



HAL
open science

Libéralisme et procédure

Arnauld Leclerc

► **To cite this version:**

Arnauld Leclerc. Libéralisme et procédure. Le code d'instruction criminelle de 1808 et la procédure pénale en Europe. Les enjeux politiques de la procédure, Oct 2007, Angers, France. hal-02125807

HAL Id: hal-02125807

<https://hal.science/hal-02125807v1>

Submitted on 3 Aug 2022

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.

Le code d'instruction criminelle de 1808 et la procédure pénale en Europe

Les enjeux politiques de la procédure

Colloque international
Angers, 18-19 octobre 2007

LIBERALISME POLITIQUE ET PROCEDURE¹

Par,

Arnauld Leclerc

Maître de conférences en sciences politiques (Université de Nantes, DCS)

Aborder la procédure juridique du point de vue de la théorie politique peut sembler une gageure insurmontable. En effet, depuis Kant au moins, chacun sait que le travail du concept n'est efficace que s'il est confronté à un objet bien délimité et défini. En d'autres termes, aucune conceptualisation ne peut être opérée sans une connaissance du réel, de l'objet. Mais en même temps, chacun sait depuis Hegel qu'aucune connaissance du réel ne peut être avancée sans une conceptualisation. Cette relation nécessairement dialectique entre la réalité et son intelligibilité, entre les faits et les valeurs semble être ici entravée par l'existence d'un objet fuyant et particulièrement complexe. En d'autres termes, la question que nous proposons d'examiner ici (les différences entre les procédures juridiques peuvent-elles être comprises à partir de la théorie politique libérale ?) doit d'abord être elle-même interrogée. Constitue-t-elle une question légitime ? Quelles en sont les conditions de possibilité ?

¹ Communication ayant ensuite fait l'objet d'une publication dans, Arnauld LECLERC, « Libéralisme politique et procédure » in Sylvain Soleil, Joel Hautebert (dir.), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe. Les enjeux politiques de la codification de la procédure*, Paris, Editions juridiques et techniques, 2008, tome 2, pp 251-273.

Pour répondre à cette question préalable, il convient d'abord de circonscrire notre objet en précisant ses principales caractéristiques et ensuite, de fixer les conditions de l'analyse.

S'agissant de ses caractéristiques, l'objet « procédures juridiques » ou encore « droit processuel » est fuyant et complexe avons nous dit. Les travaux menés dans cette enceinte comme ceux menés précédemment permettent d'identifier quelques traits généraux propres à cet objet.

- C'est d'abord un objet polymorphe : l'expression « procédure juridique » recouvre, en réalité, des procédures extrêmement variables d'un Etat à l'autre. Ainsi un important ouvrage américain comparant la procédure civile de 11 Etats développés (*Civil Justice in Crisis*) commence-t-il par mettre en garde contre les risques d'incompréhension que peut générer une telle entreprise car la comparaison ne peut s'opérer qu'à un niveau superficiel².
- C'est ensuite un objet composite : à l'intérieur d'un même Etat comme la France, l'expression « procédure juridique » englobe aussi bien la procédure civile également appelée droit judiciaire privé, la procédure pénale et la procédure administrative. Or ces droits n'obéissent pas nécessairement au même modèle. Chacun a depuis longtemps son autonomie, sa structure propre, ses principes et sa dynamique. On pourrait d'ailleurs y ajouter la procédure constitutionnelle qui, dans certains Etats, constitue un droit processuel spécifique.
- C'est également un objet évolutif : les travaux historiques nous livrent de nombreuses interrogations à la fois sur le passé lointain comme « les traditions juridiques nationales dérivent-elles d'une matrice commune ? », sur le passé proche (« existe-t-il un mouvement d'unification de ces procédures ? ») mais aussi sur la permanence de « styles judiciaires nationaux » qui semblent perdurer par delà les réformes successives. Faut-il pour autant accepter la formule d'Antoine Garapon selon qui « les procédures juridiques sont le conservatoire des traditions nationales » ?
- C'est enfin un objet académique récent : dans son étude sur *La fonction de juger* à travers l'histoire, Renaud Colson note la récente « élévation de la procédure dans la hiérarchie des disciplines juridiques »³. Et, en effet, la procédure juridique a été laissée pendant des siècles aux mains des seuls praticiens du droit. Elle n'était pas considérée

² - A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedures*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p 11.

³ - Renaud Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, Clermont-Ferrand, LGDJ-Fondation Varenne, 2006, p 195.

comme un objet digne d'intérêt de recherche et de réflexion. D'ailleurs, jusqu'à très récemment, elle constituait des matières très marginalisées dans l'enseignement du droit. En quelques décennies, la situation semble s'être inversée. Cette mutation recouvre, en réalité, deux mouvements concomitants : d'un côté, le droit lui-même s'est procéduralisé. Il apparaît de moins en moins sous la forme d'une norme marquée du sceau de la contrainte et que le juge devrait simplement appliquer. Au contraire, le droit apparaît de plus en plus comme une « règle du jeu » fournissant un cadre pour coordonner l'action des différents protagonistes. Le droit est aujourd'hui un élément de la régulation où la légitimité de la décision judiciaire repose sur la coconstruction de la décision, sur la participation à la décision de tous les acteurs. D'un autre côté, la théorie du droit et plus largement la philosophie politique contemporaine, nous offre des modèles principalement procéduraux. La rationalité moderne ne peut plus prendre la forme d'une rationalité pure, parfaite, déterminée *a priori* et descendante. La rationalité pratique s'exerce au contraire en acte au sein de l'espace public. La légitimité de la décision ne provient donc plus de la norme qu'elle met en œuvre mais de la délibération qui la précède. En d'autres termes, « l'attention se déplace de la substance de la décision à la procédure qui la produit »⁴. Ajoutons que le processus de production ne se limite pas à l'édiction de la norme mais recouvre également sa mise en œuvre. La pluralisation des sources du droit y contribue nettement installant le juge dans la position d'acteur essentiel. C'est cette procédure globale qui est plus ou moins rationnelle et génératrice de légitimité.

Une fois cet objet complexe et fuyant balisé, il reste à déterminer en quel sens une théorie politique peut venir l'éclairer. Dans le langage de Kant, cela revient à poser les conditions de « pensabilité » de l'objet.

S'agissant des conditions de l'analyse, deux éléments nécessitent une précision. Tout d'abord, la notion de libéralisme est elle-même composite, plurielle. Dans un article important sur cette tradition, Bernard Manin a pu écrire : « par une sorte de consensus tacite, on semble tenir pour acquis que le libéralisme constitue une doctrine politique unique et unifiée, aisément assignable que l'on identifie en gros à la défense des libertés individuelles, la critique de l'intervention étatique et l'éloge des vertus régulatrices du marché. Tout se passe comme si la nature du libéralisme n'était pas elle-même problématique. Cette vision est, à mon sens, fallacieuse. Il existe plusieurs versions du libéralisme, et même plusieurs traditions

⁴ - Ce mouvement de procéduralisation dépasse le seul cas du droit pour toucher les politiques publiques et donc l'ensemble de l'action publique. La formule ici proposée est une variante de celle énoncée par Patrice Duran s'agissant de l'action publique. Patrice Duran, *Penser l'action publique*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1999, p 157.

libérales présentant entre elles des différences sensibles »⁵. Plusieurs éléments peuvent venir aisément confirmer cette affirmation. D'une part, les usages du mot « libéral » en France et aux Etats-Unis sont strictement inversés : tandis que les français désignent ainsi les défenseurs du règne du marché et de sa « main invisible », les anglo-saxons désignent plutôt les tenants d'une intervention protectrice de l'Etat à l'égard des individus. D'autre part, plusieurs langues emploient une pluralité de termes pour désigner le libéralisme. Par exemple, l'italien distingue le *liberismo* qui renvoie au libéralisme économique du *liberalismo* qui réfère au libéralisme strictement politique. Ces indices pointent dans le sens d'une tradition théorique diversifiée dont les impacts sur le droit risquent d'être eux-mêmes très variés.

Ensuite, là réside la seconde condition de l'analyse, une théorie politique ne peut prétendre saisir l'intégralité d'un système juridique particulier, ni même une famille de systèmes juridiques (la famille romano-germanique contre la famille de *Common Law*) mais elle peut permettre d'éclairer le fonctionnement de la culture juridique. Cette hypothèse a été formulée par Antoine Garapon qui souligne que « l'interrogation en termes de culture marque une étape supplémentaire dans la comparaison des droits »⁶. En effet, la tradition libérale a incontestablement façonné les cultures juridiques européennes qui sont elles-mêmes productrices de droits ce qui revient à dire qu'elles constituent un facteur indirect de création de normes. Ajoutons que la théorie politique devient alors un élément permettant de différencier les systèmes juridiques particuliers mais aussi de saisir les différences de procédures au sein d'un même système. Non qu'elle permette de tout expliquer mais elle autorise une vue en coupe et ainsi de mieux comprendre certains traits fondamentaux. Reste alors à définir la notion de « culture juridique ». Reprenant la définition proposée par Roger Cotterell, elle peut être définie comme un ensemble de compréhensions partagées, « un complexe de croyances, d'attitudes, d'idées et de valeurs cognitives, de modes de raisonnement et de perception qui sont typiques d'une société ou d'un groupe social particulier »⁷.

Pour tester cette hypothèse selon laquelle le libéralisme a un impact sur la culture juridique, nous nous proposons très classiquement de dissocier les conséquences du libéralisme sur la culture juridique externe des effets sur la culture juridique interne. La notion de culture

⁵ - Bernard Manin, « Les deux libéralismes : la règle et la balance » in Irène Théry, Christian Biet (dir.), *La famille, la loi, l'Etat de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p 372.

⁶ - Antoine Garapon, « La culture juridique française au choc de la "mondialisation" » in Robert Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 1996, p 380.

⁷ - Roger Cotterell, *The Sociology of Law. An Introduction*, Londres, Butterworths, 1984, p 25 (cité par Antoine Garapon, op. cit.).

juridique externe réfère à la question de la place du droit dans l'ordre social. Au contraire, la culture juridique interne renvoie à une interrogation sur la nature du droit dans l'ordre politique démocratique.

I - L'INFLUENCE DU LIBERALISME SUR LA PLACE DU DROIT AU SEIN DE L'ORDRE SOCIAL

« Ennemi juré de l'arbitraire, la forme est sœur jumelle de la liberté » proclamait à la fin du XIX^{ème} siècle le grand juriste allemand Jhering (1818-1892). La formule vaut-elle également pour la procédure juridique ? Sans conteste, la tradition du libéralisme politique a souscrit à cette idée. Pour elle, la procédure juridique constitue le vecteur d'affirmation de la liberté. Plus précisément, le libéralisme politique organise une valorisation, une promotion de la culture juridique largement en vue de limiter le poids de la culture politique. Ce principe général du « droit contre le pouvoir » est cependant conçu de manière très différente selon les traditions internes au libéralisme. Mais surtout, le libéralisme n'a pas connu historiquement la même réception selon les pays. Les formes de la culture juridique ont donc considérablement varié. Aussi si le libéralisme politique favorise la promotion de la culture juridique, le libéralisme historique a favorisé la différenciation des cultures juridiques. Tels sont les deux points que nous examinerons successivement.

A) - Le libéralisme politique ou la promotion de la culture du droit

D'une manière générale, le libéralisme récuse l'idée d'un bien objectif qui puisse s'imposer aux hommes. En rupture avec la tradition classique, il pose comme fondement l'individu. Ce dernier doit pouvoir vivre comme il entend si bien que l'ordre social a pour but la liberté de chacun c'est-à-dire a minima la coexistence pacifique des projets individuels de vie. Cela suppose de limiter le pouvoir politique qui ne doit pas empiéter sur la liberté individuelle. Pour cela, il convient de poser une règle délimitant *a priori* l'exercice du pouvoir politique. Bernard Manin évoque très justement l'idée d'un « libéralisme de la règle ». Ce fond commun se trouve décliner de manière très variable selon la tradition à laquelle on se réfère.

**** Le libéralisme jusnaturaliste***

Par exemple, le libéralisme jusnaturaliste a soutenu l'existence de droits prépolitiques s'imposant aux sociétés instituées. Déjà chez Hobbes, dont les travaux de Lucien Jaume ont montré qu'il était un précurseur du libéralisme, le Léviathan en tant que personne artificielle est soumis aux règles qui l'ont constitué c'est-à-dire au respect du droit prépolitique de la conservation de la vie. Hobbes est catégorique sur ce point : « le droit qu'ont les hommes, par

nature, de se protéger, lorsque personne d'autre ne peut le faire, est un droit qu'on ne peut abandonner par aucune convention »⁸. John Locke élargit l'éventail de ces droits prépolitiques en reconnaissant que l'état de nature est régi par la loi naturelle recouvrant le droit à la vie, à la liberté et à la propriété. Le pouvoir issu du pacte social sera donc limité par le respect dû à ces droits fondamentaux. Une variante intéressante de cette vision est celle développée par Benjamin Constant parce qu'il récuse le schéma contractualiste. Cependant, Constant s'inscrit dans la tradition du jusnaturalisme moderne. Comme il écrit dans son *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, « il y a une partie de l'existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante et qui est, de droit, hors de toute compétence sociale et législative. L'autorité de la société, et par conséquent de la législation, n'existe que d'une manière relative et limitée... Dans la portion de l'existence humaine qui doit rester indépendante de la législation, résident les droits individuels, droits auxquels la législation ne doit jamais toucher, droits sur lesquels la société n'a point de juridiction, droits qu'elle ne peut envahir sans se rendre aussi coupable de tyrannie que le despote qui n'a pour titre que le glaive exterminateur »⁹. Dans cette perspective, le pouvoir politique se trouve catégoriquement limité par les libertés des Modernes dont Constant dresse la liste : « la liberté individuelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion dans laquelle est comprise sa publicité, la jouissance de la propriété, la garantie contre tout arbitraire »¹⁰.

*** Le libéralisme de l'Etat minimal**

La recherche de cette limitation *a priori* du pouvoir parcourt également la tradition du libéralisme radical qui ne lutte plus contre l'Etat absolu mais contre l'Etat maximal incarné par les Etats-Providence modernes. En ce sens, la doctrine de l'Etat minimal aussi bien chez Robert Nozick¹¹ que chez Friedrich von Hayek constitue une forme de libéralisme de la règle.

⁸ - Thomas Hobbes, *Léviathan*, chp. XXI, Paris, Dalloz, 1999, pp 233-234.

⁹ - cité in Pierre Manent, *Les libéraux*, Paris, Hachette, coll « Pluriel », 1986, tome 2, pp 106-107.

¹⁰ - Benjamin Constant, *Principes de politique*, chp 1 in Marcel Gauchet (dir.), *De la liberté chez les Modernes*, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1980, p 275. Dans son célèbre discours à l'Athénée royal de 1819, il ajoute le droit de choisir son industrie et de l'exercer, le droit de se réunir, le droit d'aller et venir et le droit d'influer sur l'administration du gouvernement.

¹¹ - Robert Nozick, *Anarchie, Etat et utopie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2003. Nozick commence par justifier l'État minimal. Il montre dans sa première partie que dans l'état de nature, le droit naturel autorisant à se faire justice soi-même, ne suffit pas pour établir l'ordre et assurer la protection. C'est pourquoi l'État est nécessaire contrairement à ce que déclare la doctrine anarchiste. Ce dernier doit fixer l'idée de légitimité au moyen de deux principes fondamentaux : le premier est un principe d'acquisition originelle des biens qui reconnaît donc la légitimité du droit de propriété de chacun sur les biens qui lui appartiennent ; le second est un principe régissant le transfert légitime des biens (donc l'échange) [il faut ajouter un troisième principe corrigeant les injustices

La philosophie de Hayek est même emblématique parce qu'elle oppose deux types de règles : d'un côté, il existe un « ordre spontané » qui est naturel, issu de la pratique et qui se manifeste à travers des règles de conduite individuelles. Ces règles qu'il nomme « les règles de juste conduites » ont de nombreuses propriétés spécifiques. D'abord, elles sont acquises avant toute conceptualisation ou verbalisation. Chaque règle constitue un schéma général d'action issue de la coutume, de la pratique réitérée des individus. Ces règles sont donc générales et abstraites indépendantes de toute situation individuelle ou collective concrète. Ensuite, ces règles ne visent pas un but déterminé mais elles délimitent une zone au sein de laquelle les individus peuvent agir librement en s'adaptant aux circonstances. Enfin, le résultat de ces règles constitue une sorte de « ruse de la raison » puisqu'en recherchant seulement leur propre intérêt, les individus contribuent involontairement à une finalité qui les dépasse et qui profite à la société en général. D'un autre côté, il existe un ordre politique qui est artificiel composé à partir de ce que Hayek appelle les « règles d'organisation ». Ces dernières ont la forme d'un commandement spécifique ; elles visent un but précis en tentant d'anticiper les résultats qui pourront surgir. Du coup, ces règles prennent en compte les situations concrètes. Pour Hayek, le problème des sociétés modernes est qu'en recherchant le bien-être concret des individus, les « règles d'organisation » sont devenues prédominantes sur les « règles de juste conduites ». En d'autres termes, les politiques de justice sociale ont conduit à perturber l'ordre spontané du marché en introduisant des « règles d'organisation » là où elles ne devraient pas exister. Le problème est que cette démarche transforme le système politique en une « démocratie de marchandage ». L'État répond aux exigences de groupes d'intérêts et se transforme ainsi en acteur engendrant un clientélisme. Plus il intervient, plus il crée des « privilèges » par le truchement des règles d'organisation. Hayek plaide donc en faveur d'une délimitation plus stricte du pouvoir de l'État. Ce dernier ne doit formuler des règles d'organisation que vis-à-vis de ses agents donc pour son fonctionnement interne. En revanche, vis-à-vis des individus, il doit se contenter des règles générales et abstraites que sont les « règles de juste conduite » (du type respecter la parole donnée, respecter la

résultant d'une appropriation illégitime d'un bien]. L'ensemble débouche sur l'idée que le droit de propriété est un droit absolu qui n'est limité que par les autres droits de propriété. Aucune autre considération ne peut intervenir. Sous cet angle, le droit de propriété exclut toute redistribution. Le seul transfert possible est l'échange volontaire et consenti que met en scène le marché. La seconde partie montre alors que ce qui advient au-delà de l'État minimal viole les droits de l'individu et principalement le droit de propriété. Nozick critique alors la théorie de Rawls et condamne le *Welfare State* qui porterait atteinte au droit naturel de propriété. Dans sa troisième partie, il montre que l'État minimal est le seul à respecter la personne et sa dignité en lui reconnaissant les droits individuels dont celui de propriété. Cette solution est la solution juste entre le refus anarchiste de l'État et l'entreprise dominatrice de l'interventionnisme.

propriété...). Dans son projet de Constitution, Hayek soutient même la nécessité de confier à deux instances différentes l'élaboration de ces deux types de règles.

** Le libéralisme social*

Par-delà le libéralisme jusnaturaliste de Benjamin Constant et le libéralisme radical de Hayek, il existe une troisième forme de libéralisme de la règle que l'on peut dénommer le « libéralisme social » dans la mesure où la préoccupation de la justice sociale y est dominante tout en étant abordée dans une démarche purement rationaliste. Ce libéralisme trouve sans aucun doute son expression la plus pure avec Kant. Bien qu'il soit contractualiste, le philosophe de Königsberg engage un tout autre schéma de pensée. Kant récuse l'ensemble des termes du débat sur l'état de nature : peu importe si l'homme à l'état de nature aspire principalement à sa propre conservation (Hobbes) ou manifeste un intérêt pour autrui (Hume) ; peu importe également de savoir si l'homme est bon ou mauvais, s'il l'est en raison de sa nature profonde ou de l'histoire et donc de la société. La seule présupposition logique est que l'homme est un être aspirant à la liberté. Or, à l'état de nature, ces libertés s'entrechoquent ce qui engendre des risques. De ce fait, la fonction du pacte social instituant l'Etat est de garantir ces libertés en les rendant effectives et compatibles les unes avec les autres. Au prix d'un effort théorique et logique important, Kant définit un concept rationnel de droit correspondant à la coexistence des libertés extérieures sous une règle universelle¹². En d'autres termes, « le droit est la condition universelle de possibilité de la vie en société »¹³. L'originalité du raisonnement kantien ne tient pas seulement à la puissance d'une déduction purement logique ; elle réside également dans le fait que la liberté y est conçue comme un projet qu'il faudra sans cesse poursuivre et approfondir au moyen du droit. En d'autres termes, non seulement l'homme libre devra se voir garantir des droits fondamentaux inaliénables par l'Etat mais en plus sa liberté doit constituer un horizon de sens pour l'Etat. En définitive, la société juste ne peut être qu'un Etat visant la liberté par le droit. Dans ce schéma, le pouvoir politique ne se voit pas limiter par l'exigence de respect de la personne humaine dont le contenu viendrait dogmatiquement de la nature ; il est limité, en revanche, par l'exigence de respect de la personne humaine en tant que projet amené à s'affirmer dans le temps. Le droit constitue donc à la fois le cadre nécessaire pour que cette personne existe et l'espace de régulation au sein duquel la liberté pourra se déployer. C'est très exactement cette même structure que l'on retrouve dans la plus grande philosophie politique libérale du

¹² - E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, I, B in *Œuvres philosophiques*, Paris, Gallimard, coll. « La pléiade », 1986, p 479 : « Le droit est donc le concept de l'ensemble des conditions auxquelles l'arbitre de l'un peut être accordé avec l'arbitre de l'autre d'après une loi universelle de la liberté ».

¹³ - Otfried Höffe, *Introduction à la philosophie pratique de Kant*, Paris, Vrin, 1993, p 186.

XXème siècle, celle de John Rawls qui irrigue tous les débats au plan mondial. Ici, la société juste est dénommée « la société bien ordonnée ». Elle ne sera accessible que si d'une part, sa structure de base respecte deux principes de justice fondamentaux et si, d'autre part, ces deux principes régulent son développement. Rappelons brièvement le sens de ces deux principes. Le premier est un principe d'égalité des libertés qui impose une égalité arithmétique entre tous dans la possession des libertés fondamentales essentiellement politiques. Le second principe est double ; il articule un principe d'égalité des chances et un principe de différence. En d'autres termes, les inégalités économiques et sociales sont légitimes lorsqu'elles satisfont à l'égalité des chances et qu'elles bénéficient aux membres les plus désavantagés de la société. Ces principes sont ordonnés hiérarchiquement par le jeu d'une « priorité lexicale ». Il en ressort que le pouvoir politique est là encore limité à la fois *ex ante* par des droits fondamentaux qui s'imposent catégoriquement et *in itinere* par les contraintes que ces principes font peser sur le type de développement de la société (l'accroissement des libertés et de l'égalité sociale compatible avec elles constituant un horizon de sens).

B) - Le libéralisme historique ou la différenciation des cultures juridiques

En quel sens ce libéralisme de la règle a-t-il pu influencer les conceptions du droit qui ont façonné nos systèmes juridiques ? Notons d'abord que le trait commun de ces libéralismes est de nettement valoriser la culture juridique au sein de l'ordre social et politique. Or ce précepte libéral du « droit contre l'Etat » a été historiquement reçu de manières très différentes selon les pays.

**** La France : la culture juridique phagocytée***

En France, l'Ancien Régime offrait paradoxalement une base de départ favorable. Les juges d'Ancien Régime, notamment au travers des Parlements, avaient pu progressivement, au moyen du droit, s'octroyer un rôle politique de contrepoids face à la puissance du monarque. Comme chacun sait, la Révolution française a balayé ces contre-pouvoirs intermittents. Mieux, les révolutionnaires ont été particulièrement effrayés par la capacité des juges à contrebalancer le pouvoir politique. C'est pourquoi ils ont entrepris de marginaliser et surtout vassaliser le pouvoir judiciaire en allant jusqu'à lui interdire d'interpréter les décisions du politique. La doctrine rousseauiste du légicentrisme a incontestablement été l'outil permettant de reléguer le juge dans un rôle de simple « serviteur de la loi ». Il en a résulté ce que Antoine Garapon appelle « le sous-développement de la culture juridique par rapport à la culture politique ». En réalité, il serait plus approprié d'évoquer une culture juridique phagocytée par la culture politique jacobine. La manifestation la plus emblématique de ce phénomène réside, sans doute, dans la construction d'un ordre juridictionnel administratif

séparé. La défiance à l'égard du juge judiciaire était telle qu'il est apparu impossible de lui confier le contrôle de l'administration sans risquer de voir ainsi un contre-pouvoir ressurgir. Édifier un ordre juridique administratif revenait à se doter d'un juge « à sa main », sur mesure qui pourrait déployer une culture politique plus que juridique. Tocqueville notait déjà dans *De la démocratie en Amérique* combien il était impossible de faire comprendre aux Américains et aux Anglais l'institution du Conseil d'Etat ; il se heurtait alors soit à l'hilarité, soit à l'incrédulité de ses interlocuteurs¹⁴. Les travaux récents menés en histoire du droit administratif révèlent que même la phase d'autonomisation de ce droit après l'arrêt Blanco est en partie illusoire. Les mêmes règles, les mêmes raisonnements, les mêmes modes de fonctionnement se sont perpétués ce qui conduit certains historiens du droit comme Grégoire Bigot à dénoncer « les mythes fondateurs du droit administratif »¹⁵. Un autre indice de cette immixtion de la culture politique au sein du droit réside dans l'ampleur des épurations qu'a subi le Conseil d'Etat à chaque changement de régime et qui n'eut pas d'équivalent pour les autres juridictions. C'est dire si la collusion du politique et du juge administratif était nettement ressentie par les nouveaux détenteurs du pouvoir. Un dernier indice nous est livré par le sociologue Bruno Latour dans son « ethnographie du Conseil d'Etat ». Latour mentionne un cas exemplaire d'immixtion de ces deux cultures. Il s'agit d'un décret de classement contesté par un administré parce que l'acte n'a pas été signé par le ministre compétent, ni même par le Premier ministre. Du point de vue strictement juridique, l'affaire est banale et simple : le décret est nul pour vice de forme. Pourtant Latour raconte par le détail la discussion édifiante lors de la « séance d'instruction » durant laquelle chacun évoque la « gêne » occasionnée par cette affaire car « il nous est difficile d'annuler étant donné nos liens avec le Secrétariat général du gouvernement ». Latour souligne l'importance du rôle des « contacts informels » qui viennent s'ajouter au raisonnement formel¹⁶. Il montre également la manière dont le requérant se trouve ainsi déclassé au rang de « procédurier » faisant de l'obstruction juridique par le jeu de manœuvres dilatoires. La solution passe alors par la consultation des collègues des sections administratives... Cet exemple ne vise nullement à jeter le discrédit sur le juge administratif et encore moins de porter une attaque *ad hominem* contre le Conseil d'Etat. Latour montre très bien la recherche d'objectivité du juge, son travail

¹⁴ - Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome 1, chapitre 6, Paris, Robrt Laffont, coll. « Bouquins », 1986, p 122.

¹⁵ - Grégoire Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif » in *Revue Française de Droit Administratif*, 16 (3), mai-juin 2000, pp 527-536.

¹⁶ - Bruno Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002, pp 32-43.

de mise à distance. Simplement, cet exemple illustre un fait plus général qui est la confusion entre l'activité administrative (donc politique) et l'activité de juge. Cette confusion ne s'arrête pas au Conseil d'Etat ; le président d'audience préside les débats et juge simultanément ; le même statut de la magistrature regroupe des juges du siège et des membres du parquet sans parler du juge d'instruction qui administre l'enquête à charge tout en devant apprécier les éléments à décharge... Cette confusion des rôles montre à quel point la culture juridique, en France, n'a pas bénéficié d'une reconnaissance suffisante pour s'affirmer pleinement, d'un espace suffisant pour se déployer. L'autonomie de la sphère juridique fut trop faible pour qu'elle puisse s'octroyer un rôle strict et clair de limitation du pouvoir. En ce sens, les conditions de réalisation d'un libéralisme de la règle ne furent pas vraiment réunies.

Cette situation n'est cependant pas nécessairement le cas général.

**** L'Allemagne : l'affirmation d'une culture juridique autonome***

En Allemagne, la situation de départ était infiniment plus défavorable. Bien que non unifié, le pays connaissait des formes de pouvoir très traditionalistes, conservatrices et autoritaires voire autocratiques. À partir de Frédéric II, des éléments provenant du libéralisme et venant limiter le pouvoir commencèrent à apparaître notamment avec le Code général de 1793 et le Code de procédure de 1794 abolissant la torture, interdisant les châtiments corporels... L'ensemble restait malgré tout circonscrit par un « despotisme éclairé ». L'histoire de la revendication libérale en Allemagne au XIX^{ème} siècle fut particulièrement heurtée et même chaotique alternant sans cesse des phases d'expérimentation contrecarrées par des phases de retour au conservatisme autoritaire. Malgré tout, les milieux intellectuels, et singulièrement les professions juridiques, furent à la pointe de la revendication libérale. Dès 1798, l'expression « Etat de droit » (Rechtsstaat) émergea à propos d'un commentaire de l'œuvre de Kant. Elle devint très vite le mot d'ordre rassemblant les juristes luttant contre l'autoritarisme politique mais aussi contre le déploiement d'une bureaucratie interventionniste.¹⁷ A partir de 1815 jusqu'à la révolution de 1848, la vie culturelle allemande s'organisa autour de la discussion sur le libéralisme politique qui s'affirmait de plus en plus. Bien sûr, il existait des tendances différentes au sein de cette constellation : certains comme Carl von Rotteck y voyaient le moyen d'abandonner le régime monarchique au profit d'un « Etat parlementaire » tandis que

¹⁷ - Nous empruntons ce développement à Heinz Monhaupt, « L'État de droit en Allemagne. Histoire, notion, fonction » in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 1993, n°24, pp 71-91. Ainsi qu'il l'écrit « la notion d'*Etat de droit* en Allemagne était dirigée, d'une part contre l'Etat de Police, c'est-à-dire de l'administration dans le sens d'un Etat-Providence, et d'autre part, contre l'Etat arbitraire de l'absolutisme » (pp 75-76). Seule l'œuvre de Robert von Mohl, pourtant souvent tenue pour pionnière, conçoit l'état de droit comme favorable au développement d'un Etat-Providence.

d'autres comme Robert von Mohl y voyaient le moyen d'aménager le régime existant sous la forme d'une « monarchie constitutionnelle ». Finalement, ce fut une version de compromis plus « apolitique » qui l'emporta. Sa formulation classique est celle de Friedrich Julius Stahl : « l'état doit être un état de droit, c'est le mot d'ordre et c'est aussi, en vérité, ce à quoi pousse l'évolution des temps modernes ». Mais, ajoute-t-il, la notion d'État de droit ne dit rien quant au contenu de l'État, ni quant à ses objectifs ; elle concerne seulement sa manière d'agir c'est-à-dire « des éléments de formes qui ne sont pas politiques »¹⁸. Bref, l'Etat de droit se limite à « l'État constitutionnel » c'est-à-dire un État respectant des lois fondamentales (*Grundgesetzen*) largement empruntées à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Parmi celles-ci citons, la garantie des libertés d'expression, d'opinion, de l'égalité des citoyens, de la propriété privée... Durant la seconde moitié du XIXème siècle, le concept est déjà accepté et enraciné. La question dominante devint celle de l'étendue de l'État de droit. En même temps, dans la mesure où les questions de la participation politique et du rôle du parlement furent évacuées, le débat se déplaça alors sur le rôle du judiciaire. Autour des années 1870, un lourd débat émergea donc sur la forme et le volume de la protection judiciaire impliquant une interrogation sur l'autonomie du judiciaire et la possibilité pour ce dernier d'exercer un contrôle sur l'action de l'État. Quelques grands noms s'attachèrent à ce débat qui remis au premier plan la notion d'État de droit : Rudolf von Gneist, Lorenz von Stein, Otto Mayer, Otto Bähr. Tandis que certains juristes comme Stahl refusaient le contrôle judiciaire de l'action de l'État, d'autres l'acceptaient mais avec des modalités différentes : des tribunaux spéciaux pour les litiges administratifs pour von Gneist, des tribunaux civils pour Bähr. Globalement, ce débat approfondit le concept d'Etat de droit dans le sens de « l'État de la loi » c'est-à-dire de la nécessité pour l'État d'agir au moyen de règles juridiques et conformément aux lois existantes sous peine d'être sanctionné par le juge judiciaire (conception assez voisine du « principe de légalité » en France). Mais le point décisif réside ailleurs. La culture juridique en Allemagne n'a certes pas permis de contrecarrer les tendances à la centralisation et à l'autoritarisme qui se sont fait jour à partir de la fin du XIXème siècle. Cependant, cette culture juridique a pu gagner une forme d'autonomie par rapport à la culture politique. En ce sens, elle a donné naissance à une tradition qui se révélera importante par la suite.

L'Angleterre semble offrir un troisième modèle où la culture juridique occupe une place déterminante dans l'espace politique. Là encore, des raisons historiques fortes ont poussé en ce sens. La centralisation du pouvoir au profit du monarque s'est opérée par le biais

¹⁸ - cité in Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2000, p 133.

des juges. Ils ont été le principal instrument d'unification et de centralisation du pays en partie grâce à la technique des juges itinérants encadrés par les juges de Westminster. Blandine Kriegel voit même là la preuve que « l'Angleterre est un Etat de droit pur [tandis que] la France n'est qu'un Etat de droit approché »¹⁹. Si la formule peut paraître excessive, elle traduit bien le fait que la culture juridique y occupe une place au moins aussi importante que la culture politique sans être véritablement autonome par rapport à elle. En effet, si le juge anglais a pu fermement s'opposer à l'extension du pouvoir du monarque en cherchant à l'endiguer, en revanche, il ne s'est jamais opposé frontalement au législateur. Il cherche plutôt à le tempérer de l'intérieur, à exercer un rôle de modérateur à travers un jeu d'influences diffuses.

Le libéralisme a donc connu une influence très variable selon les pays. Cela a largement contribué à déterminer la place de la culture juridique au sein de l'ordre social. Mais les traditions libérales diversifiées ont également joué un autre rôle : celui de façonner la nature du droit dans le cadre des sociétés démocratiques modernes.

II - L'INFLUENCE DU LIBERALISME SUR LA NATURE DU DROIT AU SEIN DE L'ORDRE DEMOCRATIQUE

La culture juridique interne désigne classiquement l'ensemble des croyances et des pratiques partagées par les professionnels du droit allant des juges jusqu'aux enseignants en passant par les avocats. Cette culture interne nous renseigne surtout sur la nature de la règle de droit dans un système juridique donné. Elle nous renseigne aussi sur l'articulation entre cette règle de droit et la culture qui la sous-tend avec l'idéal démocratique. En d'autres termes, comment la règle de droit s'insère-t-elle dans l'ordre démocratique ? Sur ce terrain, le libéralisme se doit, comme toutes les grandes philosophies politiques, d'explicitier la dialectique qu'il met en œuvre entre la recherche de l'unité et la prise en compte de la diversité. C'est ce que traduit admirablement la devise américaine : « *E Pluribus Unum* » c'est-à-dire l'unité dans la diversité. Cette tension constitutive du libéralisme politique permet de dégager deux axes de traitement : d'une part, il s'agira de construire l'unité ce qui nous conduira à examiner la nature de la règle de droit mise en œuvre ; d'un autre côté, il s'agira de reconnaître la pluralité, la diversité ce qui nous conduira à examiner le rapport du juge et de la procédure juridique à la diversité sociale.

¹⁹ - Blandine Kriegel, *L'état et les esclaves*, Paris, Payot, 1989, p 112.

A) - Construire l'unité : Le libéralisme et la nature de la règle de droit

Les différentes formes de libéralisme explicités précédemment sont autant de conceptions différentes de la règle de droit. Le libéralisme jusnaturaliste a surtout lutté contre l'Etat absolutiste c'est-à-dire aussi bien l'absolutisme monarchique que l'absolutisme républicain incarné par la terreur robespierriste. La nature de la règle ainsi dégagée, par exemple chez Constant, est nettement fonction de ce contexte. La règle de droit apparaît d'abord comme une règle négative, essentiellement protectrice c'est-à-dire chargée d'établir une frontière infranchissable pour le pouvoir. En même temps, cette règle est marquée du sceau de la transcendance ; elle exprime la toute puissance de la nature qui doit s'imposer à la volonté humaine. Le libéralisme de l'Etat minimal nous propose, avec Hayek, une autre conception de la règle de droit ; les « règles de justes conduites » ont la nature de règles du jeu issues de la pratique ; elles sont surtout très générales et pragmatiques. Elles ne sont pas le vecteur d'une transcendance mais le produit d'une immanence. Enfin, le libéralisme social nous propose une troisième conception de la règle de droit. Ici, la règle a la nature d'un principe à la fois structurant et régulateur. Elle n'est pas porteuse de transcendance mais n'est pas non plus totalement immanente ; elle a surtout un caractère transcendantal ce qui signifie qu'elle se présente comme la condition logique sine qua non d'un projet politique juste et rationnel. Ces trois « modèles de règle » peuvent nous servir d'idéaux-types c'est-à-dire d'étalons pour évaluer les différents systèmes juridiques.

**** La transcendance de la loi en France***

La nature de la règle de droit en France doit beaucoup au républicanisme et peu au libéralisme. Le schéma rousseauiste a été l'instrument permettant d'installer la suréminence du corps politique sur le corps social. En pratique, cette vision a parfaitement pu s'ajuster à la tradition d'Ancien Régime d'une suréminence de l'Etat. Comme l'a souligné Pierre Rosanvallon, l'Etat a été « l'instituteur du social » ce qui signifie qu'il a cherché à façonner la société civile et les individus²⁰. Un philosophe comme Charles Renouvier pouvait ainsi proclamer en 1876 que « l'Etat est le foyer de l'unité morale de la collectivité. Il a la charge d'âmes aussi bien que les Eglises mais à un titre plus universel »²¹. Il en ressort deux éléments fondamentaux. Premièrement, la loi est l'expression de cette toute puissance de l'Etat ; elle est le véhicule de cette souveraineté illimitée du corps politique qui transcende le corps social. L'acte juridique ne se caractérise donc pas seulement par une valeur dépendant de son

²⁰ - Pierre Rosanvallon, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 1990.

²¹ - Cité in Jean Baudoin, Philippe Portier (dir.), *La laïcité, une valeur d'aujourd'hui ?*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Res Publica », 2001, p 21.

classement dans la hiérarchie des normes, il se caractérise aussi et surtout par le fait qu'il est porteur d'une transcendance. La règle de droit est la voix du corps politique souverain dictant aux individus et à la société le comportement à suivre. De là découle, la deuxième caractéristique de la règle de droit en France. Elle est une règle positive dont le contenu prescrit des comportements précis, déterminés. Même sous la forme d'une règle générale et abstraite, la règle de droit vise à modeler les comportements sociaux beaucoup plus qu'à les encadrer. Dans le langage de Hayek, la loi est une « règle d'organisation » mais en plus, elle recèle un élément de transcendance que l'on ne trouve que dans le libéralisme jusnaturaliste à la manière de Benjamin Constant. Du coup, le juge, serviteur de la loi, devient le porte-parole de cette transcendance incarnée qu'est la loi.

Cet imaginaire juridique a des conséquences multiples. Cette transcendance de la loi se retrouve dans le rituel judiciaire magnifiquement analysé par Antoine Garapon²². D'abord, la justice est rendue dans un « palais » ou un « temple » c'est-à-dire dans des lieux très chargés du point de vue symbolique mais adaptés à la manifestation de la transcendance. De très nombreux justiciables ont d'ailleurs souligné le caractère impressionnant du décorum qui les intimide. Les juges sont au centre du dispositif scénique et toutes les communications leur sont directement adressées. Leur surélévation manifeste non seulement leur position centrale mais plus encore ce que Garapon appelle leur fonction de « ministre de la vérité ». Cette théâtralisation conduit à ce que « le procès s'apparente en France à une célébration de l'ordre »²³. Tous ces éléments contrastent fortement avec la culture libérale des juridictions anglo-saxonnes.

Une autre conséquence de cette transcendance de la loi concerne l'effectivité de la règle de droit. Dès lors que la loi incarne un idéal inaccessible, le risque est grand que la pratique soit très différente. Tocqueville le notait déjà s'agissant de l'Ancien Régime. Il rappelle dans un célèbre chapitre sur « les mœurs administratives » que tout écrit contraire à la religion ou à l'ordre établi était interdit en droit au moment même où, en fait, Voltaire connaissait un succès considérable. De même, il rappelle que chaque administrateur « brise rarement la loi, mais chaque jour, il la fait plier dans tous les sens ». Bref, conclut-il, « L'ancien régime est là tout entier : une règle rigide, une pratique molle ; tel est son caractère »²⁴. Cette tradition bien ancrée a perduré. Les statistiques annuelles de l'Union

²² - Antoine Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, coll. « Opus », 1997.

²³ - Antoine Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, coll. « Opus », 1997, p 150 et aussi pp 160 et suiv.

²⁴ - Alexis de Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution*, livre II, chapitre VI, Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1986, p 993.

Européenne rappellent depuis des décennies ce paradoxe apparent : les Etats latins pro-européens comme la France et l'Italie sont aussi ceux qui appliquent le moins le droit communautaire tandis que les Etats anglo-saxons plus eurosceptiques comme l'Angleterre et les pays scandinaves sont ceux qui l'appliquent le plus et le mieux. Cette attitude se retrouve au cœur des procédures juridiques. Dans son ouvrage sur les procédures pénales en Europe, Mireille Delmas-Marty note que le respect du secret dans la phase préparatoire au procès est géré d'une manière très différente selon les pays. Certains pays comme la France, l'Italie, la Belgique offrent des dispositifs législatifs pléthoriques pour marteler le principe du secret durant l'instruction ; en même temps, ces règles sont systématiquement contournées. D'autres pays comme l'Angleterre et l'Allemagne n'ont aucune législation spécifique et parviennent parfaitement à maintenir le secret. Ironiquement, Mireille Delmas-Marty conclue : « il ne faut pas confondre le menu avec le repas. On annonce officiellement dans certains pays (France, Belgique, Italie) que la procédure est secrète, alors que dans les faits, elle ne l'est pas »²⁵.

*** Les droits comme principes régulateurs en Allemagne**

La justice allemande obéit à une autre tradition et un autre imaginaire juridique. L'autonomie gagnée par le juge s'est considérablement renforcée au XXème siècle. Dès la fin du XIXème siècle, le mouvement doctrinal de « la libre recherche juridique » poussait le juge à se concevoir comme un créateur de droit absolument libre. Knut Wolfgang a montré que les juges furent d'abord très prudents face à cette invitation²⁶. Ce fut surtout dans le premier tiers du XXème siècle que les juges furent amenés sous la pression des événements à s'octroyer une très grande liberté d'interprétation. La guerre, l'inflation galopante, la crise économique poussèrent les juges à exercer des pouvoirs de régulation que les autres organes de l'Etat n'exerçaient plus. C'est ainsi que le juge commercial ordonna des réévaluations judiciaires pour rééquilibrer des contrats complètement déstabilisés par le contexte économique. Ce faisant, le juge empiétait sur les compétences constitutionnelles du législateur à qui revenait la politique monétaire. C'est aussi dans ce contexte que dès 1921 la Cour impériale s'octroya un contrôle de constitutionnalité encore limité mais non prévu par la Constitution de Weimar. Ce rôle de l'interprétation assez libre est resté une caractéristique du juge allemand. Cette activité est simplement plus encadrée par le poids des droits de l'homme qui, surtout après l'expérience nazie, sont considérés comme de véritables principes supraconstitutionnels

²⁵ - Mireille Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales en Europe*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1995, p. 600 (plus globalement sur cette question, pp 584-608).

²⁶ - Knut Wolfgang, « Le juge allemand face au défi des réalités : guerre mondiale, inflation, réévaluation (1914-1930) » in Robert Jacob (dir.), *Le juge et les jugements dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, pp 257-271.

s'imposant à l'ensemble des pouvoirs publics, y compris au juge. Non seulement ces principes sont non révisables et considérés comme les conditions de base d'un Etat de droit social et démocratique mais en plus, ils sont utilisés d'une manière constructive par les juges. La loi fondamentale n'est pas seulement comprise sous un angle unitaire, elle est aussi comprise comme une charte éthique et un « ordre objectif de valeurs » qu'il convient de réaliser. Débarrassé de la référence au jusnaturalisme qui prima après la seconde guerre mondiale, le juge s'est progressivement rapproché du modèle kantien de la loi c'est-à-dire d'une règle de droit jouant à la fois le rôle de principes structurants (conditions logiquement nécessaires) et de principes régulateurs (un horizon de sens pratique).

*** *Les droits comme règles du jeu***

Le juge anglais présente encore un autre rapport à la règle de droit. Pour lui, elles ont le sens de règles du jeu proches du sens conféré par Hayek aux « règles de juste conduite ». Elles s'enracinent dans la pratique sociale, dans les traditions en vigueur. Ces règles sont d'abord là pour permettre aux individus d'exercer leur liberté. La position surélevée du juge lors du procès rappelle plutôt celle de l'arbitre au tennis perché sur sa chaise haute. Le débat est prioritairement aux mains des parties, de leurs avocats. Cette caractéristique déjà forte s'est renforcée au cours du XXIème siècle. Les sociologues évoquent même une « déjuridicisation » du droit britannique qui est de plus en plus compris comme un mode de régulation parmi d'autres.

L'exemple britannique atteste de ce que la règle de droit n'entretient pas seulement un lien avec l'unité ; elle a aussi et surtout un lien avec la diversité, le pluralisme.

B) - Reconnaître la pluralité : le libéralisme et la nature du rapport à la diversité

La notion de droit dans le libéralisme ne se rapporte pas seulement à une fonction de protection contre le pouvoir. Il s'agit aussi de soutenir activement la diversité sociale tout en exerçant une fonction de stabilisation de l'ordre social. Cette dimension est au cœur de ce que Bernard Manin appelle le « libéralisme de la balance » mais elle est aussi présente dans les autres formes de libéralisme.

*** *Le libéralisme ou la défense du pluralisme***

La reconnaissance de la nécessaire diversité au sein de l'ordre social est une donnée fondamentale du libéralisme de la balance. Pour cette tradition, reconnaître cette diversité c'est d'abord empêcher qu'elle ne soit opprimée. En ce sens, le pouvoir doit être limité afin de faire droit à la diversité. Mais cette limitation ne saurait procéder d'une règle *a priori*. Depuis la Renaissance, l'hypothèse de la limitation du pouvoir passe plutôt par un gouvernement

mixte. Cette thèse est en partie reprise par Montesquieu dans sa description du modèle anglais. Cependant, il clarifie aussi son ressort en énonçant que « la liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les états modérés. Elle n'y ait que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir ; mais 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 (...) Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »²⁷. Cette formule sera reprise mot pour mot par Madison lors de la formulation de la doctrine des « *checks and balances* ». Comme chacun sait, la séparation des pouvoirs qu'il mettra en œuvre ne visait pas une séparation des fonctions (donc une spécialisation des organes) mais visait seulement à empêcher l'émergence d'un pouvoir hégémonique fût-ce par le biais d'une coalition. Cependant, cette conception emporte aussi des conséquences au regard de la pluralité des intérêts sociaux et économiques. Un contre-pouvoir ne peut devenir agissant que s'il est mu par une force sociale. Dans un siècle où la défiance à l'égard des intérêts, des groupes, des corps intermédiaires était importante et très générale, Madison fut l'un des premiers à reconnaître leur caractère inévitable et nécessaire. Simplement, il soutenait la nécessaire multiplicité de ces groupes et factions de manière à ce qu'aucun ne parvienne seul ou par une coalition à devenir dominant. C'est là la condition à une limitation endogène du pouvoir mais aussi à la vitalité d'une société. C'est aussi ce que soutient Tocqueville lorsqu'il s'émerveille devant l'importance et le rôle des associations aux Etats-Unis. « Il n'y a pas de pays où les associations soient plus nécessaires pour empêcher le despotisme des partis ou l'arbitraire du prince que ceux où l'état social est démocratique. (...) Dans les pays où de pareilles associations n'existent point, si les particuliers ne peuvent créer artificiellement et momentanément quelque chose qui leur ressemble, je n'aperçois plus de digue à aucune sorte de tyrannie et un grand peuple peut être opprimé impunément par une poignée de factieux ou par un homme »²⁸.

Ce schéma intellectuel a été prolongé et généralisé par un grand penseur libéral contemporain qu'est Michael Walzer. Lui aussi lutte contre l'idée d'une société soumise à une seule règle universelle à la manière de Rawls²⁹. Pour lui, il faut surtout une division de la société en sphères de justice. Chaque sphère doit avoir son propre principe de fonctionnement ou de répartition : l'élection pour la sphère politique, l'argent pour la sphère de l'échange, le mérite dans la sphère culturelle, le besoin dans la sphère familiale... La société ne sera juste,

²⁷ - Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, chp. 4, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p 293.

²⁸ - Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome 1, partie 2, chapitre 4, Paris, Robrt Laffont, coll. « Bouquins », 1986, p 193.

²⁹ - Michael Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997.

c'est-à-dire qu'elle n'assure la liberté et l'égalité de tous, que si chaque sphère reste à sa place et ne déborde pas de ses frontières naturelles. En d'autres termes : je suis l'égal d'un autre bien que je sois plus défavorisé que lui par le marché (dans la sphère de l'échange) car je suis en même temps plus favorisé que lui par le mérite (par exemple, dans la sphère culturelle de l'éducation) ou par le besoin (par exemple, dans la sphère parentale ou de la filiation). La conclusion s'impose d'elle-même : une société juste est le contraire de la tyrannie ; elle est une société libérale qui sait maintenir les sphères séparées, surveiller et garder les frontières, éviter la confusion et donc la transformation de la richesse, de la reconnaissance médiatique ou du prestige religieux en pouvoir politique. La société juste est une société qui sait pratiquer « un art de la séparation »³⁰ c'est-à-dire reconnaître la diversité des groupes sociaux, de leur principe de fonctionnement tout en préservant cette pluralité.

La reconnaissance de la diversité, du nécessaire pluralisme n'est pas propre au libéralisme de la balance. On en trouve des expressions plus fortes encore dans le libéralisme de la règle. Le grand théoricien libéral italien Norberto Bobbio rappelle à juste titre que le fond commun du libéralisme est la reconnaissance de l'antagonisme comme fécond pour la société³¹. Sous cet angle, le libéralisme prend le contrepied des pensées organicistes qui abordent l'ordre social en termes d'harmonie, de concorde mais aussi de hiérarchie, de subordination en évacuant le conflit menaçant le corps social de désagrégation. Bobbio rappelle que l'expression la plus achevée de cette fécondité de l'antagonisme se trouve chez Kant dans son *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*. Kant écrit que « le moyen dont se sert la nature pour mener à bien le développement de toute ses dispositions [celles de l'homme] est leur antagonisme dans la société ». Il évoque « l'insociable sociabilité des hommes » en suggérant que l'homme possède à la fois une inclination à s'associer et une forte tendance à se singulariser. « Sans ces qualités, certes elles-mêmes peu sympathiques, d'insociabilité, (...) tous les talents resteraient à jamais enfouis dans leurs germes au milieu d'une existence de bergers d'Arcadie... : les hommes, doux comme des agneaux qu'ils font paître, n'accorderaient guère plus de valeur à leur existence que n'en a leur bétail... Que la nature soit remerciée pour ce caractère peu accommodant, pour cette vanité qui rivalise jalousement, pour ce désir insatiable de posséder ou même de dominer. Sans elle, toutes les excellentes dispositions naturelles sommeilleraient éternellement à l'état de germes dans l'humanité... Seulement, dans cet enclos que constitue l'association civile, ces mêmes

³⁰ - Selon le titre d'un article célèbre de Michael Walzer, « Liberalism and the Art of Separation » in *Political Theory*, août 1984, vol. 12, n°3, pp 315-330 traduit « La justice dans les institutions » in *Esprit*, mars-avril 1992, n°180, pp 106-122 repris dans son ouvrage *Pluralisme et démocratie*, Paris, Esprit, 1997.

³¹ - Norberto Bobbio, *Libéralisme et démocratie*, Paris Le Cerf, coll. « Humanités », 1996, pp 32-36.

inclinaisons produisent précisément par la suite le meilleur effet »³². La société doit s'appuyer sur le conflit et reconnaître la légitimité de la diversité sociale. Karl Popper ne dira pas autre chose lorsqu'il caractérisera la société démocratique libérale moderne comme « une société ouverte »³³. Il en résulte une conséquence fondamentale pour la règle de droit. Celle-ci ne doit pas simplement protéger la diversité, respecter le pluralisme ; elle doit aussi et surtout encourager le pluralisme et s'adosser à lui. C'est le seul moyen pour qu'elle puisse à la fois stabiliser l'ordre social tout en étant légitime aux yeux des diverses composantes de la société. La procédure juridique doit donc mettre en présence tous les intérêts de la société pour que ceux-ci puissent reconnaître la validité de la règle.

** Les pratiques du juge face à la démocratie*

C'est sans doute sur ce terrain que la pratique juridique française est le plus discutable. Les « styles judiciaires » sont, en effet, très différents d'un pays à l'autre. Alain Wijffels a montré que ceux-ci sont très anciens et bien antérieurs à l'émergence du libéralisme. Dans un article très instructif, il compare trois juridictions utilisant toutes le droit romain à la fin du XVIème siècle et au début du XVIIème siècle³⁴. L'une se situe dans l'empire germanique (la chambre impériale de Wetzlar), l'autre dans l'espace britannique (la haute cour de l'Amirauté) et la dernière dans l'espace français (le Grand Conseil de Malines en Bourgogne). En Allemagne comme en France, la procédure est essentiellement écrite ce qui traduit le poids d'une « culture du dossier ». Mais le « sac à dossier », ancêtre du dossier de procédure, n'y révèle pas les mêmes traits : si des deux côtés, il est lourd et complet intégrant les pièces et les mémoires des parties, rien du côté français n'explique la décision des juges. La motivation y est plus que réduite et le raisonnement sous-jacent est emprunt d'un « mystère impénétrable ». Au contraire, le juge allemand manifeste déjà au grand jour un travail argumentatif considérable. La décision apparaît comme la confrontation d'éléments doctrinaux où l'avis majoritaire des docteurs fini par l'emporter. De son côté, le juge britannique révèle déjà une « culture de l'audience » ; le dossier se limite alors à des projets de décisions rédigées par les avocats et soumis au juge.

Ces traits initiaux sont restés extrêmement forts encore aujourd'hui. Le caractère écrit est particulièrement marqué dans la procédure administrative. Latour évoque la question s'agissant du Conseil d'Etat : « dans cette assemblée, les avocats ne parlent jamais, sauf

³² - E. Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* in *Œuvres philosophiques*, tome 2, Paris, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1986, pp 192-194.

³³ - Karl Popper, *La société ouverte et ses ennemis*, Paris, Le Seuil, 1979, 2 volumes.

³⁴ - Alain Wijffels, « Le juge et le jugement dans la tradition du ius commune européen » in R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, op. cit., pp 167-179.

exception rarissime, et si un banc leur est réservé en face des juges, leur présence reste muette, à l'exception d'une courte révérence au moment de l'appel de leur dossier lorsqu'ils marmonnent quelque chose comme « je m'en remets à mes conclusions écrites. (...) dans cette enceinte du droit administratif personne ne parle jamais publiquement excepté le commissaire du gouvernement : *tout le reste de la procédure se fait par écrit* »³⁵. Mais même en procédure pénale, l'oralité intervient peu, exceptée durant la phase finale de l'audience. Là où l'expert témoigne en Angleterre, il remet un rapport écrit en France. Là où le processus d'*examination* et *cross-examination* fait des avocats et des parties le cœur du procès chez les anglo-saxons, le processus d'audition des témoins en France manifeste la centralité du juge exerçant son « ministère de la vérité ». En soi, ce caractère écrit ne serait pas un problème s'il ne s'accompagnait d'une culture du secret et d'une marginalisation des autres acteurs.

Au titre de la motivation, la pratique française s'oppose particulièrement à celle allemande. Tous les étudiants en droit qui ont été confrontés à des arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat se sont heurtés à la difficulté d'interprétation des silences du juge. C'est surtout entre les lignes que se lit une décision de justice française. Ces mêmes étudiants se sont trouvés souvent désarçonnés face à la longueur des décisions étrangères (allemandes, américaines) pour ne rien dire des décisions de la justice communautaire ou internationale. Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que, comme l'écrit Filippo Ranieri, « en Allemagne, on a l'habitude de qualifier les jugements français d'apodictiques et d'incompréhensibles » tandis qu'en France, on juge les décisions étrangères « confuses, mal structurées, étrangères à l'esprit cartésien »³⁶. Le raisonnement du juge publiquement accessible est très opaque ; nulle opinion dissidente n'y apparaît, nul contre-argument n'y figure. Armé d'une règle transcendante qui ne se discute pas, le juge doit dissoudre la conflictualité sociale. Au contraire, chez les juges britanniques et allemands, la décision doit s'appuyer sur l'antagonisme, le refléter tout en le régulant. Dans la pratique allemande, cela se manifeste surtout par la logique argumentative alternant les éléments *pro* et *contra*. Le résultat est posé d'emblée mais on remonte ensuite par le jeu d'une analyse régressive aux conditions qui la rendent possible. Les divergences de vues seront présentes. Mais surtout, le juge puise abondamment dans ce que Ronald Dworkin appelle le « forum des principes » alimenté par la société civile et notamment par les professionnels du droit (avocats comme universitaires). En

³⁵ - Bruno Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002, pp 17-19.

³⁶ - Filippo Ranieri, « Styles judiciaires dans l'histoire européenne : modèles divergents ou traditions communes ? » in R. Jacob (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, op. cit., p 182.

ce sens, le juge n'effectue pas un exercice solitaire ; il articule son activité à l'espace public. En France, au contraire, le juge opère un raisonnement solitaire et désincarné ; son activité semble coupée du reste de la société et singulièrement de la production des professionnels du droit. Il n'attend pas des avocats ou des universitaires qu'ils l'aident sur le terrain argumentatif mais plutôt qu'ils consacrent sa respectabilité.

Cette culture juridique implique une relégation des autres acteurs qui se retrouvent sinon déniés du moins marginalisés. Sur ce terrain, la culture française s'oppose frontalement à la culture de l'audience britannique. Garapon rappelle à juste titre, que les révolutionnaires voulurent supprimer les avocats et rêvèrent d'une relation transparente sans aucune médiation entre l'Etat et les individus. À l'inverse, le système britannique fait du *solicitor* et surtout du *Barrister*, le pilier, l'acteur central du procès. Le roman comme le cinéma français construisent l'image d'un avocat comme étant « un être vénal, intéressé et sans scrupules, assimilé à son client » là où la littérature et le cinéma anglo-saxons nous montrent un homme habile recherchant un compromis socialement acceptable entre l'intérêt de son client et celui de la société. Il ne s'agit pas d'idéaliser un système pour critiquer l'autre. Le système britannique a aussi son opacité ne serait-ce qu'au niveau de la nomination des magistrats. Simplement, la diversité sociale n'est pas regardée sous le même angle. Là où la culture libérale promeut une certaine confiance dans la diversité sociale, la culture politique jacobine y inscrit une défiance systématique. Le représentant de l'Etat, en la figure du procureur, siège aux côtés des juges du siège tandis que les parties sont renvoyées de l'autre côté de la barre. Ce dispositif scénique symbolise toute une hiérarchie des reconnaissances. Cette défiance se manifeste au-delà à l'égard de la société civile elle-même. Antoine Garapon procède ainsi à une instructive comparaison du rôle du juge des enfants en France et en Grande-Bretagne. Il note ainsi que le juge français doit endosser la figure du père et exercer un rôle pédagogique afin que l'enfant puisse « s'approprier » c'est-à-dire « intérioriser » la règle. À l'inverse, le juge anglais se borne à rappeler la règle du jeu ; il revient ensuite à l'environnement social c'est-à-dire à la « *community* » d'agir pour que l'enfant intériorise la règle.

Il ne saurait être question de céder à un culturalisme en durcissant trop les traits. Les systèmes juridiques sont désormais en mutation d'une manière accélérée. La mondialisation et plus encore, l'europanisation au sens technique de ce mot³⁷, ont entraîné deux modifications

³⁷ - L'europanisation n'implique pas seulement une approche descendante polarisée sur l'impact du niveau européen sur le niveau national. Il s'agit d'interactions entre les niveaux locaux, nationaux et européens. Sur ce

importantes : d'abord, du point de vue cognitif, l'habitude s'est répandue de regarder les systèmes voisins pour y rechercher d'éventuelles solutions à nos propres dysfonctionnements ; ensuite, ces pratiques débouchent sur de véritables politiques de mimétismes institutionnels, de transferts de politiques publiques, d'emprunts... Au total, l'ensemble débouche *a minima* sur un processus d'hybridation des systèmes. Ainsi, le juge anglais bénéficie désormais de pouvoirs conséquents pour diriger les débats afin de rendre plus efficace la procédure d'audience ; de même, le juge français s'est vu confier des tâches de conciliation de plus en plus importantes. Peut-être s'agit-il là d'un premier pas dans la convergence des systèmes, accélérée par le rôle grandissant du juge communautaire. A n'en pas douter, les styles nationaux surtout lorsqu'ils s'accordent mal avec les préceptes libéraux du moment, seront amenés à subir une mutation d'ampleur dans le cadre de la concurrence ouverte entre les systèmes juridiques.

Arnauld Leclerc

Maître de Conférences en Science Politique

Droit et Changement Social (DCS)

Université de Nantes

point, voir les précisions utiles dans Bruno Palier, Yves Surel (dir.), *L'Europe en action. L'europeanisation dans une perspective comparée*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 2007, pp 13-85.