

Pour clore ce premier cycle de conférences de l'Université populaire de l'Institut de recherches et d'études sur la Libre Pensée (IRELP), comme d'autres avant moi ont eu à traiter des sujets également très épineux, j'ai l'honneur de tenter de répondre ce soir à une redoutable question : Qu'est-ce que le droit ? Simple en apparence, cette interrogation appelle des réponses tirées à la fois de la philosophie politique ou du droit et de ce que d'aucuns désignent pompeusement et de manière un peu frauduleuse la science juridique.

Kant avait clairement établi cette distinction. D'un côté, il s'agit de répondre à la question « *Quid jus ?* », c'est-à-dire de déterminer la nature même du droit. Sur ce point, il appartient au philosophe de se prononcer. D'un autre, il s'agit de trouver une solution au problème ainsi énoncé : « *Quid juris ?* », c'est-à-dire de déterminer la norme juridique qu'il faut appliquer dans une situation donnée. Ce domaine appartient tantôt au constituant ou au législateur, tantôt à l'administrateur, tantôt au juge et à l'auxiliaire de justice. Dans les années trente, poussant cette distinction à l'extrême, l'Autrichien Kelen dans sa *Théorie pure du droit* a même soutenu que le juriste n'a pas à se préoccuper du juste mais seulement des systèmes juridiques, une voie que nous n'emprunterons évidemment pas.

Vous n'avez pas de chance : je ne suis pas philosophe, ni législateur. S'il m'arrive d'être en de rares occasions un tout petit peu juge, ou de chercher le bon moyen de défendre l'application de la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État pour le compte de la Libre Pensée, cela ne me qualifie pas pour répondre parfaitement, loin s'en faut, aux deux questions posées par Kant. Néanmoins, pour ne pas me brouiller avec Jean-Marc Schiappa et parce que je suis d'un naturel présomptueux, je m'aventurerai sur les deux terrains, à la manière d'un braconnier.

Après avoir tenté de cerner les finalités et les fondements du droit revendiqués par les différents courants de pensée, nous nous attarderons sur la rupture introduite par la Révolution française et quelques questions juridiques aujourd'hui en débat.

LES FINALITES ET LES FONDEMENTS DU DROIT

Dans sa très belle *Contribution à la critique de la philosophie du droit* de Hegel (1770-1831), le jeune Marx note que « *La religion est le soupir de la créature accablée par le malheur [...]* », qu'elle « *est l'opium du peuple.* » Il en tire la conclusion que sa critique est celle « *de cette vallée de larmes* » et notamment celle du droit. A la faveur de sa réflexion sur la situation de l'Allemagne de 1843, encore morcelée dans le carcan du Saint Empire agonisant, il souligne l'impuissance de la philosophie politique allemande à penser véritablement l'État moderne parce toutes les spéculations qui la fondent restent vaines en tant qu'elles se heurtent à la réalité. Il écrit : « *[...] le statu quo de l'ordre politique allemand exprime le parachèvement de l'Ancien Régime [en sorte que] le statu quo de la science politique allemande exprime l'inachèvement de l'État moderne* » qui d'ailleurs marque simplement une étape dans le processus d'émancipation de l'humanité. Il poursuit : « *En politique, les Allemands ont pensé ce que les autres peuples ont fait.* » Marx pense alors à la Révolution française.

Ce préambule me paraît utile. Répondre à la question posée n'a en effet de sens à mes yeux que si l'on précise que le droit est d'abord l'expression des rapports de classe traversant une société. Il est la résultante de plusieurs forces. Il est d'abord l'ensemble des normes qui assure la domination d'un mode de production sur tous les autres et dont le caractère universaliste prévaut lorsque la classe sociale fondée sur ce mode de production incarne les progrès de l'ensemble de la société. A cet égard, l'affirmation de l'hégémonie de la bourgeoisie a marqué celle d'un droit fondamentalement orienté vers la défense de la propriété privée mais, en même temps, de portée universelle. Il est aussi le reflet des conquêtes réalisées par la classe des dominés qui a pour vocation de faire advenir un stade supérieur de l'organisation sociale de l'humanité. Dans un pays comme la France, le droit du travail assure encore aux salariés une protection réelle et celui de la sécurité sociale garantit le fonctionnement d'organismes d'économie sociale, par nature contradictoires avec les principes de l'économie fondée sur la propriété privée des moyens de production. Dans un terme très éloigné, le triomphe du droit au sens où nous l'entendons pourrait être sa disparition pure et simple.

Gardons en mémoire ces remarques préliminaires pour éclairer une des définitions possibles du droit - une règle sociale, établie par l'autorité publique permanente, générale dans son application et sanctionnée par la force - et cerner ses finalités et ses fondements dégagés au cours de l'histoire de la philosophie politique.

A. Les finalités du droit

Dans l'histoire de la philosophie du droit, se dégagent deux finalités opposées à l'action de légiférer dans un État. Pour les uns, la loi des hommes doit se conformer à un ordre supérieur, celui de Dieu.

Thomas d'Aquin est le théoricien le plus achevé de ce premier courant. Pour d'autres, le droit est une œuvre humaine édiflée au profit des hommes. Ce deuxième courant se divise lui-même en deux catégories de penseurs. Les premiers considèrent que le droit est d'abord l'expression de la liberté des hommes. Les seconds mettent également l'homme au centre de la construction juridique édiflée par une société mais, plus pragmatiques, tiennent compte de son milieu, relativisant ainsi la notion de droits naturels.

Né près de Naples dans une famille influente, Thomas d'Aquin (1226-1274), qui devient moine dominicain à dix-neuf ans contre la volonté de ses parents, est surnommé « *le bœuf muet de Sicile* » en raison de son caractère taciturne. Il écrit une œuvre monumentale, la *Somme théologique*, dans laquelle il traite la délicate question des rapports entre la foi et la raison que Jean-Paul II a rappelé dans une encyclique intitulée précisément *Fides et ratio*. En 1879, Léon XIII a souligné que Thomas d'Aquin exprime parfaitement le dogme catholique.

Thomas d'Aquin passe naturellement au crible la question de la finalité du droit, de manière à fixer les rapports du temporel et du spirituel, si importants pour l'Eglise et dont la querelle entre Nogaret, l'envoyé de Philippe le Bel, et le pape Boniface VIII, en 1303, ou les circonstances de la signature du concordat de Bologne de 1516 par le pontife et François 1er montrent les enjeux. Thomas d'Aquin place la loi éternelle, c'est-à-dire celle qui assure « *le gouvernement du monde par la raison divine* », au-dessus de tout. Quant à elle, la loi naturelle est le produit de l'action des hommes tendant à la réalisation de la loi éternelle. Le dominicain écrit : « *La loi naturelle est la participation des créatures douées de raison à la loi éternelle.* » Cette distinction n'est pas une pure spéculation intellectuelle. Elle fonde un ordre juridique, disons-le, totalitaire. D'une part, si « *la cité poursuit un certain bien [toutefois] le bien commun est toujours plus divin que celui de l'individu.* » La finalité de la société est de poursuivre un but conforme à la loi éternelle procédant de la raison divine au prix d'un écrasement des individus. D'autre part, si la justice est un idéal, elle demeure simplement un horizon lointain, inaccessible en ce bas monde. Elle est en premier lieu un attribut divin. La justice des hommes obéit en réalité à la contingence. Elle varie selon les pays et les circonstances. Il n'y a pas d'universalisme juridique possible en dehors de la loi éternelle procédant de la raison divine chez Thomas d'Aquin.

A la faveur de l'avènement des temps modernes qu'inaugurent la Réforme et la Renaissance, la philosophie du droit emprunte des voies nouvelles, plus conformes à ce que nous estimons juste. Huig de Groot, plus communément appelé Grotius (1583-1645), un avocat protestant hollandais, en élaborant les grands principes d'un droit international public conforme à l'essor de la première globalisation, dégage une théorie de l'Etat et de la puissance civile, délivrée de toute référence à la loi éternelle procédant de la raison divine, dans deux ouvrages notamment : *De juri belli ac pacis (Du droit de la guerre et de la paix)* et *Mare liberum (La liberté des mers)*.

Que nous dit Grotius ? En premier lieu, le droit doit être conforme à la nature de l'homme et non au dessein présumé de Dieu. La volonté individuelle est à la source de la norme juridique. C'est vrai pour le contrat, dont l'importance n'est pas à démontrer pour un avocat exerçant dans un pays entièrement tourné vers le commerce mondial. C'est vrai aussi pour l'Etat que Grotius définit de la manière suivante : « *Un corps parfait de personnes libres qui se sont jointes ensemble pour jouir paisiblement de leur utilité commune* » Grotius énonce au fond la thèse du contrat social qui a pour finalité la préservation de la liberté individuelle et de la paix, non pas dans une perspective hédoniste peu conforme au protestantisme mais dans le souci de répondre à l'utilité commune. Même en pays réformé, au début du 17ème siècle, les thèses de Grotius dérangent : Maurice de Nassau le jette en prison. Par ailleurs, ses conceptions ont un retentissement international. L'idée de soustraire enfin de grands espaces à l'autorité des Etats de manière à les soumettre à une simple régulation internationale suscite de vives oppositions. Le concept d'eaux internationales irrite l'Angleterre qui redoute la concurrence hollandaise. En 1651, ce pays adopte l'acte de navigation aux termes duquel les marchandises passant par les ports anglais ne peuvent être que transportées par des navires anglais.

Théoricien du droit naturel et du contrat social, Rousseau (1712-1778) peut être regardé comme un héritier de Grotius et même d'Epicure qui avait formulé une doctrine d'inspiration naturaliste au temps d'Alexandre le Grand. Pour Jean-Jacques, il existe une « *véritable jeunesse du monde* », un « *état naturel à l'espèce humaine* » qui précède la vie en société. Pour passer de l'état de nature à l'état social, les hommes doivent s'accorder sur une morale et établir des liens juridiques entre eux. Or, le droit ne pouvant être qu'universel, c'est-à-dire opposable à tous, il doit exprimer la volonté générale qui n'est pas l'addition des volontés singulières mais, au contraire, les transcende toutes pour réaliser l'utilité commune. Dans le *Contrat social*, Rousseau écrit même : « *Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale : celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à*

l'intérêt privé et n'est qu'une somme des volontés particulières. » Il poursuit : « *La volonté générale trouve son expression dans la loi.* »

A la suite de John Locke, Montesquieu (1689-1755) affirme également la primauté des droits naturels et formule une conception nouvelle du droit qu'il a admirée à Londres. Il fonde néanmoins sa réflexion davantage sur la comparaison des systèmes politiques que sur l'énonciation d'une théorie abstraite. Comme il l'écrit dans *L'Esprit des lois* : « *Un peuple libre n'est pas celui qui a une telle ou une telle forme de gouvernement : c'est celui qui jouit de la forme de gouvernement établi par la loi [celui] qui a un juste sujet de croire que la fureur d'un seul ou de plusieurs ne lui ôteront pas la vie ou la propriété de ses biens.* » L'ancien président du Parlement de Bordeaux reste juriste avant d'être philosophe même s'il associe des qualités ou des défauts aux différents systèmes politiques : l'autorité et la tradition à la monarchie, la vertu à la République, l'absence de toute valeur à la tyrannie. A l'absolutisme il oppose non pas la séparation des pouvoirs comme on le dit trop souvent mais une collaboration de plusieurs pouvoirs, celui qui fait la loi, à l'image du Parlement britannique, celui qui exerce l'autorité de l'Etat, le prince, et celui qui garantit le respect des normes dans la société, le juge. Cette division du pouvoir remet profondément en cause la théorie traditionnelle de la monarchie qui le confie tout entier à un seul. De surcroît, Montesquieu accorde la primauté à la loi. Enfin, il renouvelle dans un sens extrêmement moderne la notion de droit civil. Il ne s'agit plus pour lui du seul droit romain mais plus largement de l'ensemble des normes « *par lequel un citoyen peut défendre ses biens et sa vie contre tout autre citoyen* »

B. Les fondements du droit

Nous venons de voir que la loi divine ou la loi et les droits naturels précèdent l'activité juridique des hommes. Elles en constituent l'arrière cour qui justifie les choix des gouvernants édictant le droit positif. Celui-ci est tantôt écrit - c'est la tradition latine -, tantôt coutumier - c'est notamment la tradition britannique de la *common law*. Cependant, quelle que soit sa source, soit la loi et le contrat écrits, soit les traditions et les usages, soit un peu des deux, le droit positif combine trois fondements : la force légitime pour imposer la norme, l'utilité pour répondre aux besoins des administrés, la justice pour défendre la société dans son ensemble. Cette combinaison doit être équilibrée : l'excès de force nuit à la justice ; la prééminence de l'utilité peut conduire à une forme de désordre incompatible à l'utilité commune elle-même. Ainsi, Jean Bodin précise dans les *Six livres de la république* que la puissance absolue du prince « *[...] ne s'étend [en effet] aucunement aux lois de Dieu et de la nature.* » Non seulement le roi doit entendre la parole de l'Eglise mais celle de « *ses peuples* » qui attendent de lui sagesse et justice, à défaut de quoi la monarchie se transforme en tyrannie.

L'émancipation de la pensée politique de toute référence à la loi divine conduit certains à mettre en avant la force comme principal fondement du droit. L'étude des principautés italiennes de la Renaissance, selon une méthode que ne récuserait pas un entomologiste, amène Machiavel à considérer que le pouvoir, c'est-à-dire la faculté de créer et d'imposer les normes juridiques réputées nécessaires à la vie sociale, est le fruit de la ruse et/ou de la force. Cette tradition compte d'autres auteurs célèbres. Théoricien de l'absolutisme, Hobbes (1566-1679) pense qu'à l'état de nature les hommes se livrent une guerre de tous contre tous. Le seul moyen d'assurer la paix civile consiste à les contraindre à aliéner leur liberté individuelle et à se placer sous la protection du plus fort, légitime de ce seul fait à déterminer la règle de droit. A la suite de l'analyse de la Révolution française et du Premier Empire, Hegel transpose ce raisonnement au concert des nations. Il estime que chaque époque étant dominée par l'action de l'une d'entre elles, celle-ci n'a pas à se justifier de réaliser une étape de la dialectique de l'Histoire. Il soutient que la force constitue la base d'un droit s'imposant aux plus faibles. A y regarder de près, cette vision paraît d'ailleurs conforme aux conceptions diplomatiques issues du traité de Westphalie de 1648 et du congrès de Vienne de 1815 qui ratifient un équilibre des forces en vue du retour à la paix. L'idée de constituer des instances multilatérales pour garantir la concorde entre les nations, de développer le droit international et d'instituer une sécurité collective émergera seulement après les horreurs de la Grande Guerre.

De son côté, la conception utilitariste énonce que le droit doit d'abord se préoccuper de répondre aux nécessités de la vie sociale à un moment donné. Elle découle d'une approche pragmatique et obéit aux aspirations fondamentales des libéraux. L'idéal consiste pour eux à réduire la règle de droit à ce qui est strictement indispensable pour le fonctionnement de la société. Cette théorie laisse une large place au contrat et confère à la loi le soin de réguler l'exercice des libertés individuelles de manière à garantir des rapports apaisés entre les hommes. John Stuart Mill (1806-1873) et Herbert Spencer (1820-1903) sont les représentants les plus emblématiques de ce courant encore vivace dans les pays anglo-saxons.

Enfin, d'aucuns pensent que la recherche de la justice fonde le droit en tout premier lieu. Néanmoins, ce truisme apparent n'est pas universellement partagé, nous venons de le voir. Montesquieu s'impose une fois encore comme le théoricien de premier plan de ce courant humaniste. A l'état naturel, les hommes sont animés par leurs instincts et ne se préoccupent pas de justice. Lorsqu'ils vivent en société, par la voie de la raison, ils font de la recherche du juste le fondement essentiel du droit. Il s'agit de garantir à chacun les droits qu'il tient de la nature. Le droit positif doit donc être le garant de la justice. A ce sujet, il écrit : « *Avant qu'il y eut des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eut tracé le cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux.* »

LA RUPTURE DE LA REVOLUTION FRANÇAISE

La Révolution française traduit au plan pratique l'évolution des théories du droit inconciliables énoncées d'un côté par Thomas d'Aquin et Hobbes, Grotius, Montesquieu et Rousseau de l'autre. Elle affronte trois grandes questions indissociables : celle de la souveraineté, confisquée jusqu'alors par un seul censé articuler la loi des hommes et la loi éternelle conformément aux thèses de Thomas d'Aquin ; celle de la place de l'individu dans la société, prisonnier de sa condition et de sa communauté, écrasé par sa corporation jusqu'en 1791 ; celle de l'égalité entre les hommes, bafouée depuis la nuit des temps. Elle puise dans la philosophie politique du Siècle des Lumières pour trouver les instruments intellectuels nécessaires à la fondation d'un nouvel ordre juridique, en opposition radicale avec celui de l'Ancien Régime, dont Thomas d'Aquin a été l'inspirateur et Hobbes le théoricien de sa phase la plus récente : l'absolutisme moderne. Elle impose le droit constitutionnel dont la France appréciera sans retenue les délices, libère l'individu du carcan des corps intermédiaires, unifie les règles de droit et instaure une institution judiciaire nouvelle.

A. Les prémisses intellectuelles d'une révolution juridique

L'Esprit des lois de Montesquieu paraît sans conteste l'œuvre de réflexion juridique sinon la plus lue du moins la plus citée à la veille de la Révolution française. L'ancien président à mortier du parlement de Bordeaux est autant revendiqué par les tenants de la tradition d'Ancien Régime que par les partisans de changements profonds dans l'ordre juridique absolutiste. Les premiers mettent en avant l'intérêt que le baron de la Brède porte au féodalisme, qu'il considère comme « *le beau gouvernement trouvé dans les bois.* » C'est pourquoi Montesquieu fait aussi l'objet de nombreuses attaques de la part des artisans du monde nouveau qui voient en lui un suppôt de l'aristocratie, dès l'été 1789. Toutefois, certains courants du mouvement révolutionnaire, d'ailleurs parmi les plus conséquents, revendiquent à juste titre une filiation avec Montesquieu, parfois dans le cours même des événements. A la veille de 1789, Jean-Paul Marat compose un *Eloge de Montesquieu* pour l'académie de Bordeaux, dans lequel il écrit que « [...] *Montesquieu est le meilleur homme qu'ait produit le siècle.* » parce qu'il « [...] *osa désarmer la superstition, arracher le poignard au fanatisme [et] attaquer la tyrannie [...]* » De même, en 1791, pour contribuer au débat sur la première constitution, Saint-Just publie un livre intitulé, en forme d'hommage à Montesquieu, *L'Esprit de la Révolution*, qu'il place expressément sous sa figure tutélaire.

Les uns et les autres ont raison. Montesquieu est imprégné jusqu'à la moelle du vieil esprit parlementaire. Implicitement, il s'affirme comme porte parole de l'aristocratie des cours souveraines, qui a tant ferrailé contre l'absolutisme. Mais en même temps, à la suite de John Locke, comme nous l'avons vu, il affirme la primauté des droits naturels et formule une conception nouvelle du droit qu'il a admirée à Londres. Celle-ci préconise la collaboration nécessaire de plusieurs pouvoirs, celui du législateur qui édicte la norme, celui du prince, qui exerce l'autorité de l'Etat, celui du juge qui garantit les libertés individuelles. Cette division du pouvoir remet profondément en cause la théorie traditionnelle de la monarchie qui le confie tout entier à un seul. De surcroît, Montesquieu accorde la primauté à la loi. Robespierre ne s'y trompe pas. Pour définir la vertu républicaine, il s'approprie les termes de *L'Esprit des lois* : elle repose sur « *l'amour de la patrie et de ses lois.* »

De son côté, Jean-Jacques Rousseau énonce dans *Le Contrat social* une théorie qui influence très profondément bien des révolutionnaires. Comme nous l'avons vu, il écarte la légitimation de l'autorité politique par le droit divin et la fonde, au contraire, sur le droit naturel. Un pacte unit les citoyens et inspire la conscience « *de l'homme en général* ». Ce dernier n'étant pas sujet ne peut être dépossédé de sa liberté ni de ses pouvoirs. Comme l'écrit Jean-Jacques Rousseau « *Chacun s'unissant à tous n'obéit pourtant qu'à lui-même* ». L'autorité politique prend sa source dans cette fraternité qui procède d'une adhésion volontaire d'individus quittant l'état de nature, où ils sont foncièrement libres, à la nation, dont le gouvernement ne peut être que l'expression de la volonté générale.

Enfin, dans le champ particulier du droit pénal, qui doit à la fois garantir les libertés individuelles et protéger les citoyens, de nombreuses publications appellent à la réforme des institutions en général et de l'institution judiciaire en particulier. Tout au long du 18^{ème} siècle, très nombreux sont les juristes qui demandent de mettre fin à un ordre judiciaire inique, dénoncé dans les années 1760 avec talent par Voltaire, criant l'innocence de Rochette, Callas, Sirven et du jeune chevalier François de la Barre. Néanmoins, en cette matière, un auteur laisse plus particulièrement son nom et son œuvre à la postérité. Docteur en droit de l'université de Pavie, Cesare Beccaria publie *Des délits et des crimes*, en 1764. Dans cet ouvrage, rendant hommage à Montesquieu, il affirme que le droit pénal repose sur des droits individuels, dans un univers où seule la liberté politique peut garantir la sûreté des citoyens contre l'arbitraire du pouvoir. Il reprend à son compte la phrase célèbre de Montesquieu : « *Toute peine qui ne dérive pas de la loi est tyrannique.* » Enfin, il énonce le principe selon lequel les délits et les peines doivent être proportionnés à la faute.

B. Les trois questions indissociables

Le 17 juin 1789, les députés du Tiers état aux Etats généraux, parce qu'ils représentent les « *quatre-vingt-seize centièmes de la nation* », décident de former une Assemblée nationale qui autorise la perception de l'impôt. Ils inaugurent ainsi une révolution juridique sans précédent. La souveraineté est transférée du roi à la nation. La loi naturelle n'est plus subordonnée à la loi éternelle. L'article 3 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* du 26 août 1789 l'affirme. En des termes pratiquement identiques, l'article 1er du titre III de constitution des 3 et 14 septembre 1791, consacré aux pouvoirs publics, confirme la rupture du 17 juin 1789. Il dispose : « *La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible ; elle appartient à la nation* » Le constituant poursuit : « *Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* ». Le roi de droit divin est nu même s'il reste inviolable en dépit de sa fuite à Varennes le 20 juin précédent. Dans la mesure où « *Il n'y a pas en France d'autorité supérieure à la loi* », celui qui est devenu simplement le roi des Français lui est entièrement soumis. L'Assemblée nationale législative a le monopole du vote de la loi, de la détermination du budget et des impositions, de la décision d'engager la guerre. Le transfert de la souveraineté à la nation ne sera plus jamais remis en cause, sauf sous la Restauration dont la Charte octroyée de 1814, sans d'ailleurs y parvenir entièrement, l'attribue au monarque rétabli.

La deuxième question que résout la Révolution française est celle de l'institution de l'individu comme sujet de droit. Elle la traite parfois de façon très radicale. Par exemple, la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 interdit toute coalition des travailleurs, bien sûr pour empêcher les actions revendicatives mais aussi par haine des corporations. Néanmoins, les révolutionnaires lui apportent une réponse inaltérable. La *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* reconnaît solennellement à l'individu les droits naturels que la Renaissance, dans une certaine mesure, et le Siècle des Lumières ont dégagés progressivement. Leur liste figure à l'article 2 : « *Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* » Les premier et troisième sont largement définis dans ce texte. Sont notamment reconnues comme essentielles la liberté de conscience – « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses [...]* » – et la présomption d'innocence qui confère au placement en détention un caractère exceptionnel. La propriété fait l'objet d'un seul article, le dernier, selon lequel « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* » La Déclaration est donc un manifeste libéral, au sens propre du terme, adapté à la domination de la bourgeoisie dans la société. Néanmoins, elle n'exclut pas la nationalisation des biens sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'une expropriation sans indemnité. Enfin, si elle affirme le droit à la résistance à l'oppression, elle se garde bien de s'étendre sur ce sujet. La Déclaration figurant en préambule de l'acte constitutionnel du 24 juin 1793 confirme celle de 1789 mais introduit de nouveaux droits à caractère culturel et social. L'article 21 dispose que « *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.* » L'article 22 affirme que « *L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique.* » Ces droits sociaux de l'homme seront une préoccupation des révolutionnaires de 1848 et ont été réaffirmés d'une autre manière dans le préambule de la constitution de 1946 qui figure encore en tête de celle du 4 octobre 1958. Le droit à l'instruction sera garanti lorsque entreront en vigueur les lois de 1882 et 1886 sur la gratuité et l'obligation scolaires et la laïcité de l'enseignement public. Les articles 33 à 35 de la Déclaration de 1793 s'attardent, quant à eux, sur « *La résistance à l'oppression [qui] est la conséquence des autres droits de l'homme* » Elle est admise lorsqu'un seul est opprimé. Elle peut conduire légitimement à l'insurrection « *quand le gouvernement viole les droits du peuple.* » En définitive, l'individu devient le début et la fin de

l'action du pouvoir constituant et du législateur. Il peut même s'insurger si ses droits sont violés. Le point de vue de Grotius a supplanté celui de Thomas d'Aquin.

En dernier lieu, la Révolution française fonde la société sur l'égalité juridique entre les individus sans laquelle le contrat social ne pourrait se nouer. Depuis le 14 juillet, la révolte gronde dans tout le pays. Le 3 août au soir, la présidence de l'Assemblée constituante échoit à Le Chapelier qui succède à Thouret. Pour répondre au mouvement du peuple, ses représentants abolissent les privilèges. Noailles, le duc d'Aiguillon, Legrand, qui fait une brillante analyse juridique des droits féodaux - *« ceux qui représentent vraiment la féodalité, ceux qui sont de véritables impôts ou une sorte de privilèges exclusifs, enfin ceux qui ne sont qu'une usurpation [...] »* -, Le Pelletier de Saint-Fargeau, le plus radical, tous demandent cette abolition dont le procès-verbal de la séance donne l'ampleur : *« Abandon de la qualité de serf et de la mainmorte sous quelque dénomination qu'elle existe ; faculté de rembourser les droits seigneuriaux ; abolition des juridictions seigneuriales ; suppression du droit exclusif de la chasse, des colombers, des garennes ; taxe en argent représentative de la dîme ; rachat possible de toutes les dîmes de quelque espèce que ce soit ; abolition de tous privilèges et immunités pécuniaires ; égalité des impôts de quelque espèce que ce soit ; admission de tous les citoyens aux emplois civils et militaires ; déclaration de l'établissement prochain d'une justice gratuite et de la suppression de la vénalité des charges ; abandon du privilège particulier des provinces et des villes ; abandon des privilèges de plusieurs villes, Paris, Lyon, Bordeaux, etc. ; [...] réformation des jurandes. »* A la révolution politique du mois de juin s'ajoute la révolution sociale du 4 août. La nuit du 4 août sera imprimée dans le marbre de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen trois semaines plus tard en quelques formules écrites par une plume acérée : Article 1er : *« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »* ; article 6 : *« [...] Tous les citoyens étant égaux [aux yeux de la loi], sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et leurs talents. »* ; article 13 : *« Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés. »*

C. Un nouvel ordre juridique
Le transfert de la souveraineté du roi à la nation, l'affirmation des droits naturels de l'individu ainsi que la reconnaissance de l'égalité entre les hommes impliquent des bouleversements sans précédent de l'ordre juridique.

L'adoption d'une loi fondamentale écrite pour l'ensemble du pays constitue le premier d'entre eux. A l'image des États-Unis d'Amérique, la France se dote d'une constitution précédée d'une déclaration énonçant les grands principes sur lesquels reposent le contrat social, et notamment les principes généraux du droit. Ce texte affirme que la souveraineté appartient à la nation et fixe en conséquence l'organisation et la collaboration des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Or, contrairement à la situation américaine, les conditions d'exercice de cette souveraineté font débat au cours de la Révolution française elle-même et plus largement pendant les deux siècles qui suivent.

L'élaboration d'un ensemble unifié de normes constitue le deuxième bouleversement introduit par la Révolution française dans l'ordre juridique. En ce qui concerne le droit civil en particulier, le comité de législation prévoit de le consigner dans un code unique. Cambacérès en énonce les principes essentiels lors de la séance du 22 août 1793 de la Convention, présidée pour la première fois par Robespierre. Ce comité a consacré soixante séances de travail à définir les grandes parties de ce code : la nationalité, le mariage, la filiation, les donations, les successions, les contrats et les obligations, la transaction, la vente, le dol, les règles de la prescription civile. Le Premier consul Bonaparte et son compère Cambacérès n'auront qu'à reprendre ses travaux lorsqu'ils prépareront le code civil de 1804 dont la moitié des articles d'origine est encore en vigueur, ce qui atteste de l'exceptionnelle qualité du travail accompli en 1793. En ce qui concerne le droit pénal, l'élaboration d'un code criminel reste une simple intention pendant la Révolution française, même si une ébauche est esquissée par Martin de Douai en 1797. Il ne voit le jour que sous le Premier Empire, qui publie une grande instruction criminelle en 1808. Néanmoins, plusieurs décisions capitales sont prises par la Constituante. Dès 1789, elle abolit la torture comme méthode d'instruction des affaires criminelles et pose le principe de la publicité des procès, les peines devant être acquiescées à la majorité des deux tiers, comme aujourd'hui aux assises. Le 5 juin 1791, à l'initiative de Le Pelletier de Saint-Fargeau, qui fait adopter le principe selon lequel *« tout condamné à mort aura la tête tranchée »*, elle substitue la « Louison », la guillotine, à la potence et à la hache du bourreau. Enfin, sur le point de se séparer, elle institue les 16 et 29 septembre 1791 le jury populaire, présidé par un juge du tribunal et composé de citoyens actifs volontaires, qui exerce deux fonctions : la validation de l'accusation sans laquelle les poursuites cessent - une compétence qu'il a perdu depuis l'instruction criminelle de 1808

- ; le jugement de l'affaire lorsque le jury estime qu'il convient d'examiner les faits reprochés au prévenu. Il y a autant de jurys populaires que de tribunaux.

En dernier lieu, l'organisation judiciaire de la France est modifiée de fond en comble durant la Révolution française. Les trois premières constitutions traitent cette question selon des principes et des modalités assez semblables, celle du 5 fructidor an III (22 août 1795) ayant élaboré le système le plus abouti et peut-être le plus cohérent. La Constitution des 3 et 14 septembre 1791 énonce pour l'essentiel les grands principes qui fondent la justice, qui est l'un des fondements du droit pour la philosophie du droit d'inspiration humaniste : son indépendance à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif qui se traduit par l'inamovibilité et l'immunité - sauf cas de forfaiture - des juges élus ; sa gratuité, un principe plus formellement que réellement respecté d'ailleurs ; sa compétence à l'égard de tous les citoyens dont aucun ne peut être distrait de ses juges ; son caractère contradictoire ; son intervention seulement après une phase obligatoire d'arbitrage et de conciliation en matière civile et de validation de l'accusation par un jury populaire en matière criminelle et correctionnelle. Elle fixe également les garanties des prévenus : droit de récuser jusqu'à vingt jurés ; publicité de l'instruction ; droit de se défendre ; garde à vue limitée à vingt-quatre heures ; institution de la caution comme substituée à la détention avant le jugement, celle-ci ne pouvant, en tout état de cause, que résulter d'un mandat de dépôt ou d'une ordonnance. Au surplus, le constituant de 1793 rend pleinement indépendant le tribunal de cassation, siégeant près le Corps législatif depuis septembre 1791 et ayant pour compétence non de statuer sur la qualification des faits, prérogative du juge du fond, mais sur la légalité de la procédure suivie et la pertinence du raisonnement juridique sur lequel la juridiction subordonnée s'est fondée. Celui de 1795 y ajoute la motivation des décisions et le secret du délibéré qui permet au juge de remplir son office en toute liberté.

QUELQUES QUESTIONS ACTUELLES EN DEBAT

Au risque de vous importuner encore un peu, nous évoquerons quelques questions actuellement en débat ou présentant un caractère problématique. Nous vous proposons d'en évoquer trois : celle de la souveraineté ; celle de la justice ; celle des libertés individuelles.

A. La souveraineté

Nous l'avons vu, la souveraineté est transférée à la nation lorsqu'à la faveur d'une révolution s'imposent le principe selon lequel les hommes sont la finalité du droit et l'idée que la force ne saurait être son unique fondement. En quelque sorte, répondant aux aspirations et aux besoins d'une société tendant à développer les forces productives sur la propriété privée des moyens de production et le salariat, Grotius, Montesquieu et Rousseau terrassent Thomas d'Aquin et Hobbes sur le terrain du droit.

Aujourd'hui, dans un monde où l'essentiel de *La Richesse des nations*, pour reprendre le titre célèbre du livre d'Adam Smith, procède non pas de la production matérielle, sans cesse remise en cause (destruction d'industries entières et de millions d'emplois industriels dans le monde), mais d'une économie immatérielle spéculative, le cadre national devient un obstacle à la restauration sans cesse nécessaire d'un taux de profit tendanciellement décroissant. La souveraineté doit donc être transférée, au moins pour partie, à des instances incontrôlables par les peuples. A cet égard, la construction de l'Union européenne est emblématique. Elle devient une source essentielle du droit positif. La loi n'y est plus l'expression de la volonté générale mais le fruit des compromis conclus entre la main invisible d'une administration insaisissable et des groupes de pression multiples. Les États membres sont tenus de les transposer en droit interne.

D'une certaine façon, la loi éternelle de Thomas d'Aquin à laquelle la loi naturelle doit se soumettre a été modernisée : elle réside dans la concurrence libre et non faussée, une norme supérieure à laquelle toutes les autres doivent être subordonnées. D'ailleurs, l'Église catholique, qui considère la pensée du dominicain comme l'expression la plus achevée du dogme, est l'inspiratrice majeure de cette construction initiée par les démocrates chrétiens d'après-guerre : Monnet, De Gasperi, Spaak. Le principe de subsidiarité, c'est-à-dire pour les nations l'interdiction de prendre leur destin en main et l'obligation de se soumettre à cette norme supérieure, en est la manifestation la plus claire. Dans la toute dernière période, l'idée de soumettre les budgets des États membres, dont le vote est l'essence même de la souveraineté nationale, à la censure des autorités européennes vient conforter l'analyse selon laquelle la construction de l'Union européenne est en fait une forme adaptée au temps présent du Saint Empire romain germanique.

Attaquée de l'extérieur, la souveraineté de la nation est également rongée de l'intérieur, au moins en France où elle avait pris une forme tout à fait singulière.

La conception républicaine la plus pure du pouvoir tend à confier celui-ci à une assemblée unique composée des représentants du peuple. Relativement faible, le pouvoir exécutif appartient à une instance collégiale responsable devant cette assemblée. Dans ce paradigme, dont la constitution de juin 1793 est le seul exemple abouti, point de chambre haute ni de président de la République. La Deuxième République a créé un président élu au suffrage universel qui, fort d'un plébiscite de 10 millions de voix gagné en décembre 1848, réalise un coup d'Etat, en décembre 1851.

Par la suite, jusqu'en 1958, le président et le Sénat, la deuxième chambre conservatrice, sont restés des vestiges des conditions de la fondation de la Troisième République par des monarchistes en quête d'une dynastie. Lorsque les républicains prennent les leviers de commande à la fin des années 1870, ils s'emploient à vider la fonction présidentielle de tout pouvoir réel, à la faveur notamment de la crise du 16 mai 1877 opposant Mac Mahon, le tueur de la Commune, aux républicains. Ils tentent aussi, sans grand succès d'ailleurs, de couper les ailes au Sénat. En 1945 et 1946, le débat constitutionnel renoue avec la tradition républicaine monocamériste et débouche sur la création d'un Conseil de la République sans relief et d'un président aux fonctions relativement honorifiques.

A la faveur du coup d'Etat militaire du 13 mai 1958, le retour au pouvoir du général De Gaulle se traduit, en revanche, par la restauration d'un exécutif bonapartiste. Depuis longtemps installé au Parlement, le centre de gravité du pouvoir bascule du côté du président de la République, à partir de 1962 notamment, lorsque celui-ci est élu au suffrage universel direct. La réduction de la durée de son mandat à cinq ans et l'élection des députés dans la foulée de sa propre élection, à compter de 2002, renforcent le caractère bonapartiste des institutions au point que l'actuel locataire de l'Élysée a mis en œuvre une réforme constitutionnelle, en juillet 2008, tendant officiellement à rétablir l'équilibre des pouvoirs. En réalité, au-delà des apparences, ceux du Parlement ne sont pas véritablement renforcés. En particulier, le droit d'amendement est encore plus encadré qu'auparavant. Cette réforme présente d'ailleurs sur un point une évolution dangereuse : le Conseil constitutionnel peut désormais à tout moment être saisi d'une exception d'inconstitutionnalité dans le cadre d'une instance en cours devant les juridictions administratives ou de l'ordre judiciaire. Une institution non élue va pouvoir ainsi remettre en cause la loi non seulement votée mais promulguée, c'est-à-dire définitivement entrée en vigueur. C'est peut être le signe le plus tangible de la confiscation de la souveraineté de la nation au risque de voir se constituer un véritable gouvernement des juges.

B. LA JUSTICE

Plus brièvement, nous traiterons de la justice. Nous l'avons vu, la recherche de la justice est le principal fondement du droit pour Montesquieu. A l'état de nature, les hommes vivent selon leurs instincts. Lorsqu'ils forment société, ils substituent la justice à la vengeance. Une instance impose alors la règle de droit universelle dans la résolution des conflits pour ne laisser aucune place légitime à l'exercice de la force brute et à l'enchaînement sans fin du ressentiment entre les ennemis. Avec la justice advient même le bien fondé de l'oubli : la prescription efface les fautes. A la suite de Cesare Beccaria, la Révolution française estime, quant à elle, que la peine infligée à celui qui enfreint la norme commune doit être prévue par la loi et proportionnée au délit ou au crime.

Vous le savez, la justice fait l'objet actuellement de réflexions très importantes en vue d'une contre-réforme majeure. Pour l'heure, les deux projets les plus inquiétants : la suppression du juge d'instruction et celle des assises, sont suspendus. Toutefois, ce recul n'est probablement pas un enterrement.

Lorsque le droit n'a plus pour finalité la réalisation de la loi éternelle par la loi naturelle d'ici bas ni pour fondement la force mais s'emploie à rechercher le juste, la justice gagne son indépendance à l'égard du Léviathan de Hobbes. Elle s'exerce par le truchement d'un juge qui n'est pas le législateur, chargé d'exprimer la volonté générale, ni le pouvoir exécutif. Ce juge peut être élu, comme pendant la Révolution française ou actuellement aux Etats-Unis pour partie d'entre eux, ou nommé pour ses compétences. Dans cette dernière hypothèse, il jouit d'un statut qui le met théoriquement à l'abri de toute pression. La réalité est moins simple naturellement. Néanmoins, l'indépendance du juge est une garantie essentielle dans une démocratie.

Vous le savez, prétextant le caractère schizophrène de la fonction de juge d'instruction, à la fois enquêteur comme Maigret et juge comme Salomon, le gouvernement avait envisagé sa suppression. Dans les affaires délictuelles, notamment politico-financières, ou criminelles, l'enquête aurait été confiée au Parquet qui est subordonné au Garde des sceaux et à la Chancellerie. Si ce projet devait advenir, celui qui exerce les poursuites et requiert les peines au nom de la société serait également enquêteur. En toute objectivité, nous voyons mal comment il pourrait sereinement instruire à charge et à décharge, même avec un renforcement de la présence de l'avocat durant l'instruction - moyennant finances pour le justiciable - et sous le contrôle du nouveau juge de l'enquête et des libertés. Lorsque le placement en

détention à été confié à l'actuel juge des libertés et de la détention, dépourvu de tout moyen réel, le nombre des détentions provisoires a explosé. Pour résoudre la difficulté, certains appellent de leurs vœux l'indépendance des Parquets. Cette proposition revient tout simplement à faire le deuil d'une politique pénale uniforme dans la République. Alors, même si nous ne sommes pas des admirateurs sans bornes du juge d'instruction, cette création du Premier Empire, nous estimons cependant que la situation actuelle présente beaucoup moins d'inconvénients que celle qui résulterait de sa suppression.

La suppression de la cour d'assises serait également un retour en arrière considérable, surtout si elle coïncide avec celle du juge d'instruction. Le jury populaire est une création de la Révolution française. Pour les affaires criminelles, le peuple lui-même rend la justice sous réserve d'une majorité qualifiée des deux tiers. Les prévenus ne sont pas démunis face aux citoyens siégeant aux assises. Ils disposent d'un large pouvoir de récusation des jurés. En outre, depuis quelques années, ils peuvent faire appel devant une autre cour composée elle aussi d'un jury populaire.

C. LES LIBERTES INDIVIDUELLES

La théorie du droit de Thomas d'Aquin sacrifie les droits de l'individu à la réalisation de la loi éternelle qui les écrase. Lorsque le droit se donne pour objet la défense des droits naturels, l'individu devient le pivot de toute construction juridique. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, complétée par celle de juin 1793 et le préambule de la Constitution de 1946, le manifeste de façon éclatante.

L'article 10 de cette déclaration dispose que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses [...]* ». Ce principe ne peut s'accomplir pleinement que lorsque le constituant ou le législateur assure à tous la pleine liberté de conscience en séparant radicalement le politique et le religieux, la sphère publique et la sphère privée. Le premier amendement de la Constitution des États-Unis élève un mur de séparation des Églises et de l'Etat. Après bien des vicissitudes, les républicains français garantissent la liberté de conscience à tous ceux qui vivent dans la République par le vote de la loi du 9 décembre 1905. Celle-ci forme la clé de voûte d'un édifice juridique mis en chantier avec la laïcisation de l'École : liberté de la presse (1881), liberté syndicale (1884), liberté d'association (1901), liberté des funérailles (1904).

La laïcité est un système politique. Elle s'impose aux institutions qui doivent rester neutres. Pour ce faire, l'Etat ne reconnaît et ne subventionne aucun culte. En revanche, elle n'est pas opposable aux individus qui disposent au contraire, sous réserve des restrictions qui s'imposent aux agents publics dans l'exercice de leurs fonctions et aux élèves de l'enseignement primaire et secondaire public, de leur pleine liberté individuelle de manifester leur croyance ou leur incroyance partout où ils le souhaitent. Seuls les troubles à l'ordre public ou des nécessités impérieuses (remise d'un enfant à un adulte, justification de l'identité, démarche auprès de l'état-civil par exemple) peuvent justifier une limitation des libertés individuelles. Vous l'avez compris, le projet du gouvernement de faire adopter une loi interdisant le port du voile intégral sur la voie publique est liberticide, quelle que soit par ailleurs l'opinion qu'inspire cette mode vestimentaire religieuse. D'ailleurs, nous mesurons bien l'incidence de cette perspective sur la paix civile. D'ores et déjà, des pseudo-laïques, alliés à des groupes d'extrême droite, se prévalent d'un climat délétère pour développer les initiatives discriminatoires et attiser les affrontements dans la cité. L'auteur des *Lettres persanes* en aurait été probablement choqué.

Je vous remercie.