

Introduction à l'ATELIER 5 "le droit, légitimation du pire ou légalisation du mieux?"

Si le droit est parfois une légitimation du pire, comme l'ont montrés les codes noirs, le statut des juifs sous Vichy et le code de l'indigénat en Algérie, et comme l'atteste encore l'existence de la peine de mort dans 122 pays, le droit peut aussi, sous la pression des forces de changement de la société civile, légaliser le mieux. La justice est souvent le théâtre obligé où se jouent les représentations ultimes de ces affrontements entre la règle de droit dépassée, rejetée par de nouvelles pratiques sociales, et des revendications collectives de modification du droit.

Des militants, des partis ou des associations et de simples citoyens s'invitent alors à des procès pour démontrer qu'il faut changer la loi; les enjeux de ces procès dépassent largement la condamnation ou la relaxe des personnes concernées. Lorsque les juges eux mêmes se rangent aux arguments des détracteurs de la loi, c'est souvent le signe donné au législateur qu'il faut adapter la loi aux faits.

Nombreux sont les exemples historiques où le droit a servi d'art d'accomoder les décisions de pouvoirs autoritaires, légitimant ainsi les pires injustices.

Ce fut le cas du code noir de Louis XIV, en 1685, régissant la vie de l'esclave jusqu'à sa mort, et le classant dans les biens meubles de son maître. Malgré la naissance des Lumières au 18^{ème} siècle et leurs débats sur le droit naturel, les encyclopédistes ne s'élevèrent pas contre l'esclavage: Ni Rousseau, ni Diderot ne s'en émurent, sans compter Montesquieu qui donna des recettes pour le propager.

Pourtant, les cahiers de doléance de Champagney, un petit village de haute Saône, contiennent une doléance pour l'abrogation de l'esclavage, alors que les paysans qui les rédigerent n'avaient jamais vu de noirs, sauf le roi mage qui figurait sur une fresque de leur modeste église! C'est une fois de plus la preuve que les gens simples perçoivent mieux l'injustice que les clercs:

"Les habitants et communauté de Champagney ne peuvent penser aux maux que souffrent les nègres dans les colonies, sans avoir le cœur pénétré de la plus vive douleur, en se représentant leurs semblables, unis encore à eux par le double lien de la religion, être traités plus durement que ne le sont les bêtes de somme. Ils ne peuvent se persuader qu'on puisse faire usage des productions des dites colonies si l'on faisait réflexion qu'elles ont été arrosées du sang de leurs semblables : ils craignent avec raison que les générations futures, plus éclairées et plus philosophes, n'accusent les Français de ce siècle d'avoir été anthropophages, ce qui contraste avec le nom de français et encore plus celui de chrétien. C'est pourquoi, leur religion leur dicte de supplier très humblement Sa Majesté de concerter les moyens pour, faire des sujets utiles au royaume et à la patrie. "(Document B-4213/ archives Départementales de la Haute-Saône à Vesoul) - 1789

La codification de l'injustice et la légalisation de l'illégitime se poursuivit en France tout au long du 19ème siècle, qu'il s'agisse du statut matrimonial de la femme, mineure à vie, ou de la profonde inégalité du salarié face au capitaine d'industrie, ou de celle du paysan face au propriétaire foncier, parties cependant regardées comme égales juridiquement lors de la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage, puis de travail, ou d'un bail à ferme.

L'une des conquêtes juridiques du 20ème siècle fut précisément, à la suite des grèves ouvrières, et des révoltes paysannes du Sud de la France, de créer des droits protecteurs de la partie la plus faible: droit du travail, droit du logement, droit de la consommation. La fiction de l'égalité juridique formelle entre deux parties puissamment inégales économiquement cèda devant la nécessité de créer un "ordre public de protection.". C'est le sens de la harangue de Baudot, du nom d'un magistrat qui écrivit dans les années 1970, cette "harangue aux magistrats qui débutent", texte fondateur du Syndicat de la Magistrature:

" Ne soyez pas de ceux qui augmentent la somme des souffrances. Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d'un côté. C'est la tradition capétienne. Examinez toujours où sont le fort et le faible , qui ne se confondent pas nécessairement avec le délinquant et sa victime. Ayez un préjugé favorable pour la femme contre le mari, pour l'enfant contre le père, pour le débiteur contre le créancier, pour l'ouvrier contre le patron, pour l'écrasé contre la compagnie d'assurance de l'écraseur, pour le malade contre la sécurité sociale, pour le voleur contre la police, pour le plaideur contre la justice. ".

Car au 20ème siècle, le droit continua souvent de légitimer le pire: On se souvient de la loi du 2 juin 1941 règlementant le statut des juifs sous Vichy, pour lesquels la jurisprudence s'attacha à détailler méticuleusement les critères légaux de leur spoliation..

Le statut de l'indigénat en Algérie, légalisa aussi l'existence de sous-citoyens. Dans les deux cas, des juridictions spéciales, dont les compétences dérogoires ne cessaient de s'étendre, firent le trait d'union entre un droit d'exception et des juges se contentant d'appliquer un légalisme formel, et se satisfaisant d'une absolue soumission à la forme de la loi, quels que soient son sens et la légitimité de l'autorité qui la produit. Ce légalisme formel est caractéristique de la magistrature française depuis la révolution comme le décrit Alain Bancaud dans son livre sur la magistrature en France sous Vichy: "dans la soumission à la fois politique et symbolique à la loi...., en se présentant comme un corps neutre chargé de l'application de règles énoncées ailleurs...(la magistrature) s'innocente politiquement, et se déresponsabilise historiquement".

Il n'est pas sûr en ce début de 21ème siècle que le droit positif se soit affranchi de cette ancienne habitude du droit d'emballer dans le papier rouge des codes les décisions discrétionnaires des princes.

En France, la peine de mort ne fut abolie qu'en 1981, et l'assassinat légal se pratique toujours dans 122 pays. Quant aux droits d'exception, ils mithridatisent en France de nombreux domaines du droit, notamment depuis septembre 2001.

En droit pénal, au nom de la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée, furent légitimées des méthodes policières jusqu'ici illégales: Les témoins anonymes, les gardes à vue de 6 jours, les fichages génétiques pour des infractions ordinaires, la possibilité de mettre une personne sous écoutes téléphoniques et de perquisitionner à son domicile sans intervention d'un juge d'instruction, l'expansion incontrôlée de l'univers carcéral, le doublement des expulsions des étrangers, la proclamation de l'état d'urgence...L'ensemble de ces lois exceptionnelles, dérogoires au droit commun, sont appliquées sans la moindre difficulté par les juridictions depuis 5 ans, alors qu'elles ne font sens que dans l'application d'une idéologie sécuritaire, d'un populisme pénal utilisé à des fins électorales.

Que dire du droit des étrangers et du droit d'asile qui ne cessent de s'enrichir de nouvelles dispositions répressives, allant jusqu'à empêcher de régulariser un étranger présent en France depuis 10 ans et qui y paye ses impôts, allant jusqu'à expulser les enfants que la police va chercher à l'école?

Enfin, le droit du travail est lui-même vampirisé par des dispositions légitimant la précarité, après un siècle de sécurisation juridique du salarié.

Le titre même de la dernière loi du 2 avril 2006 dite "égalité des chances" est évocateur de la mise en place d'une société du risque et de la faute, où seul l'individu qui négocie bien ses "chances", comme des actions se négocient bien ou mal en bourse, peut espérer une existence sociale. Plutôt que de rechercher l'égalité des droits de l'article premier de la déclaration des droits de l'homme, désormais affublée du substantif d'égalitarisme¹, on met en avant "l'égalité des chances", en faisant du mérite individuel(projet "prévention de la délinquance"), des "capacités et des talents"(loi "immigration choisie"), le fondement du projet libéral. Ainsi pourra être dénoncée la responsabilité individuelle de ceux qui resteront exclus.

Mais l'étonnant et récent épisode de la promulgation par le chef de l'état d'une loi votée, mais et il demandait cependant l'inapplication des dispositions concernant le contrat nouvelle embauche, en raison des vastes mobilisations sociales, suffit à démontrer la plasticité des principes juridiques les plus établis face aux forces sociales.

Car s'il est souvent la légitimation du pire, le droit peut contribuer à la "légalisation du mieux"grâce l'activation collective du changement de la loi.

Qu'il s'agisse du droit du travail, à la suite des mobilisations ouvrières, ou du droit de l'application des peines, à la suite des combats du GIP (groupe information prisons) créée par Foucault et Sartre en 1971, qu'il s'agisse des dispositions contre les discriminations ou des nouvelles jurisprudences de certaines juridictions du premier degré reconnaissant au faucheurs d'OGM un excuse absolutoire d'état de nécessité, l'action collective est le plus souvent à l'origine des évolutions du droit.

Dans l'histoire récente, ce sont surtout les droits des femmes, de la famille et de la personne qui se sont élargis, saisis par des revendications collective: droit à l'avortement, PACS, élargissement des règles relatives au divorce et à l'attribution du nom, et bientôt sans doute adoption et mariage de couples du même sexe et droit à mourir dans la dignité.

¹ D. De Villepin, Liberation "Rebonds"30 juin 2006

Mais comment ne pas coreller avec la situation économique des 20 dernières années cette évolution positive des droits de l'individu, en tant que personne, et la régression des droits sociaux (santé, logement, travail...), dans leur dimension collective?

E Sire-Marin, magistrat, co-présidente de la fondation Copernic, membre de la LDH