

## LA CRISE DU LÉGALISME ET SES CONSÉQUENCES ÉTHIQUES

GUY HAARSCHER  
Belgica

Le but de mon exposé est le suivant: manifester une sorte d'inquiétude intellectuelle face à une certaine évolution de la philosophie du droit, que je caractériserai à partir de deux courants majeurs. Le premier de ces courants s'est exprimé de la façon la plus cohérente dans les travaux de l'Ecole de Bruxelles, et en particulier dans l'oeuvre de Ch. Perelman. Je me rattache à ce mouvement d'idées, par formation personnelle autant que par conviction; mais c'est justement la force des arguments avancés par l'Ecole de Bruxelles pour plaider en faveur d'un certain "assouplissement" du raisonnement juridique, et judiciaire en particulier, que je voudrais interroger: autant une pensée se base sur des "raisons" solides, autant l'on risque, entraîné par la puissance de ces dernières, de négliger d'autres éléments, peut-être essentiels.

De façon précise, et pour aller droit au coeur de sujet, je dirais que ce qui vacille aujourd'hui, c'est peut-être tout l'édifice de l'Etat de droit, au nom duquel —par exemple— les révolutionnaires français de 1789 avaient lutté. On sait que, dans un Etat de droit, non seulement les individus sont soumis au droit, mais encore les gouvernants: la règle de droit implique une idée de sécurité juridique, c'est-à-dire, pour l'individu —ou le groupe, la personne "morale", etc.—, la possibilité de prévoir la licéité ou la non-licéité de l'acte qu'il pose. L'élément central de cette sécurité (pilier essentiel, on le comprend, de l'Etat de droit) consiste en ceci que les critères ne peuvent changer entre le moment de l'accomplissement de l'acte (au sens large du terme) et le recours à l'instance judiciaire. La règle de droit "transcende" et le juge et le justiciable (à l'occasion le gouvernant): elle permet d'éviter l'arbitraire. S'y trouve impliqué par exemple le principe de la non-rétroactivité des lois.

Mais ceci constitue de la théorie. Chacun sait que, dans la réalité, les choses sont éminemment plus "complexes", et voici le danger.

Qu'à force de tenir compte de ladite "complexité", on en vient à mettre en péril, par une sorte de mouvement contraignant de la pensée, les fondements mêmes de l'Etat de droit. Du moins à les fragiliser, et, par les temps qui courent, cela peut suffire à ruiner l'édifice.

Tel se trouve être l'argument en question: l'évolution des sociétés apparaît tellement complexe et pluridimensionnelle que —pour nous en tenir au droit légaliste "continental"— l'idée même d'un syllogisme judiciaire, telle qu'elle fut défendue à l'époque révolutionnaire mais aussi par Bentham par exemple, apparaît intenable: corrélative de l'image simplificatrice du juge-machine, liée, en France en particulier à une conjoncture historique précise et donc "datée" (méfiance à l'endroit des magistrats d'Ancien Régime, coupables d'avoir, au sein des Parlements, transgressé la norme de la séparation des pouvoirs), cette conception fait fi de la complexité des notions de motivation, d'interprétation, de raisonnement judiciaire, d'imprévisibilité des développements socio-historiques, d'abîme "ontologique" entre la généralité de la règle et la singularité du cas. D'où l'importance, dans le droit contemporain, des autres sources du droit, mais aussi du droit naturel, de l'équité, voire des notions de paix judiciaire, ou même de paix sociale, c'est-à-dire d'acceptabilité des décisions.

L'Ecole de Bruxelles, et ses promoteurs, les professeurs Perelman et Frier en particulier, ont fortement et rigoureusement mis en évidence des traits de la pratique judiciaire, par quoi ils se distinguaient explicitement des philosophes du droit qualifiés d'abstraits ou de spéculatifs. Cependant, la question se pose peut-être aujourd'hui de savoir si un droit "assoupli", un raisonnement plus "plurivoque" (qui peut sérieusement plaider aujourd'hui en faveur d'un raisonnement de logique formelle en la matière?), si toutes ces exigences incontournables ne mènent pas *également*, comme je l'annonçais au début de ce texte, à une "fragilisation" de l'idée d'Etat de droit.

Qu'en est-il exactement? La "règle de droit" fut, dans le droit continental —et à l'époque révolutionnaire— considérée comme soutenue de la façon la plus consistante par le *légalisme*, autrement dit le primat de la loi dans les sources formelles du droit. Or je me demande si— et il s'agit d'une inquiétude, d'une interrogation, bien plus que d'une affirmation tranchante —l'on peut maintenir de façon cohérente, sans se livrer à une tâche intellectuelle à laquelle on n'a peut-être pas assez fait droit jusqu'à aujourd'hui, les *deux exigences* conflictuelles (je ne dis pas incompatibles: ne revenons pas ici avec des oppositions catégoriques ou formelles) du *légalisme* et de l' "assouplissement" du droit. Qu'est-ce qu'un droit souple: un droit dans lequel, étant donné

la complexité des choses, le juge dispose d'un pouvoir d'interprétation, de choix entre diverses sources, plus étendu. Mais jusqu'où aller? A un moment inévitablement, la "transcendance" de la règle de droit —en l'occurrence de cette loi que nul n'est censé ignorer, *alors qu'il n'en est bien évidemment pas de même pour les "bonnes raisons" du juge, fût-il un homme "éclairé"*— deviendra un pur artifice, un prétexte, et le juge décidera "en conscience". On sera passé de l'Etat de droit à l'Etat. . . de la morale (celle du juge, de la conscience sociale, du moins telle qu'il la perçoit, ou encore du droit naturel, etc.). Dès lors, le justiciable ne pourra plus prévenir l'arbitraire. A force d'avoir assoupli le droit, on l'aura réduit à une pure forme, une sorte d'alibi idéologique, une référence académiquement obligée, mais que l'on "tournera" tant que l'on voudra, au gré des multiples sources et possibilités d'interprétations. Va-t-on vers cela? Je ne sais: mais j'ai voulu, au Congrès de Mexico, manifester une inquiétude, fût-elle, dans ses prévisions, caricaturalement sombre. Mais les bonnes utopies négatives —Orwell (1984)—détiennent parfois un pouvoir d'éclaircissement singulier. Ce texte n'y prétend nullement: simplement, il tente de frayer une voie.

Deuxième inquiétude, plus nette, plus massive cette fois: il s'agit de l'évolution de la notion de droit dans les théories d'extrême-gauche. De ce point de vue également, l'Etat de droit se trouve menacé, non plus, subtilement et quasi "mécaniquement" à cause d'une complexification des phénomènes sociaux par rapport à la simplicité du légalisme, mais plutôt à cause d'une *réduction du droit à l'histoire*. De quelle façon? Chacun sait que Marx, dans *L'Idéologie allemande* en particulier, a dénoncé les idéaux progressistes des Lumières et parmi eux l'Etat de droit— en particulier parce que, présentant une façade "honorabilisatrice" pour des pratiques inqualifiables, ils auraient eu pour effet d'émousser le tranchant du combat émancipateur. Parler en effet d'Etat de droit, c'était, disait Marx, faire fi de l'exploitation et de la structure du mode de production: pour le prolétaire, tous les principes "révolutionnaires" destinés à lutter contre l'arbitraire (liberté, sûreté, lutte contre le despotisme, égalité devant la loi, etc.) représentaient une forme vide, un discours creux sans répondant pratique. D'où la conséquence tirée rigoureusement: si l'Etat de droit masque l'oppression réelle, il contribue à ralentir le processus de prise de conscience, et donc l'action émancipatrice; de plus, chacun comprend que l'idée d'une violence légitime (celle de l'Etat de droit) lie les mains des opprimés, et empêche que leur revendication puisse se faire jour par des voies radicales. De là vient l'idée, omniprésente, d'une mise entre parenthèses ou en quarantaine de l'Etat de droit,

d'une rupture révolutionnaire violente, d'un "accouchement" douloureux du socialisme et de l'émancipation. Cela est bien connu, devenu banal. Jamais pourtant la réflexion n'a été sérieusement engagée dans le marxisme sur la "fermeture" de la parenthèse, autrement dit sur le retour à un système de protection des libertés et de contre-pouvoirs. Faillite théorique essentielle, qui suscite l'inquiétude dont je parlais: elle empêche que l'on réfléchisse suffisamment aux causes des "déviation" —c'est un euphémisme— révolutionnaires du siècle. Toutes les circonstances contingentes, encerclements et complots réactionnaires, bien réels parfois, n'épuiseront pas la question: tant qu'on croira que l'Etat de droit peut se trouver mis entre parenthèses au profit d'une émancipation, d'un mieux-être, par le truchement d'une "vacane" révolutionnaire —ce qui apparaît souvent incontournable: Nicaragua, Salvador (mes interlocuteurs latino-américains, nombreux à Mexico, cela va de soi, ont souligné ce point)— sans que l'on se donne la peine d'une réflexion sur les conditions (immensément difficiles et précaires) d'un retour aux structures garantissant l'élimination de l'arbitraire, rien ne sera gagné sur ce plan.

Je dirais tout au contraire que la dialectique hégélienne, telle que l'a exposée la *Raison dans l'histoire*, pousse en sens inverse d'une telle réflexion: considérant non pas la rupture révolutionnaire comme exceptionnelle, périlleuse, à engager avec le maximum de prudence et de mauvaise conscience, avec le sentiment que le pire, en la matière, est toujours le plus probable, dans l'idée de revenir le plus tôt à un régime de contre-pouvoirs, loin de l'air irrespirable de ces phases potentiellement barbares—, elle considère cette rupture comme "justifiée" par l'Histoire, la violence comme rachetée par la Ruse de la Raison, les victimes innocentes "broyées" tout naturellement par la roue (progressiste) de l'Histoire, laquelle, comme le disait Marx avec tant de doigté précautionneux, progresse toujours "par ses mauvais côtés". Il s'agit là d'une attitude intellectuelle extrêmement dangereuse: sous prétexte de dénoncer le discours d'impuissance des moralistes non-violents (qui, dans des circonstances d'oppression, confortent le *statu quo*, la violence institutionnalisée), elle revient à donner un chèque en blanc à la révolution, et à ériger le sens de l'Histoire en Tribunal du Monde, comme le disait encore Hégel.

J'ai donc voulu montrer que, tant en Occident qu'à l'Est (et dans les théories apparentées, celles des mille "compagnons de route"), la notion d'Etat de droit se trouve ébranlée. Certes, il s'agit de perspectives différentes, et il n'y a pas de point commun entre ce que permet la violence "pour le Progrès" et le lent grignolage, par assouplissement du droit, des piliers fondamentaux de l'édifice rêvé par les révolution-

naires et les Lumières pour abattre l'arbitraire: dans un cas le droit n'existe plus en tant que tel (et ne limite en tout cas pas l'action des gouvernants), dans l'autre, il joue toujours son rôle protecteur des libertés, mais peut-être de façon moins franche, moins nette que l'on ne l'avait exigé, il y a deux siècles. Les micro-processus, apparemment anodins, doivent intéresser au premier chef le philosophe: il se doit de témoigner de leurs dangers inaperçus. En ce sens, j'espère que ma communication de Mexico, dans son caractère interrogatif et peut-être "provocant", n'aura pas été inutile.