

# L'Etat se meurt, vive les juges

par Robert ROTH,\* Genève

*Nos sociétés de cette fin de siècle se caractérisent, entre autres, par un recours toujours plus large à l'intervention judiciaire pour résoudre des problèmes de nature sociale, voire politique. Un phénomène calqué sur le modèle anglo-saxon du droit, influencé par le développement de l'individualisme et des théories économiques libérales. Au juge de compenser le «moins d'Etat».*

P our éviter de se perdre, il convient de suivre un guide. Le nôtre sera ici Jean Carbonnier, sans doute l'analyste le plus fin, parmi les juristes de langue française, de l'évolution des mœurs contemporaines. L'évolution de son regard sur ces mœurs est donc particulièrement éclairante. En 1979, Carbonnier écrivait un texte magnifique sur *La passion des lois au siècle des Lumières* ;<sup>1</sup> un peu plus de vingt ans plus tard, son opuscule, le dernier en date, porte pour titre *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*.<sup>2</sup>

Si l'on suit Carbonnier, à la passion des lois des publicistes du XVIII<sup>e</sup> siècle s'est substituée la passion du droit de la «société d'opinion» de la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Les publicistes classiques plaçaient dans la loi un immense espoir de contribution à l'élaboration d'un monde meilleur. Plus sûr, tout d'abord ; plus juste et (parce que) plus égalitaire ensuite : pour Rousseau, son aptitude à traiter de manière égale des situations égales définit et légitime la loi tout à la fois ;<sup>3</sup> plus rationnel enfin : pour Jeremy Bentham, le plus continental des Britanniques, un «Pannomion» devra renfermer l'ensemble des règles de l'organisation sociale.<sup>4</sup>

Depuis lors, la loi a été dépouillée de ces nobles ambitions. Elle apparaît dans la

pensée dominante d'aujourd'hui comme un instrument obsolète, puisque la lourdeur de ses procédures d'adoption, garante traditionnelle de stabilité et donc de sécurité, l'empêche de s'adapter aux besoins changeants d'une société impatiente. La passion qui l'entourait au siècle des Lumières ne s'est toutefois pas entièrement dissipée. Elle s'est déplacée d'une idée, la loi, vers un individu, le juge. Notre mode de penser le rôle du droit s'est ainsi rapproché de celui du monde anglophone.

Dans les pays dits anglo-saxons, en effet, c'est traditionnellement le juge et non la loi, instrument subsidiaire, qui incarne le droit. Le juge joue là le rôle que la loi jouait traditionnellement en Europe continentale. On peut dire que les contours de l'Etat de droit ont été dessinés en Angleterre par les juges, alors qu'en France, en Allemagne ou en Italie, ils ont

\*Robert Roth est professeur de droit pénal (procédure, sanctions et droit international) et de philosophie du droit à l'Université de Genève. Il a écrit de nombreux articles et ouvrages sur la question de l'emprisonnement, entre autres : *Pratiques pénitentiaires et théorie sociale. L'exemple de la prison de Genève (1825-1862)*, Droz, Genève 1981, qui a reçu le Prix de l'Association suisse pour la réforme pénitentiaire.

largement été façonnés par le législateur avec l'aide, par moments déterminante, de l'appareil d'Etat.

## Réparations monétaires

Cet effacement de la loi au profit du droit et cette polarisation de la passion sur le juge peuvent s'inscrire dans un contexte théorique plus large, que j'aimerais résumer en empruntant les termes classiques de la philosophie aristotélicienne de la justice : l'affaiblissement - et parfois le démantèlement - des mécanismes de la justice distributive a ouvert la voie à un redéploiement des mécanismes de justice commutative. La justice distributive vise à la répartition équitable des ressources, en fonction des besoins des individus ; la justice commutative vise à l'équilibre dans les échanges inter-individuels.

Le phénomène d'extension et de durcissement des revendications en réparation monétaire de dommages subis par les individus et les groupes est bien connu et n'a pas besoin d'être longuement décrit. Deux illustrations rapides, toutefois, tirées de la législation ou de la jurisprudence suisse.

La disparition de la notion de valeur non monnayable, d'abord. Cette notion était par exemple au cœur de la définition du lucre, qui consistait précisément à monnayer des valeurs ou des comportements destinés à ne pas l'être. Il existait ainsi des valeurs non monnayables, qu'on ne pouvait pas traduire en argent, qui ne pouvaient faire l'objet de commerce ; c'est ainsi, pour donner l'exemple le plus parlant, que le proxénétisme se définissait comme le fait de tirer avantage de l'activité sexuelle d'autrui. Le Tribunal fédéral et après lui le législateur ont jeté le bébé (la valeur non monnayable) avec l'eau du bain (l'incrimination surannée de proxénétisme). L'idée des valeurs non monnayables n'existe plus.

Second indice, l'éclatement du plafond que la jurisprudence suisse - à l'image

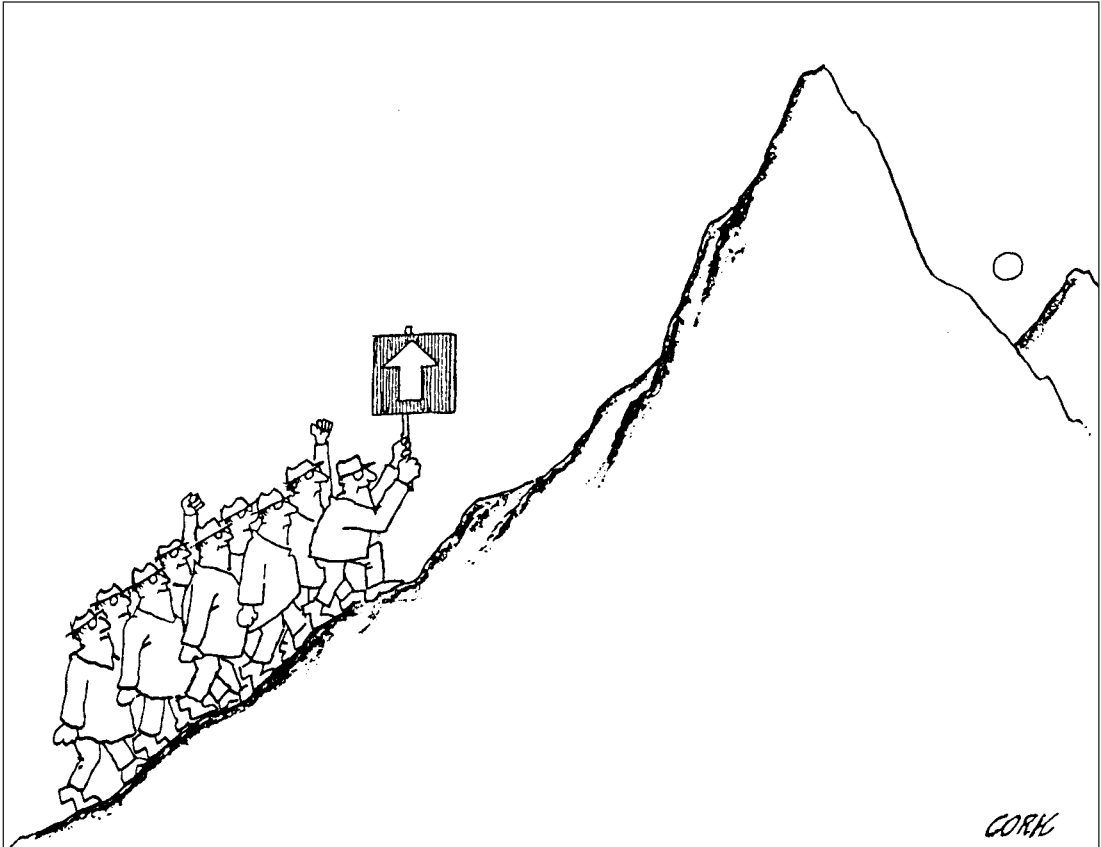
d'autres jurisprudences de l'Europe continentale - fixait à la réparation du tort moral. L'idée était la même : la douleur morale ne se monnaye pas, la réparation de cette douleur ne peut être que symbolique, position qui se situe à l'antipode de la pratique américaine, selon laquelle toute agression volontaire ou accident involontaire apparaît, au-delà de la peine ou de la souffrance, comme une occasion - une *opportunité* dirait-on dans le jargon français si révélateur qui a cours désormais - de réaliser une bonne affaire financière. Dorénavant, chez nous aussi, le tort moral se monnaye et parfois se monnaye bien.

Le verrou de la non-monnayabilité de certaines valeurs ayant sauté, la commutativité - soit ici la réparation financière de l'atteinte à ces valeurs - devient sans limites. Le juge est sollicité d'opérer ces opérations de traduction de valeurs abstraites (telle la liberté de disposer de son corps ou la douleur morale) en monnaie, devenant agent d'un système de convertibilité universelle.

## Responsabilité sans faute

Deuxième facteur alimentant la passion du droit et du recours au juge : les confusions autour de la notion de responsabilité. Les contours relativement précis que cette notion avait dans le droit classique de ce siècle s'effacent. Il y a sur le plan psychologique - et c'est sans doute le plus déterminant - ce sentiment qu'il n'existe pas d'événement sans responsable. En écho, on constate, sur le plan du droit, l'élargissement constant de la responsabilité dite causale, c'est-à-dire sans faute, figure juridique qui en soi n'est pas nouvelle mais qui était limitée à des domaines précis : activité à haut potentiel de risques, détention d'animaux, conduite de véhicule automobile.

Un pas décisif dans l'extension de la notion sera la généralisation, sans doute inéluctable, d'un système de responsabilité



Victimes et juges unis pour l'ascension du droit.

causale du médecin pour les accidents survenant dans le cadre de son activité professionnelle, système que connaissent déjà quelques pays «avancés» (Suède, Nouvelle-Zélande, quelques Etats australiens). Dans ce sens, il vaut la peine de mentionner un arrêt rendu au début de l'année dernière par la Cour d'appel de Paris établissant à la charge du médecin une *obligation de sécurité* à côté de son obligation traditionnelle de diligence, et cela aux fins d'ouvrir la voie à la réparation en cas d'accident dû à ce que les spécialistes appellent *l'aléa thérapeutique*.<sup>5</sup>

Les mentalités n'étant plus prêtes à accepter qu'un accident médical ne puisse être réparé, la seule alternative à la responsabilité causale consisterait en un système

d'indemnisation publique, perspective insupportable pour les budgets appauvris de nos Etats. D'où l'expansion du processus d'indemnisation privée et la mission pour le juge d'assurer la réparation de tous les dommages, même en dehors du cadre classique de la responsabilité pour faute.

### Une justice qui répare

Le troisième phénomène est, lui, de nature sociologico-juridique : le retour des victimes sur la scène judiciaire et en particulier sur la scène pénale. Retour, car le droit contemporain (sur la longue durée) s'est défini par un phénomène de substitution de l'Etat à la ou aux victime(s)

d'infractions pénales. On est passé d'un système pénal actionné par un accusateur privé - souvent, la victime ou ses proches - à un système dont le pilotage est confié à un accusateur public (le procureur général), qui exerce le monopole de l'action publique au nom des victimes autant que des intérêts collectifs.

Or, depuis deux bonnes décennies, partout, mais plus particulièrement en Suisse, la victime est réhabilitée. On lui redonne des droits dont elle disposait dans le droit ancien mais qu'elle avait perdus dans le droit moderne ; elle redevient actrice. Cela accroît le rôle réparateur ou restituitif - et non plus étroitement répressif - de la justice pénale. Et l'on peut même aller plus loin, comme le montre la récente actualité tragique d'un Etat voisin, la Belgique : après s'être substitué à la victime, l'Etat/le juge s'identifie aux victimes (on se rappelle l'épisode du repas partagé entre le juge chargé d'une affaire de violences sexuelles et les parents des victimes et leurs associations de soutien).

Enfin, l'époque voit le triomphe des droits subjectifs sur le droit objectif. Un droit subjectif est une prérogative reconnue par l'ordre juridique à un individu ou un groupe d'individus (exemples : traditionnellement, le droit à la vie, le droit de propriété ; plus récemment, le droit à un minimum vital) ; le droit objectif est l'ensemble des règles de droit.

Tout - beaucoup en tout cas - a été dit sur l'essor de l'individualisme contemporain. Réfléchissant à ses effets dans et autour du droit, Carbonnier met en exergue deux traits : *Dans les sciences humaines, la place conquise par la psychologie aux dépens de la sociologie (les sociologues privilégiaient les institutions, les psychologues, l'individu) et, dans le discours idéologique l'exaltation permanente des droits de l'homme.*<sup>6</sup>

Un très bon terrain d'observation du phénomène est fourni par la réforme récente du droit pénal français. Le Code légué par Napoléon en 1810 a tant bien que mal survécu jusqu'en 1992. A cette date a été enfin adopté un *nouveau Code pénal* (entré en

vigueur en 1994), qui a été observé par nos collègues français comme un révélateur des mœurs juridiques contemporaines.

Leurs analyses convergent : la trame de l'œuvre législative est la *philosophie des droits de l'homme*. Le Code se définit comme la reconnaissance d'une série de droits individuels et non - comme c'était le cas des grandes codifications du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> - comme le *catalogue raisonné* des valeurs et intérêts essentiels sur lesquels la société doit s'appuyer. D'où une inflation d'infractions, de sous-infractions, de variantes d'infractions, ensemble guère ordonné et qui ouvre la voie à une médiation permanente du juge. Pour reprendre l'intitulé d'un ouvrage consacré à cette réforme : *Où est passé l'architecte ?*<sup>7</sup>

## Substitution à l'Etat social

L'architecte s'étant retiré, il faut pourtant que l'édifice social, qui craque de toutes parts, tienne. Les substituts sont de deux ordres. Partons du plus frappant, voire du plus évident. L'exemple américain illustre la substitution, au moins partielle, de la répression à la redistribution. Il est classique d'analyser les excès répressifs de la politique pénale américaine - illustrée, davantage que par le large usage de la peine de mort, par des indices plus fins et plus révélateurs, tels qu'un taux d'incarcération sans comparaison avec ceux des pays européens, y compris de l'Europe de l'Est - comme l'effet d'une absence ou d'une régression de la politique sociale. On admet généralement que cette politique est en grande partie conçue et développée pour résoudre des problèmes sociaux pris en charge, tant bien que mal, sous d'autres latitudes par des institutions («services sociaux») ou des mécanismes redistributifs, tels que l'assurance chômage ou le revenu d'insertion.

L'analyse peut aussi être menée à une échelle plus large. Le juge vient organiser une

rétribution entre individus (redistribution horizontale), appelée à rendre moins douloureux l'absence ou le retrait de l'Etat redistributeur. Il se justifie dès lors d'inverser les termes d'une thèse du Conseil d'Etat français qui, dans son rapport sur le droit à la santé, publié quelques mois avant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris évoqué ci-dessus, exprimait la crainte que *les progrès dans la protection juridique du patient ne finissent par conduire à une régression de sa protection sociale*.<sup>8</sup> Ce sont les limites assignées à la protection sociale (en général, et pas celle du patient en particulier) qui expliquent à notre sens le développement de la protection juridique, et aussi de la «victimisation» des individus contre laquelle ce même rapport met en garde.

Dans un système (de représentations) qui prétend ne connaître et ne reconnaître que des «gagnants» - on aura sans peine identifié la société occidentale de cette fin de XX<sup>e</sup> siècle, pratiquant l'auto-persuasion de sa propre réussite -, à quel autre statut que celui de victime peuvent en effet aspirer les perdants que cette société, comme toute autre, produit nécessairement suite aux différents accidents de l'existence qui menacent tout un chacun ? Ce statut donne au moins droit à un espoir de reconnaissance financière à défaut de reconnaissance sociale ou politique.

La réparation joue donc un rôle central dans la préservation de l'ordre et de l'équilibre sociaux. D'où, tout d'abord, la prééminence du juge en tant qu'agent principal, en tout cas le plus visible, de cette réparation. D'où, également, le paradoxe selon lequel le «moins d'Etat» (qui doit être compris comme un «moins d'Etat redistributeur») conduit inéluctablement à un «plus d'Etat judiciaire». La passion pour le droit et pour le juge peut ainsi être vue comme un réflexe de sauvegarde de sociétés menacées par un déséquilibre généré par leur propre système de représentations.

**R. R.**

<sup>1</sup> In *Essais sur les lois, Répertoire du Notariat Defrénois*, 1979, pp. 203-223.

<sup>2</sup> Flammarion, Paris 1996.

<sup>3</sup> *Contrat social*, en particulier livre I, ch. VII, et livre II, ch. XI.

<sup>4</sup> Le Genevois Etienne Dumont, ami et exégète de Bentham, qualifiait son maître *Newton de la législation* !

<sup>5</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 janvier 1999, commenté in *La Semaine juridique (JCP)* du 14 avril 1999, jurispr. II 10068, par **L. Boy**.

<sup>6</sup> **Carbonnier**, op. cit. note 2, p. 121.

<sup>7</sup> **P. Poncela/P. Lascoumes**, *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte ?*, PUF, Paris 1998.

<sup>8</sup> Rapport cité et commenté par **L. Boy**, op. cit., note 5.



***Ce n'est pas de en savoir beaucoup qui rassasie et satisfait l'âme, mais de sentir et de goûter les choses intérieurement.***

*Ignace de Loyola*

Depuis 25 ans, Notre-Dame de la Route offre un espace de recueillement et de formation : sessions, retraites et Exercices spirituels. La fraternité des jésuites et des laïques qui anime la maison vous invite à fêter cet anniversaire

**le dimanche 5 novembre.**

En soirée, récital de piano offert par Elizabeth Sombart.

**Pour faciliter l'organisation s'inscrire sans tarder à :**

N.-D. de la Route, 1752 Villars-sur-Glâne

☎ 026/409 75 00 fax : 026/409 75 01

e-mail : [secretariat@ndroute.ch](mailto:secretariat@ndroute.ch)

[www.ndroute.ch/fr](http://www.ndroute.ch/fr)