

Abus de la loi

Par **Alain CAMBIER**

Docteur en philosophie, professeur en classes préparatoires, Faidherbe - Lille

Dans son dernier rapport annuel sur l'application des lois, le Sénat a souligné que, sur les cinquante-neuf lois promulguées au cours de la session 2009 du Parlement, seules trois avaient reçu l'intégralité de leurs textes d'application. Pour les dix-huit lois qui ont été votées avant le 31 mars 2010, et nécessitant un suivi réglementaire, à peine sept ont été intégralement mises en application. Nous assistons à une progression exponentielle du nombre de lois, mais celles-ci deviennent de plus en plus difficilement applicables : le problème n'est pas seulement celui du manque de temps qui force le travail législatif à s'effectuer dans l'urgence. Confrontés aux situations concrètes et soumis à l'exigence de cohérence du droit, les décrets d'application peuvent difficilement être pris. Ainsi, le recours à une loi nouvelle – souvent annoncée pompeusement – s'avère condamné à rester lettre morte. À trop vouloir légiférer, l'esprit même des lois est trahi.

À partir du XVII^{ème} siècle, l'État moderne a fait du droit positif son moyen privilégié pour structurer l'espace social et garantir l'ordre. Mais, un paradoxe est immédiatement apparu : le souverain, censé promulguer les lois, prétendait lui-même ne pas être tenu de se soumettre aux lois et revendiquait une position *ex lex*. Au cœur même de l'État du droit, un foyer aveugle, propice à toutes les dérives, le minait : la souveraineté se présentait à la fois comme la pierre d'angle et la pierre d'achoppement du droit. La V^{ème} République – véritable « monarchie républicaine » selon Maurice Duverger – n'a fait que réactiver ce paradoxe et le rendre encore plus aigu, face aux aspirations à un État de droit transparent : l'affaire *Clearstream*, où un Président de la République appelle « coupables » des personnes attendant seulement de passer en jugement, est l'exemple typique d'un abus flagrant de pouvoir. L'ironie de l'histoire est qu'aujourd'hui nous nous trouvons devant un pouvoir politique qui prétend multiplier les lois, alors que le Président de la République – selon notre système constitutionnel – n'est responsable devant personne. La seule sanction qui le menace est celle de l'opinion durant son mandat et celle du peuple à l'issue de celui-ci, s'il s'avise de se représenter. Cette asymétrie de condition implique au moins un devoir élémentaire de réserve de la part du Président de la République. Or, sur ce défaut de démocratie et de droit sont venus se surajouter d'autres éléments favorisant encore plus le règne de l'arbitraire. En ayant marginalisé le rôle du Premier Ministre, la prétendue omniprésidence a rendu impossible – de fait – l'obligation de l'exécutif de rendre des comptes devant les Assemblées élues. Bien plus, en élargissant l'immunité à des conseillers du Président, le système actuel se révèle particulièrement inique, comme l'a souligné Olivier Beaud¹. Enfin, en partant souvent d'un fait divers particulièrement sordide, et en le montant en épingle pour

légitimer la promulgation d'une nouvelle loi, le pouvoir politique dénature le sens de la loi républicaine qui ne peut être que général et prendre en compte le corps politique tout entier² : l'écart principal entre la portée formelle de la loi et la singularité matérielle d'un fait est ici déniée.

Plus profondément, le souci de l'équité ne peut ignorer que le droit positif se retrouve confronté à deux ordres de nécessité : l'une logique, l'autre empirique. Déjà, dans son *De Conditionibus*, Leibniz³ avait abordé ce problème souvent rencontré par les juristes : le rapport entre condition et conditionné, fixé par un contrat dans le cadre du droit civil, ne se réduit pas à une inférence logique, à une connexion nécessaire, mais dépend d'éléments empiriques aléatoires susceptibles de suspendre la validation du contrat. Toute mise en pratique de normes est suspendue à la réunion de conditions empiriques favorables et ce n'est guère le cas avec, par exemple, la loi prétendant interdire tout rassemblement de jeunes au bas des immeubles collectifs. En introduisant une obligation, une norme est censée produire une modification de nos motivations d'action, mais elle se révèle également tributaire de la vérification des capacités de rendre effective cette norme. Nous avons affaire à deux formes différentes de nécessité qui se chevauchent : celle qu'implique intrinsèquement une obligation normative ; mais, aussi, celle extrinsèque qui renvoie à la réalisation d'une situation où cette obligation normative pourra être appliquée. Dans son ouvrage, Leibniz précise, à la définition 10 : « La condition extrinsèque est celle dont la conditionnalité découle de la chose même ». Ainsi, une norme ne peut se permettre de formuler seulement des obligations en se projetant dans un monde virtuel indéterminé, mais doit tenir

¹ « L'inique immunité des conseillers du président », Olivier Beaud, article dans *Le Monde* du 12-11-2010.

² « Quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue à l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division du tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue », Rousseau, *Du Contrat social*, II, 6.

³ Leibniz, *De Conditionibus*, éd. Vrin, 2002.

compte des données de fait dans lesquelles elle est censée s'imposer. C'est pourquoi « un droit qui n'a pas l'effet d'un droit est nul » et « ce qui a l'effet d'un droit mais pas celui de son exercice est inutile »⁴. En aucun cas, un système de droit ne peut être une normation absolue, imposée de manière abstraite. L'intérêt de l'approche de Leibniz est d'introduire la nécessité d'interactions incessantes entre rationalité juridique et empirisme pratique, dont la convergence ne peut être approchée que par l'intervention des juges.

Comme Leibniz, Montesquieu prend le contre-pied de tout décisionnisme politique pur. Le droit renvoie nécessairement à des réalités objectives : d'une part, celle des lois positives quand elles concrétisent les règles déontiques fondamentales qui régissent les rapports humains dans toute société concrète ; mais, d'autre part, celle également de la « chose juste » en situation, à l'exploration évaluative de laquelle doit se consacrer tout juge. Car la loi relève d'abord de la raison plutôt que de la volonté. La justice ne se réduit pas au droit positif, considéré comme un droit artificiellement établi, mais renvoie aux principes généraux du droit objectif qui viennent de plus loin que la volonté souveraine : elle ne peut être le fait du prince. La justice ne se réduit pas à assurer l'ordre social par le biais de lois : elle vise l'équité et requiert pour cela que son indépendance soit garantie. Or, l'équité renvoie à des rapports eux-mêmes objectifs qui s'inscrivent *in re*, dans un ordre des choses à la fois idéal et empirique : « Comme je ne traite point des lois, mais de l'esprit des lois, et que cet esprit consiste dans les divers rapports que les lois peuvent avoir avec diverses choses, j'ai dû moins suivre l'ordre naturel des lois, que celui de ces rapports et de ces choses »⁵. Développant une conception résolument réaliste du droit et congédiant tout normativisme abstrait ou positivisme juridique, notre auteur précise encore : « Dans les lois, il faut raisonner de la réalité à la réalité ». On peut rêver d'une société moralement idéale où les hommes ne commettraient plus le mal, où le problème de la perversité humaine n'existerait plus, mais ce n'est pas le rôle du droit de prétendre transformer la société pour y accéder : il ne peut que parer aux problèmes tels qu'ils se posent et, de toute façon, une telle société serait alors une société inhumaine parce que surhumaine, ignorant le problème de la « banalité du mal ».

La loi n'est finalement que le moyen du droit, dont la finalité est la justice : nul n'est censé ignorer la loi, mais nul n'est censé également ignorer – *a fortiori* le pouvoir le plus éminent – cette finalité du droit. Autant le pouvoir actuel fait de la surenchère démagogique sur le besoin de lois, autant il discrédite systématiquement le pouvoir judiciaire : à ses yeux, le magistrat n'est qu'une perte de temps entre le policier interpellateur et le gardien de prison⁶. En s'en prenant aux juges au nom du *pathos* des victimes, l'exécutif non seulement bafoue le principe de la séparation des pouvoirs, mais dénie au droit le rôle de Tiers impartial. Aussi ne se prive-t-il pas de jeter le discrédit sur les institutions judiciaires et, pour se donner le beau rôle vis-à-vis de l'opinion publique, va jusqu'à déclarer, lors d'événements hyper-médiatisés, qu'une part de la responsabilité des crimes odieux pourrait être imputée aux juges eux-mêmes. Même si l'État républicain peut connaître des dysfonctionnements, il est paradoxal que son plus haut responsable se pose en accusateur public de ses propres artisans. Cette dérive, qui privilégie la désignation démagogique de boucs-émissaires, tend à vider le droit de sa substance, à paralyser le fonctionnement même de l'État et à ruiner les principes sur lesquels il repose. Avoir deux poids, deux mesures ne gêne pas : alors qu'il impose une « rétention de sûreté » pour des criminels qui ont purgé leur peine, qu'il exige une lourde répression de la petite délinquance, le pouvoir exécutif se montre le plus accommodant possible avec des personnages médiatiques ayant de l'entregent et préconise la plus grande indulgence pour les délits financiers : « La pénalisation à outrance du droit des affaires est une grave erreur », a pu dire le chef de l'État. Incapable de faire son autocritique vis-à-vis de sa propre impéritie, le pouvoir exécutif ne se contente pas seulement de transformer toujours plus le droit positif en appareil idéologique, mais lui-même érige l'arbitraire du justicier en principe d'action. En invoquant la vengeance des Erinyes plutôt que la sagesse des Euménides, il installe toujours un peu plus le populisme en lieu et place de la République. ■

⁴ Leibniz, *op. cit.*, déf. 83 et 85, p. 95.

⁵ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, I, 3.

⁶ Cf. *Le Justicier*, Dorothée Moisan, éd. du Moment.