour la démocratie N° 67
- XII. Un Droit véritable pour un Etat de Droit véritable N° 73
- XIII. Un dépassement de l'opposition entre Droit et morale N° 76
- XIV. Une interdiction absolue de toute exclusion de l'humanité N° 80
- XV. Une troisième voie entre jusnaturalisme et juspositivisme N° 86
- XVI. Une conception du Droit comme art de vivre ensemble N° 92

En résumé de ce qui précède, pourquoi Camus ? N° 94

PREMIERE PARTIE : PENSER LA DIMENSION ETHIQUE DU DROIT

Introduction de la première partie N° 95

Titre 1 : « L'oubli » de la dimension éthique du Droit N° 106

Chapitre 1 : La fausse égalité neutraliste du Droit et de la loi N°108

Section 1 : Un droit réduit à l'expression normative de l'action politique N° 109

Paragraphe 1 : L'archaïsme de la conception contemporaine du droit N° 110

Paragraphe 2 : L'impossible et illusoire apolitisme du juge neutraliste N° 114

Paragraphe 3 : L'unique chemin, avec l'autonomie, d'un authentique honneur de juger N° 124

Paragraphe 4 : Le mirage d'une émancipation du politique, du juge et du droit N° 136

Section 2 : Un juge impuissant à dire le Droit contre l'arbitraire de la loi N° 146

Paragraphe 1 : Un juge dont la fonction est une affaire politique et non Juridique N° 147

Paragraphe 2 : Un juge qui, à défaut de Dire le Droit, ne dit jamais que la loi du plus fort N° 156

Paragraphe 3 : Un juge qui peut être conduit à condamner un « juste parmi les hommes » N° 170

Conclusion du chapitre N° 184

Chapitre 2 : La trompeuse et dangereuse évidence du Droit N°189

Section 1 : Un critère de la loi qui fait écran à la pensée du Droit N°192

Paragraphe 1 : Quand la loi du gangster ou du fanatique équivaut à la loi démocratique N° 193

Paragraphe 2 : Quand la répétition, génération après génération, tient lieu de vérité N° 199

Paragraphe 3 : Quand l'habitude d'obéir à la loi inhibe la réflexion sur le Droit N° 212

Section 2 : Une incitation au remplacement du juge par la machine N° 220

Paragraphe 1 : Si l'on admet que l'office du juge puisse être converti en algorithmes N° 221

Paragraphe 2 : Si l'on ne voit pas le rapport majeur du Droit à la nature humaine N° 229

Paragraphe 3 : Si les juristes tardent trop à se réveiller de leur sommeil dogmatique N° 234

Conclusion du chapitre N° 241

Titre 2 : La nécessité de la dimension éthique du Droit N° 245

Chapitre 1 : L'ancrage existentiel de l'éthique du Droit N° 247

Section 1 : Le rejet raisonnable du désastreux relativisme éthique N° 250

Paragraphe 1 : La condition d'un éveil à la question du sens de l'existence humaine N° 251

Paragraphe 2 : La condition d'un clair refus de toute concession à la « moralité du mal » N° 255

Paragraphe 3 : La condition de croire possible de « donner ses chances à la justice » N° 258

Section 2 : L'assignation d'une limite humaine à l'application de la loi N° 267

Paragraphe 1 : Doit-on en tant que technicien se désintéresser des effets humains de la loi ? N° 268

Paragraphe 2 : Doit-on admettre que « si le crime devient loi, il cesse d'être crime » ? N° 277

Conclusion du chapitre N° 290

Chapitre 2 : L'insoutenable tolérance des juges à l'inhumanité N° 296

Section 1 : Un exemple monstrueusement banal de « crime de bureau » N° 297

Paragraphe 1 : Un crime contre l'humanité sans conséquence sur la définition du droit N° 299

Paragraphe 2 : Un crime révélateur d'une « dissociation mentale » commune aux juges N° 307

Section 2 : Une « formidable machine à banaliser » l'arbitraire N° 316

Paragraphe 1 : L'incapacité à dépasser le trilemme « complicité, rébellion, modération » N° 317

Paragraphe 2 : Le constant maintien de la justice dans le giron du pouvoir politique N° 322

Conclusion du chapitre et de la première partie N° 332

DEUXIEME PARTIE : PENSER L'AUTONOMIE ET L'ART DU DROIT

Introduction de la seconde partie N° 346

Titre 1. Le double fondement de l'autonomie du Droit N° 369

Chapitre 1 : La révolte N° 370

Section 1 : Une révolte comme fait générateur d'un engagement pour le Droit N° 374

Paragraphe 1 : Une révolte à la source d'une véritable science humaine du droit N° 375

Paragraphe 2 : Une révolte constitutive, sans fin prévisible, sans concession et modeste N° 388

Section 2 : Une révolte qui postule l'avènement d'une démocratie radicale N° 393

Paragraphe 1 : Une révolte distincte de toute autre forme d'opposition du juge à la loi N° 394

Paragraphe 2 : Une révolte qui ouvre une certaine issue juridique à la désobéissance civile N° 399

Conclusion du chapitre N° 414

Chapitre 2 : La solidarité N° 416

Section 1 : Une conception réaliste et volontaire de la solidarité N° 420

Paragraphe 1 : La solidarité comme donnée de l'évolution propre à l'espèce humaine N° 421

Paragraphe 2 : La solidarité, condition de la survie et de l'accomplissement de l'humanité N° 427

Section 2 : Un Juge révolté gardien d'un Droit solidaire N° 435

Paragraphe 1 : Le Juge gardien d'une liberté indissociable de la solidarité N° 436

Paragraphe 2 : Le Juge solidaire d'un engagement à hauteur d'homme N° 442

Conclusion du chapitre N° 458

Titre 2. Les deux ouvertures du Droit sur l'art N° 461

Chapitre 1 : Le Droit au miroir pédagogique de la littérature N° 464

Section 1 : Le double intérêt du rapprochement du Droit de la littérature : N° 466

Paragraphe 1 : L'élargissement à tous les possibles de la connaissance du Droit N° 467

Paragraphe 2 : La prise en compte de la fiction dans la connaissance du Droit N° 477

Section 2 : Trois occasions, de Sophocle à Camus, de méditer sur le Droit N° 482

Paragraphe 1 : De méditer avec *Antigone* sur la fatalité de l'opposition du Droit à la loi N° 484

Paragraphe 2 : De méditer avec *Les Justes* sur « le bornage du politique par l'éthique » N° 491

Paragraphe 3 : De méditer avec *L'Etranger* sur les rapports de la justice à la vérité N° 496

Conclusion du chapitre N° 505

Chapitre 2 : Le Droit au service d'un art de vivre ensemble N° 507

Section 1. Une ouverture à l'art, élargie à la conception même du Droit N° 510

Paragraphe 1. Une conception opposée à toute forme d'entrave à la liberté d'expression N° 511

Paragraphe 2. Une conception de l'art de juger, révoltée, solidaire et mesurée N° 522

Paragraphe 3. Une conception qui tend à favoriser, par le Droit, l'harmonie sociale N° 530

Section 2 : Une « pensée de midi » humaniste du Droit et de l'office du Juge N° 546

Paragraphe 1 : Une recherche constante de l'équilibre entre les deux dimensions du Droit N° 548

Paragraphe 2 : Un difficile placement du curseur en dessous de la ligne rouge absolue N° 556

Paragraphe 3 : Une pensée du Droit à inscrire au crédit d'un renouveau de l'humanisme N° 584

Conclusion du chapitre et de la seconde partie N° 598

Conclusion générale N° 610

I. Refondation du Droit et crise de la représentation N° 611

II. Refondation du Droit et politique juridictionnelle N° 616

ANNEXES

Annexe 1 : Une ébauche de modélisation du dispositif de la théorie du DHR N° 621

Annexe 2. Théorie du DHR, juspositivisme et jusnaturalisme N° 637

Annexe 3. Théorie du DHR, normativité et force normative N° 669

Annexe 4. Théorie du DHR et *Théorie de la justice* N° 685

Annexe 5. La révolte au nom du Droit, versus la *rébellion* contre la loi N° 701

Bibliographie

NB : À la fin de chaque paragraphe figure un encadré intitulé « commentaire » ; au sens, par extension, d'un court texte destiné à en éclairer le sens.

Titre : Penser le Droit avec Camus, ou le Droit de l'Homme révolté

Title : Thinking the law with Camus, or the law of the rebel

RÉSUMÉ : Le propos est de montrer que le principe de la neutralité axiologique du juge et donc de son jugement, d'origine révolutionnaire, a eu pour effet de ravalier le droit au rang d'un pur et simple instrument du pouvoir politique ; un pouvoir dont l'existence — et donc celle de sa loi (sa « positivité ») — dépend, fondamentalement, de la possession effective de la force. Une situation qui est la conséquence d'un choix idéologique auquel le positivisme, dominant de fait dans les facultés de droit, a donné une pseudo caution « scientifique ». Ainsi, l'immense majorité des juristes ont-ils cessé depuis longtemps de s'interroger sur « l'être du Droit ». Une telle question ne pouvant, selon eux, qu'intéresser des théoriciens ou philosophes dont les spéculations n'ont en réalité rien à voir avec le seul véritable droit : celui produit par les autorités politiques compétentes (selon *leur* droit) et dont l'application peut être assurée efficacement. Et pour les juges « dire le droit » ne pouvant avoir d'autre signification qu'appliquer, aussi fidèlement que possible, ce droit, qui, passé de son lieu de production politique dans leurs mains, est censé s'être délesté de tout contenu moral ou éthique. Un droit qui, pour ceux qui le mettent en œuvre, est donc un objet sans mystère, conforme à ce qu'ils ont appris, d'une « évidence immédiate ». Comment en effet douter de savoir ce qu'est le droit si l'on est un spécialiste du droit ou même un simple justiciable, alors que les normes étatiques sont omniprésentes et suivies d'indiscutables effets sur les esprits et sur les corps ? Une évidence en réalité trompeuse et préjudiciable en ce qu'elle fait obstacle à toute réflexion critique. Alors que ce que croient connaître les juristes professionnels dans leur ensemble et ce que « disent » les juges en « disant le droit », ce n'est rien d'autre, sous cette appellation, que la volonté politique dans sa forme normative. Pour qu'il en soit autrement, pour que le Droit existe en tant qu'objet et discipline autonomes, il faut au Juge qui est la seule autre source possible de légitimité normative dans la cité, ouvrir le droit et son office à une autre dimension que sa dimension politique de base, nécessaire mais insuffisante. Et c'est à la recherche de cette ouverture que conduit la pensée du droit avec Camus penseur du sens de l'existence humaine dans lequel le droit, créé par des hommes pour des hommes afin de réguler leurs comportements sociaux, ne peut, raisonnablement, que trouver à s'insérer. Une ouverture qu'avec l'auteur de *L'Homme révolté*, il faut à la fois penser dans une certaine confrontation avec le pouvoir politique, et une préoccupation constante d'équilibre ; nécessairement en tension, mais qui n'exclut pas la poursuite d'une certaine harmonie, d'une vision du Droit comme un art du vivre-ensemble. Ce que dans le dernier chapitre de l'essai susvisé, Camus philosophe et artiste, envisage avec la « pensée de Midi ».

Mots clés : neutralité axiologique - solidarité-autonomie - juge révolté - art de vivre ensemble – théorie -littérature – démocratie - positivisme juridique - existence humaine – droit – équilibre – démesure -

ABSTRACT : Our aim is to show that the principle of the axiological neutrality of judges and therefore of their judgment, of revolutionary origin, has had the effect of reducing the law to the rank of a pure and simple instrument of political power; a power whose existence – and therefore that of its law (its "positivity") – fundamentally depends on the effective possession of force. That situation is the consequence of an ideological choice which positivism, de facto the dominant theory in law faculties, has endorsed with a pseudo "scientific" validity. As a result, the vast majority of jurists have long since ceased to wonder about "the Legal being". According to jurists, such a question can only be of interest to theoreticians or philosophers whose speculations have in fact nothing to do with the only true law: that produced by the competent political authorities (according to their law), the application of which can be effectively ensured. And for judges, "to interpret the law" can have no other meaning than to apply as faithfully as possible that law which, in passing from its place of political production into their hands, has purportedly been shed of all moral or ethical content. A law which, for those who implement it, is therefore an object void of any mystery, in accordance with what they have been taught, of "immediate evidence". How indeed can we doubt what the law is, whether one is a specialist in law or even a simple litigant, when State standards are omnipresent and followed by indisputable effects on our minds and bodies ? That evidence is in fact misleading and prejudicial in that it hinders any critical reflection. For what professional jurists as a whole believe they know, and what judges "hold" in "interpreting the law" is nothing other, under that name, than a political will in its normative form. For it to be otherwise, for the Law to exist as an autonomous object and discipline, judges, who are the only other possible source of normative legitimacy in the city-state, must open up the law and its function to another dimension than its purely political basis, which is necessary but insufficient. And it is in search of this openness to which legal thought leads with Camus, the philosopher of the meaning of human existence with which the law, created by the people for the people in order to regulate their social behavior, sanely can do no more than integrate. With the author of *The Rebel*, that openness must be seen as a certain form of confrontation with political power, and as a constant concern for balance ; necessarily under strain, but which does not exclude the pursuit of a certain harmony, of a vision of the Law as an art of living together. An issue which Camus, philosopher and artist, in the last chapter of his essay, addresses with "Mediterranean Thought".

Keywords : axiological neutrality – solidarity – autonomous – rebellious judge – art of living together – theory – literature – democracy – legal positivism – human existence – law – balanced - excess